Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2016 Vol. 2

1er cahier, 2016 Vol. 2

Cited as [2016] 2 S.C.R. 3-292

Renvoi [2016] 2 R.C.S. 3-292

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
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
ANNE DES ORMEAUX	JOANNE NORMAN	RENÉE MARIA TREMBLAY
GENEVIÈVE DOMEY	IDA SMITH	ANNA TURINOV

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY	MARIE-CHRISTIANE BOUCHER	MARIE RODRIGUE
STEPHEN BALOGH	JULIE BOULANGER	CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	LAUREN KOSHURBA	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, 2016.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2016.

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 2, 2016

2e volume, 2016

CONTENTS

Musqueam Indian Band *v.* Musqueam Indian Band (Board of Review) 3

Aboriginal law — Indian reserves — Taxation — Property assessments — Assessment of leased reserve lands for taxation purposes — Indian Band surrendering portion of reserve lands to Crown for lease to third party — Lease restricting use of lands to golf and country club — Whether applicable Band property assessment by-law allows assessor to consider use restriction under lease in determining value of lands for taxation purposes — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, s. 26(3.2).

Ledcor Construction Ltd. *v.* Northbridge Indemnity Insurance Co. 23

Insurance — Property insurance — All risks policy — Exclusion clauses — Interpretation — Builders' risk policy excluding from coverage cost of making good faulty workmanship — Windows of building under construction scratched by contractor hired to clean them and windows needing replacement — Whether faulty workmanship exclusion to coverage applicable.

Appeals — Courts — Standard of review — Contractual interpretation — Standard of appellate review applicable to trial judge's interpretation of standard form insurance contract.

Canada (Attorney General) *v.* Igloo Vikski Inc. 80

Taxation — Customs and excise — International trade — Tariff classification of goods — Importation of hockey gloves — Whether goods should be classified as "gloves, mittens and mitts" or "other articles of plastics and articles of other materials" under Harmonized Commodity Description and Coding System — Whether Canadian International Trade Tribunal's interpretation and application of Rules 1 and 2 of General Rules for Interpretation of Harmonized System were reasonable — Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System.

Conférence des juges de paix magistrats du Québec *v.* Quebec (Attorney General) 116

Constitutional law — Judicial independence — Financial security — Justices of peace — Judicial reform —

Continued on next page

SOMMAIRE

Musqueam Indian Band *c.* Musqueam Indian Band (Board of Review) 3

Droit des Autochtones — Réserves indiennes — Fiscalité — Évaluation foncière — Évaluation, à des fins de taxation, de terres de réserve louées — Bande indienne cédant une partie des terres de la réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un tiers — Bail restreignant l'utilisation des terres à l'exploitation d'un terrain de golf — Le règlement de la bande applicable en matière d'évaluation foncière permet-il à l'évaluateur de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail pour déterminer la valeur des terres à des fins de taxation? — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, art. 26(3.2).

Ledcor Construction Ltd. *c.* Société d'assurance d'indemnisation Northbridge 23

Assurances — Assurances de biens — Police d'assurance tous risques — Clauses d'exclusion — Interprétation — Police d'assurance chantier soustrayant à la garantie les frais engagés pour remédier à une malfaçon — Besoin de remplacer les fenêtres d'un immeuble en construction égratignées par l'entrepreneur qui avait été engagé pour les nettoyer — L'exclusion relative à la malfaçon s'applique-t-elle?

Appels — Tribunaux — Norme de contrôle — Interprétation contractuelle — Norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en appel à l'interprétation d'un contrat d'assurance type retenue par le juge de première instance.

Canada (Procureur général) *c.* Igloo Vikski Inc. 80

Droit fiscal — Douanes et accise — Commerce international — Classement de marchandises en vue de la détermination du tarif — Importation de gants de hockey — Les marchandises doivent-elles être classées comme des « gants, mitaines et moufles » ou comme « autres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières » en application du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises? — L'interprétation et l'application par le Tribunal canadien du commerce extérieur des Règles 1 et 2 des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé étaient-elles raisonnables? — Tarif des douanes, L.C. 1997, c. 36, annexe, Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé.

Conférence des juges de paix magistrats du Québec *c.* Québec (Procureure générale) 116

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Juges de paix — Réforme judiciaire

Suite à la page suivante

Provincial legislation amending status of justices of peace, including employment conditions, remuneration and pension plan — Whether new judicial office created — Whether committee review of remuneration and pension plan necessary and if so, when should review occur — Whether legislation infringes constitutional guarantee of judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Constitution Act, 1867, preamble — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace, S.Q. 2004, c. 12, ss. 27, 30 and 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

Constitutional law — Judicial independence — Financial security — Pensions — Justices of peace — Judicial reform — Section 178 of Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16, mandates participation of justices of peace in public service pension plan — Whether pension plan, as part of overall remuneration, meets minimum constitutional threshold required for judicial office.

R. *v.* Rowson 158

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Admission of breath sample evidence would not bring administration of justice into disrepute — Accused's convictions upheld.

R. *v.* C.K-D. 160

Criminal law — Charge to jury — Testimony of children — 17-year-old complainant testifying about alleged events that took place when she was 12 years old — Trial judge instructing jury to consider memory of 12-year-old — Trial judge's charge to jury as a whole conveying correct instruction — Accused's convictions restored.

Endean *v.* British Columbia 162

Courts — Jurisdiction — Class actions — Hearings outside superior court's home province — Superior court judges in three provinces supervising implementation of pan-national class action settlement — Motions relating to settlement brought before supervisory judges — Class counsel proposing that supervisory judges sit together in fourth province to hear motions — Parties agreeing

Continued on next page

— Statut des juges de paix, dont les conditions d'emploi, la rémunération et le régime de retraite, modifié par législation provinciale — Y a-t-il eu création d'une nouvelle charge judiciaire? — Un examen de la rémunération et du régime de retraite par un comité est-il nécessaire et, dans l'affirmative, à quel moment l'examen doit-il intervenir? — La loi porte-t-elle atteinte à la garantie constitutionnelle d'indépendance judiciaire? — Dans l'affirmative, l'atteinte se justifie-t-elle? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix, L.Q. 2004, c. 12, art. 27, 30 et 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Régime de retraite — Juges de paix — Réforme judiciaire — Participation des juges de paix au régime de retraite de la fonction publique imposée par l'art. 178 de la Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16 — Le régime de retraite, qui s'inscrit dans la rémunération globale, satisfait-il au seuil constitutionnel minimal qu'exige une charge judiciaire?

R. *c.* Rowson 158

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — L'utilisation des éléments de preuve relatifs aux échantillons d'haleine n'a pas déconsidéré l'administration de la justice — Les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé sont confirmées.

R. *c.* C.K-D. 160

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage des enfants — Témoignage d'une plaignante âgée de 17 ans au sujet d'événements qui seraient survenus lorsqu'elle avait 12 ans — Directives de la juge du procès indiquant aux jurés d'apprécier le souvenir des faits comme si ceux-ci étaient relatés par une personne de 12 ans — Exposé de la juge du procès ayant communiqué globalement aux jurés les directives appropriées — Rétablissement des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.

Endean *c.* Colombie-Britannique 162

Tribunaux — Compétence — Recours collectifs — Audiences de cours supérieures tenues à l'extérieur de leur province de rattachement — Juges de la cour supérieure de trois provinces chargés de superviser la mise en œuvre d'une convention pancanadienne de règlement de recours collectifs — Juges superviseurs saisis de requêtes relatives à la convention de règlement — Conseillers juridiques

Suite à la page suivante

that judges have discretionary power to sit together outside their home provinces, but disagreeing on source of power and conditions under which it may be exercised — Whether source of authority is statutory or an aspect of inherent powers of superior court — Whether video link to open courtroom in judges' home jurisdiction is condition for exercise of authority — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 12.

R. *v.* Anthony-Cook 204

Criminal law — Sentencing — Sentencing procedure — Guilty plea — Joint submission on sentence from Crown and defence counsel — Whether trial judge erred in departing from joint submission — Proper legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from joint submission.

Morasse *v.* Nadeau-Dubois 232

Civil procedure — Contempt of court — Required knowledge and intent — Statutory provision creating offence of contempt of court for anyone who disobeys any process or order of court or judge, or acts in such way as to interfere with orderly administration of justice or to impair authority or dignity of court — Student organization holding protests and forming picket lines at university — Student obtaining provisional interlocutory injunction mandating free access to university facilities and classes — Spokesperson of student organization commenting on injunctions and picket lines in interview — Whether spokesperson guilty of contempt — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 50 para. 1.

Urban Communications Inc. *v.* BCNET Networking Society 289

Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement containing option to renew — Parties disagreeing as to whether option to renew validly exercised and entering into arbitration — Arbitrator ruling that option validly exercised by letter — Chambers judge granting leave to appeal pursuant to s. 31

Continued on next page

proposant que les juges superviseurs siègent ensemble dans une quatrième province pour trancher les requêtes — Accord des parties sur le fait que les juges ont le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement, mais non sur la source et les modalités d'exercice de ce pouvoir — S'agit-il d'un pouvoir d'origine législative ou d'un volet de la compétence inhérente des cours supérieures? — L'exercice de ce pouvoir nécessite-t-il un lien vidéo entre la salle d'audience où se trouve le juge et une salle d'audience accessible au public dans la province de rattachement du juge? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 12.

R. *c.* Anthony-Cook 204

Droit criminel — Détermination de la peine — Procédure de détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité — Recommandation conjointe relative à la peine présentée par les avocats du ministère public et de la défense — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant la recommandation conjointe? — Critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s'il est approprié, dans une affaire donnée, d'écarter une recommandation conjointe.

Morasse *c.* Nadeau-Dubois 232

Procédure civile — Outrage au tribunal — Connaissance et intention requises — Disposition légale prévoit qu'est coupable de l'infraction d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal — Protestations orchestrées et piquets de grève érigés à l'université par une organisation étudiante — Injonction interlocutoire provisoire ordonnant de laisser libre accès aux classes et aux installations universitaires obtenue par un étudiant — Commentaires sur les injonctions et les lignes de piquetage émis par le porte-parole d'une organisation étudiante durant une entrevue — Le porte-parole est-il coupable d'outrage? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 50 al. 1.

Urban Communications Inc. *c.* BCNET Networking Society 289

Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion par les parties d'un accord comportant une option de renouvellement — Désaccord entre les parties sur la question de savoir si l'option a été validement exercée et recours par celles-ci à l'arbitrage — Décision de l'arbitre concluant que l'option a été validement

Suite à la page suivante

of Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, allowing appeal and amending arbitrator's award — Court of Appeal reversing grant of leave and reinstating award — Court of Appeal finding that no pure question of law arises from arbitrator's interpretation of agreement and letter and that threshold requirement for granting leave to appeal under s. 31 therefore not met.

R. *v.* Diamond 291

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Police officer noticing knife in accused's truck when conducting visual inspection during traffic stop — Accused arrested for possession of weapon dangerous to public peace and search incidental to arrest revealing cocaine — Majority of Court of Appeal finding that visual inspection by officer did not constitute search, that seizure of knife justified since in plain view and easily accessible to accused, that officer had reasonable and probable grounds to arrest accused and that seizure of cocaine justifiable incidental to arrest — Accused's convictions upheld.

exercée par voie de lettre — Décision du juge en chambre octroyant l'autorisation d'appeler en vertu de l'art. 31 de la loi intitulée Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, faisant droit à l'appel et modifiant la sentence de l'arbitre — Arrêt de la Cour d'appel infirmant l'octroi de l'autorisation d'appeler et rétablissant la sentence arbitrale — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'interprétation par l'arbitre de l'accord et de la lettre ne soulève pas de pure question de droit et qu'en conséquence la condition préalable à l'octroi de l'autorisation d'appeler prévue par l'art. 31 n'est pas respectée.

R. *c.* Diamond 291

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion de la preuve — Constatation par un policier de la présence d'un couteau dans le camion de l'accusé lors d'une inspection visuelle menée durant un contrôle routier — Arrestation de l'accusé pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et présence de cocaïne décelée par suite d'une fouille accessoire à l'arrestation — Conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que l'inspection visuelle menée par le policier ne constituait pas une fouille, que la saisie du couteau était justifiée parce que l'objet était bien en vue et facilement récupérable par l'accusé, que le policier possédait des motifs raisonnables pour arrêter ce dernier et que la saisie de la cocaïne était justifiable en tant que mesure accessoire à l'arrestation — Confirmation des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.

Musqueam Indian Band *Appellant*

v.

Musqueam Indian Band Board of Review, Assessor for the Musqueam Indian Band and Shaughnessy Golf and Country Club *Respondents*

and

Council for the Advancement of Native Development Officers *Intervener*

Indexed as: Musqueam Indian Band *v.* Musqueam Indian Band (Board of Review)

2016 SCC 36

File No.: 36478.

2016: April 26; 2016: September 9.

Present: McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Aboriginal law — Indian reserves — Taxation — Property assessments — Assessment of leased reserve lands for taxation purposes — Indian Band surrendering portion of reserve lands to Crown for lease to third party — Lease restricting use of lands to golf and country club — Whether applicable Band property assessment by-law allows assessor to consider use restriction under lease in determining value of lands for taxation purposes — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, s. 26(3.2).

Since 1991, the Musqueam Indian Band exercises jurisdiction over taxation of reserve lands under the *Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*. In 1996, Musqueam amended s. 26(3.2) of the Bylaw to allow an assessor to consider "any restriction placed on the use of the land and improvements by the band" in determining the value of property for taxation purposes, instead of restrictions imposed by "an interest holder". In 1957, Musqueam surrendered a portion of its reserve

Musqueam Indian Band *Appelante*

c.

Musqueam Indian Band Board of Review, Assessor for the Musqueam Indian Band et Shaughnessy Golf and Country Club *Intimés*

et

Council for the Advancement of Native Development Officers *Intervenant*

Répertorié : Musqueam Indian Band *c.* Musqueam Indian Band (Board of Review)

2016 CSC 36

N° du greffe : 36478.

2016 : 26 avril; 2016 : 9 septembre.

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

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

Droit des Autochtones — Réserves indiennes — Fiscalité — Évaluation foncière — Évaluation, à des fins de taxation, de terres de réserve louées — Bande indienne cédant une partie des terres de la réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un tiers — Bail restreignant l'utilisation des terres à l'exploitation d'un terrain de golf — Le règlement de la bande applicable en matière d'évaluation foncière permet-il à l'évaluateur de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail pour déterminer la valeur des terres à des fins de taxation? — Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, art. 26(3.2).

Depuis 1991, la Musqueam Indian Band (les « Musqueams ») a compétence en matière de taxation de ses terres de réserve en vertu du règlement intitulé *Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*. En 1996, les Musqueams ont modifié le par. 26(3.2) du règlement afin d'autoriser un évaluateur à tenir compte, pour déterminer la valeur du bien-fonds à des fins de taxation, de « toute restriction imposée par la bande quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations » plutôt que

lands to the Crown for lease to the Shaughnessy Golf and Country Club. As the lease restricts the use of the lands to a golf and country club, the assessor for Musqueam consistently assessed the value of the lands based upon this use for tax assessment purposes. In 2011, Musqueam challenged this assessment before a board of review, claiming that the lands should be valued as residential land and that the use restriction in the lease had not been placed "by the band", since the lease was between the Crown and the Club. The Board of Review stated a case to the British Columbia Supreme Court. Both the chambers judge and the Court of Appeal held that the assessor could take the use restriction into account.

Held: The appeal should be dismissed.

As the courts below concluded, the Bylaw permits the assessor to consider the use restriction in the lease between the Crown and the Club in determining the value of the demised reserve lands for assessment purposes. Resolving this issue is a matter of interpreting s. 26(3.2) of the Bylaw, which entails discerning its meaning by examining its terms in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the Bylaw's scheme and objects. Here, the plain wording of s. 26(3.2), read in light of its purpose and context, grants the assessor the discretion to consider the use restriction in establishing the value of the leased lands for tax assessment purposes.

Musqueam's arguments — that the 1996 amendment to the Bylaw was intended to account for the powers it acquired under the Framework Agreement on First Nation Land Management, and that the term "placed . . . by the band" bars consideration of the lease with the Club since the lease was concluded with the Crown — are not persuasive. The only relevant substantive change to s. 26(3.2) of the Bylaw made by the 1996 amendment was to narrow the range of restrictions on use which an assessor is expressly permitted to take into account, from those imposed by an interest holder (which would include a lessee) to those imposed only by Musqueam itself. Furthermore, while it is true that the lease was between the Club and the Crown, the Crown's intervention was necessitated by the *Indian Act* which provided at the material time that reserve lands could not be leased

des restrictions imposées par « le détenteur d'un intérêt ». En 1957, les Musqueams ont cédé une partie de leurs terres de réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue au club de golf Shaughnessy Golf and Country Club. Puisque le bail restreint l'utilisation des terres à l'exploitation d'un terrain de golf, l'évaluateur des Musqueams a, pour les besoins d'évaluation fiscale, systématiquement évalué la valeur des terres en fonction de cette utilisation. En 2011, les Musqueams ont contesté cette évaluation devant une commission de révision, affirmant que les terres devaient être évaluées en tant que terrain résidentiel et que la restriction quant à l'utilisation prévue au bail n'avait pas été imposée « par la bande », car les parties au bail étaient Sa Majesté et le club de golf. La commission de révision a saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'un exposé de cause. La juge siégeant en cabinet et la Cour d'appel ont conclu que l'évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l'utilisation.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Comme l'ont conclu les instances inférieures, le règlement autorise l'évaluateur à tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail conclu entre Sa Majesté et le club de golf pour déterminer, aux fins d'évaluation, la valeur des terres de réserve cédées à bail. La solution du problème repose sur l'interprétation du par. 26(3.2) du règlement, et il faut en dégager le sens en examinant ses termes dans leur contexte global et suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet du règlement. En l'espèce, le sens ordinaire du par. 26(3.2), interprété en fonction de son objet et de son contexte, confère à l'évaluateur le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation pour établir la valeur des terres louées pour les besoins d'évaluation fiscale.

Les arguments des Musqueams — soit que la modification apportée en 1996 au règlement visait à tenir compte des pouvoirs que lui conférait l'Accord-Cadre relatif à la Gestion des Terres de Premières Nations, et que les termes « imposée par la bande » empêchent qu'il soit tenu compte du bail conclu avec le club de golf puisque le bail a été conclu avec Sa Majesté — ne sont pas convaincants. La seule modification de fond importante apportée au par. 26(3.2) du règlement en 1996 visait à limiter la portée des restrictions quant à l'utilisation qu'un évaluateur est expressément autorisé à prendre en compte, substituant celles qu'imposent les Musqueams eux-mêmes à celles qu'impose le détenteur d'un intérêt (et notamment un locataire). En outre, s'il est vrai que le bail a été conclu entre le club de golf et Sa Majesté, l'intervention de Sa Majesté était rendue nécessaire par la *Loi sur les Indiens*,

without first being surrendered to the Crown. The Bylaw must be read in light of this statutorily mandated Crown role. While the surrender document makes no mention of the lease or the Club, the context in which the surrender occurred and the lands were demised clarifies that Musqueam intended that the lands be leased to the Club. Given that context, the use restriction in the lease was placed "by the band".

Cases Cited

Referred to: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Vancouver Assessor, Area 9 v. Bramalea Ltd.* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218; *Petro-Canada Inc. v. Coquitlam Assessor, Area No. 12* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *British Columbia (Assessment Commissioner) v. Ryan*, [1979] B.C.J. No. 1966 (QL); *Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 v. Central Park Citizen Society* (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24; *Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1; *Guerin v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 385.

Statutes and Regulations Cited

Assessment Act, R.S.B.C. 1979, c. 21.
Assessment Act, S.B.C. 1974, c. 6.
Assessment and Taxation (Miscellaneous Amendments) Act, 1985, S.B.C. 1985, c. 20, s. 5.
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 37.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 83(1)(a).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.
Musqueam Indian Band Assessment By-law (1991), s. 26(3.2).
Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, ss. 1(1) "band", 26(1), (3), (3.2).

Agreements

Framework Agreement on First Nation Land Management, 1996 (online: http://labrc.com/wp-content/uploads/2014/03/Framework-Agreement-Amendment-5.pdf).

Authors Cited

Appraisal Institute of Canada. *The Appraisal of Real Estate*, 3rd Canadian ed. Vancouver: Sauder School of Business (Real Estate Division), 2010.
British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 3rd Sess., 33rd Parl., May 3, 1985, p. 5934.

laquelle prévoyait alors que les terres d'une réserve ne pouvaient être louées que si elles étaient d'abord cédées à Sa Majesté. Le règlement doit être interprété à la lumière de ce rôle conféré par la loi à Sa Majesté. L'acte de cession ne comporte aucune mention du bail ni du club de golf, mais le contexte dans lequel la cession a eu lieu et les terres ont été cédées à bail montre clairement que les Musqueams voulaient que les terres soient louées au club de golf. Compte tenu de ce contexte, la restriction quant à l'utilisation prévue au bail était imposée « par la bande ».

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Vancouver Assessor, Area 9 c. Bramalea Ltd.* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218; *Petro-Canada Inc. c. Coquitlam Assessor, Area No. 12* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *British Columbia (Assessment Commissioner) c. Ryan*, [1979] B.C.J. No. 1966 (QL); *Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 c. Central Park Citizen Society* (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24; *Westbank Holdings Ltd. c. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1; *Guerin c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 385.

Lois et règlements cités

Assessment Act, R.S.B.C. 1979, c. 21.
Assessment Act, S.B.C. 1974, c. 6.
Assessment and Taxation (Miscellaneous Amendments) Act, 1985, S.B.C. 1985, c. 20, art. 5.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 83(1)a).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, c. 149, art. 37.
Musqueam Indian Band Assessment By-law (1991), art. 26(3.2).
Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw, PR-96-01, art. 1(1) « *band* », 26(1), (3), (3.2).

Ententes

Accord-Cadre relatif à la Gestion des Terres de Premières Nations, 1996 (en ligne : http://labrc.com/wp-content/uploads/2014/03/Framework-Agreement-Amendment-5.pdf).

Doctrine et autres documents cités

Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 3rd Sess., 33rd Parl., May 3, 1985, p. 5934.
Eaton, J. D. *Real Estate Valuation in Litigation*, 2nd ed., Chicago, Appraisal Institute, 1995.

Eaton, J. D. *Real Estate Valuation in Litigation*, 2nd ed. Chicago: Appraisal Institute, 1995.

Institut canadien des évaluateurs. *The Appraisal of Real Estate*, 3rd Canadian ed., Vancouver, Sauder School of Business (Real Estate Division), 2010.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J.B.C. and Lowry and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 158, 76 B.C.L.R. (5th) 285, 370 B.C.A.C. 239, 635 W.A.C. 239, [2015] 12 W.W.R. 421, [2015] B.C.J. No. 696 (QL), 2015 CarswellBC 964 (WL Can.), setting aside in part a decision of Maisonville J., 2013 BCSC 1362, [2013] B.C.J. No. 1672 (QL), 2013 CarswellBC 2336 (WL Can.). Appeal dismissed.

Maria Morellato, *Q.C.*, *James I. Reynolds* and *Aaron Wilson*, for the appellant.

No one appeared for the respondent the Musqueam Indian Band Board of Review.

R. Bruce E. Hallsor and *Greer Jacks*, for the respondent the Assessor for the Musqueam Indian Band.

John J. L. Hunter, *Q.C.*, and *Ludmila B. Herbst*, *Q.C.*, for the respondent the Shaughnessy Golf and Country Club.

Written submissions only by *Avnish Nanda*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

Brown J. —

I. Introduction

[1] This appeal represents the latest stage of the difficult history shared by the Musqueam Indian Band and the Shaughnessy Golf and Country Club. As *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at pp. 345-46, records, Musqueam surrendered a portion of its reserve lands to the Crown in 1957 for lease to the Club. Because the terms obtained by the Crown were less favourable than those which had been approved by Musqueam, and because the Crown did not consult Musqueam before leasing

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel), 2015 BCCA 158, 76 B.C.L.R. (5th) 285, 370 B.C.A.C. 239, 635 W.A.C. 239, [2015] 12 W.W.R. 421, [2015] B.C.J. No. 696 (QL), 2015 CarswellBC 964 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Maisonville, 2013 BCSC 1362, [2013] B.C.J. No. 1672 (QL), 2013 CarswellBC 2336 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Maria Morellato, *c.r.*, *James I. Reynolds* et *Aaron Wilson*, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée Musqueam Indian Band Board of Review.

R. Bruce E. Hallsor et *Greer Jacks*, pour l'intimé Assessor for the Musqueam Indian Band.

John J. L. Hunter, *c.r.*, et *Ludmila B. Herbst*, *c.r.*, pour l'intimé Shaughnessy Golf and Country Club.

Argumentation écrite seulement par *Avnish Nanda*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

Le juge Brown —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi constitue la plus récente étape des relations difficiles qu'ont entretenues la Musqueam Indian Band (les « Musqueams ») et le club de golf Shaughnessy Golf and Country Club. Ainsi que la Cour l'indique dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 345-346, les Musqueams ont cédé en 1957 une partie de leurs terres de réserve à Sa Majesté pour que celle-ci les loue au club de golf. Puisque les conditions du bail consenti par Sa Majesté étaient moins favorables

the land on unfavourable terms, this Court held in *Guerin* that the Crown breached its fiduciary duty, and ordered it to pay compensation to Musqueam. Since *Guerin*, the lease has remained in force.

[2] The issue presented by this appeal concerns the assessment, for taxation purposes, of those leased reserve lands. Musqueam exercises jurisdiction over taxation of surplus reserve lands under the *Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*, PR-96-01. While s. 26(1) of the Bylaw provides that the actual value of on-reserve property is to be based on the market value of a fee simple interest located off-reserve, s. 26(3.2) allows an assessor operating under the Bylaw to consider "any restriction placed on the use of the land and improvements by the band" in determining the value of property for taxation purposes. As the lease at issue here restricts the use of the lands to a golf and country club, the Assessor for the Musqueam Indian Band has consistently assessed the actual value of the lands based upon their use as a golf and country club. In 2011, Musqueam challenged that assessment, claiming instead that the lands should be valued as residential land.

[3] The narrow question to be decided, therefore, is whether the Bylaw permits the Assessor to consider the use restriction under this lease in determining the value of the lands for tax assessment purposes. Both the chambers judge at the British Columbia Supreme Court and the British Columbia Court of Appeal held that the Assessor could take the use restriction into account: see 2013 BCSC 1362 and 2015 BCCA 158, 76 B.C.L.R. (5th) 285. For the reasons that follow, I agree. The plain wording of the relevant Bylaw provisions, read in light of their purpose and context, grants the Assessor the discretion to consider the

que celles approuvées par les Musqueams et que Sa Majesté n'avait pas consulté les Musqueams avant de louer les terres à des conditions défavorables, la Cour a conclu dans l'arrêt *Guerin* que Sa Majesté avait manqué à son obligation de fiduciaire et lui a ordonné de verser une indemnité aux Musqueams. Depuis l'arrêt *Guerin*, le bail est toujours en vigueur.

[2] La question litigieuse en l'espèce concerne l'évaluation, à des fins de taxation, de ces terres de réserve louées. Les Musqueams ont compétence en matière de taxation de leurs terres de réserve excédentaires en vertu du *Musqueam Indian Band Property Assessment Bylaw*, PR-96-01 (le « Règlement »). Bien que le par. 26(1) du Règlement dispose que la valeur réelle d'un bien-fonds dans une réserve doive être calculée en fonction de la valeur marchande d'un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve, le par. 26(3.2) autorise un évaluateur qui applique le Règlement à tenir compte de [TRADUCTION] « toute restriction imposée par la bande quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations » pour déterminer la valeur du bien-fonds en matière de taxation. Puisqu'en l'espèce le bail en question restreint l'utilisation des terres à l'exploitation d'un terrain de golf, l'intimé Assessor for the Musqueam Indian Band (l'« évaluateur de la bande indienne des Musqueams ») a systématiquement évalué la valeur réelle des terres en fonction de leur utilisation comme terrain de golf. En 2011, les Musqueams ont contesté cette évaluation, affirmant plutôt que les terres devaient être évaluées en tant que terrain résidentiel.

[3] La question précise qui doit être tranchée est donc de savoir si le Règlement autorise l'évaluateur à tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail pour déterminer la valeur des terres aux fins d'évaluation fiscale. La juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique siégeant en cabinet et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que l'évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l'utilisation : voir 2013 BCSC 1362 et 2015 BCCA 158, 76 B.C.L.R. (5th) 285. Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Le sens ordinaire des dispositions pertinentes du

use restriction in establishing the value of the leased lands. I would therefore dismiss the appeal.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background*

(1) The Surrender and the Lease

[4] Before the chambers judge, the parties agreed to a series of facts, including "the findings of fact . . . from the *Guerin* decisions"[1] (para. 11). As to those findings of fact, it suffices here to recount that, on October 6, 1957, by a majority vote, the members of Musqueam approved a surrender to Her Majesty the Queen in right of Canada (the "Crown") of 162 acres of reserve lands; and that, on January 22, 1958, a lease of those lands was entered into between the Crown and the Club, under its former name of Shaughnessy Heights Golf Club, for a term of 75 years. The lease was effective as of January 1, 1958, and has not been terminated or amended. Musqueam did not sign the lease.

[5] By the terms of the lease, the Club agreed that it will "[u]se the demised premises only for a golf and country club, with such additional facilities as the lessee may considerable [*sic*] desirable".

(2) Tax Assessments of Musqueam Reserve Lands

[6] Until 1991, tax assessments of Musqueam's reserve lands were conducted under the *Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, c. 21. After the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, was amended to devolve

[1] In the notice of stated case filed by the Musqueam Indian Band Board of Review, the parties were said to have "accepted and agreed not to challenge any finding of fact in any of [the *Guerin*] decisions".

Règlement, interprétées en fonction de leur objet et de leur contexte, confère à l'évaluateur le pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation pour établir la valeur des terres louées. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Aperçu des faits et des procédures

A. *Contexte*

(1) La cession et le bail

[4] Devant la juge siégeant en cabinet, les parties se sont entendues sur un ensemble de faits, notamment [TRADUCTION] « les conclusions de fait [. . .] tirées dans les décisions *Guerin* »[1] (par. 11). Quant à ces conclusions de fait, il suffit de rappeler ici que le 6 octobre 1957, les membres des Musqueams ont approuvé, par un vote majoritaire, la cession à Sa Majesté la Reine du chef du Canada (« Sa Majesté ») de 162 acres de terres de réserve; et que le 22 janvier 1958, un bail relatif à ces terres a été conclu entre Sa Majesté et le club de golf, sous son ancien nom de Shaughnessy Heights Golf Club, pour une durée de 75 ans. Le bail est entré en vigueur le 1er janvier 1958, et il n'a été ni résilié ni modifié. Les Musqueams n'ont pas signé le bail.

[5] Selon les conditions du bail, le club de golf a convenu qu'il [TRADUCTION] « utiliser[a] les lieux cédés à bail uniquement pour un terrain de golf, sur lequel le locataire pourra aménager les installations qu'il juge appropriées. »

(2) Évaluation fiscale des terres de réserve des Musqueams

[6] Jusqu'en 1991, l'*Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, c. 21, a régi l'évaluation fiscale des terres de réserve des Musqueams. Après que la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, eut été modifiée

[1] Il était indiqué dans l'avis d'exposé de cause produit par l'intimée Musqueam Indian Band Board of Review (la « commission de révision de la bande indienne des Musqueams ») que les parties avaient [TRADUCTION] « accepté les conclusions de fait tirées dans l'une ou l'autre des décisions [*Guerin*] et convenu de n'en contester aucune ».

property taxation powers to bands (subject to ministerial approval), Musqueam passed the *Musqueam Indian Band Assessment By-law* in 1990, and it received ministerial approval in 1991. Section 26(3.2) of the Bylaw allowed an assessor to consider "any restriction placed on the use of the land and improvements *by an interest holder of the land*" (emphasis added). The Bylaw also provided for the appointment by Musqueam's band council of boards of review to hear appeals of assessments of land.

[7] In 1996, Musqueam amended the Bylaw to direct an assessor to assess reserve land as it would assess a fee simple interest held off-reserve: s. 26(1). At the same time, it amended s. 26(3.2) to provide that "[t]he assessor may include in the factors that he considers . . . any restriction placed on the use of the land and improvements *by the band*" (emphasis added). The Bylaw, as amended, received ministerial approval in July 1996, and Musqueam appointed the British Columbia Assessment Authority to conduct assessments thereunder in the capacity of Assessor for the Musqueam Indian Band.

[8] That same year, Musqueam and 12 other First Nations signed the Framework Agreement on First Nation Land Management (online) with Canada.[2] The Framework Agreement gave signatory First Nations, including Musqueam, the option of managing their reserve lands outside the strictures imposed by the *Indian Act*. More specifically, it allowed those First Nations to develop land codes.

[9] Although the leased lands had consistently been assessed under the Bylaw as a golf and country club, Musqueam in 2011 challenged that assessment before a board of review. It argued that the use

[2] In 1997, one other First Nation also signed the Framework Agreement.

afin de conférer aux bandes les pouvoirs de taxation des biens-fonds (sous réserve de l'approbation du ministre), les Musqueams ont adopté en 1990 le *Musqueam Indian Band Assessment By-law*, qui a été approuvé par le ministre en 1991. Le paragraphe 26(3.2) du Règlement autorisait un évaluateur à tenir compte de [TRADUCTION] « toute restriction quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations imposée *par le détenteur d'un intérêt sur le bien-fonds* » (italiques ajoutés). Le Règlement prévoyait également la constitution, par le conseil de bande des Musqueams, de commissions de révision chargées d'entendre les appels de l'évaluation foncière.

[7] En 1996, les Musqueams ont modifié le Règlement afin d'obliger un évaluateur à évaluer les terres de réserve de la même manière qu'il évaluerait un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve : par. 26(1). Ils ont en même temps modifié le par. 26(3.2) afin de prévoir que [TRADUCTION] « [l]'évaluateur [puisse] inclure, dans les facteurs dont il tient compte [. . .], toute restriction imposée *par la bande* quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations » (italiques ajoutés). En juillet 1996, le ministre a approuvé le Règlement modifié et les Musqueams ont chargé la British Columbia Assessment Authority de mener, en qualité d'évaluateur de la bande indienne des Musqueams, les évaluations prévues au Règlement.

[8] La même année, les Musqueams et 12 autres Premières Nations ont conclu avec le Canada l'Accord-Cadre relatif à la Gestion des Terres de Premières Nations (en ligne)[2]. L'Accord-Cadre donnait aux Premières Nations signataires, dont les Musqueams, la possibilité de gérer leurs terres de réserve sans être liées par les restrictions imposées par la *Loi sur les Indiens*. Plus précisément, il permettait à ces Premières Nations d'élaborer des codes fonciers.

[9] Bien qu'en application du Règlement les terres louées aient toujours été évaluées en tant que terrain de golf, en 2011, les Musqueams ont contesté cette évaluation devant une commission de révision. Ils ont

[2] Une autre Première Nation a signé l'Accord-Cadre en 1997.

restriction in the lease had not been placed "by the band", as required by s. 26(3.2) of the Bylaw, since the lease was between the Crown and the Club, and not between Musqueam and the Club. Musqueam said that the lands should therefore be assessed as residential property. The Club, conversely, maintained that it was open to the Assessor to consider the use restriction in assessing the lands' value. The Board of Review stated a case to the British Columbia Supreme Court to resolve the dispute.

B. *Statutory and Bylaw Provisions*

[10] *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

Musqueam Indian Band Assessment By-law, 1991

26. . . .

(3.2) Where the [land] and improvements are liable to assessment . . ., the assessor shall include in the factors that he considers under subsection (3), any restriction placed on the use of the land and improvements by an interest holder of the land.

Musqueam Indian Band Property Assessment By-law, PR-96-01

26.(1) In this bylaw "actual value" means the market value of the fee simple interest in land and improvements as if the interest holder held a fee simple interest located off reserve.

. . .

plaidé que la restriction quant à l'utilisation prévue au bail n'avait pas été imposée [TRADUCTION] « par la bande », conformément au par. 26(3.2) du Règlement, car les parties au bail étaient Sa Majesté et le club de golf, et non les Musqueams et le club de golf. Les Musqueams ont affirmé que les terres devraient en conséquence être évaluées en tant que bien-fonds résidentiel. Le club de golf a affirmé pour sa part que l'évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l'utilisation pour apprécier la valeur foncière. La commission de révision a saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'un exposé de cause en lui demandant de trancher le litige.

B. *Dispositions législatives et réglementaires*

[10] *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

Musqueam Indian Band Assessment By-law, 1991

[TRADUCTION]

26. . . .

(3.2) Lorsque le [bien-fonds] et les améliorations sont assujettis à l'évaluation [. . .], l'évaluateur inclut dans les facteurs dont il tient compte aux termes du paragraphe (3) toute restriction quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations imposée par le détenteur d'un intérêt sur le bien-fonds.

Musqueam Indian Band Property Assessment By-law, PR-96-01

[TRADUCTION]

26.(1) Au présent règlement, « valeur réelle » s'entend de la valeur marchande de l'intérêt en fief simple sur le bien-fonds et ses améliorations, comme si le détenteur de l'intérêt détenait un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve.

. . .

(3) In determining actual value, the assessor may, except where this bylaw has a different requirement, give consideration to present use, location, original cost, replacement cost, revenue or rental value, selling price of the land and improvements and comparable land and improvements both within and without the reserve, economic and functional obsolescence, the market value of comparable land and improvements both within and without the reserve, jurisdiction, community facilities and amenities, and any other circumstances affecting the value of the land and improvements provided such considerations do not conflict with subsection (1).

. . .

(3.2) The assessor may include in the factors that he considers under subsection (3), any restriction placed on the use of the land and improvements by the band.

C. *Judicial History*

(1) Supreme Court of British Columbia (Maisonville J.)

[11] The chambers judge concluded that the Assessor could consider the use restriction in the lease. Applying the reasoning in *Vancouver Assessor, Area 9 v. Bramalea Ltd.* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218 (C.A.), and *Petro-Canada Inc. v. Coquitlam Assessor, Area No. 12* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86 (S.C.), she concluded that an assessment based on the highest and best use of land should account for what is legally permitted (para. 63 (CanLII)). As to Musqueam's argument that the restriction was imposed by the Crown and not "by the band", she noted that s. 37 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c.149 (which governed the leasing of reserve lands at the time of the lease between the Crown and the Club), provided that only the Crown could lease reserve lands, which necessitated that Musqueam first surrender them to the Crown (paras. 80-82). The lease with the Club, then, was entered into by the Crown "as trustee for the Band" (para. 87), by virtue of which Musqueam itself should be taken as having entered into the agreement (para. 88). In that light,

(3) Pour déterminer la valeur réelle, l'évaluateur peut, sauf si le présent règlement prévoit une exigence différente, tenir compte de l'utilisation actuelle, du lieu, du coût initial, du coût de remplacement, du revenu ou de la valeur locative, du prix de vente du bien-fonds et ses améliorations ainsi que des biens-fonds et améliorations comparables situés dans la réserve ou hors réserve, de la désuétude économique ou fonctionnelle, de la valeur marchande des biens-fonds et améliorations comparables situés dans la réserve ou hors réserve, de la juridiction, des installations communautaires et des services publics, et de toute autre circonstance ayant une incidence sur la valeur du bien-fonds et ses améliorations, pourvu que ces facteurs ne soient pas incompatibles avec le paragraphe (1).

. . .

(3.2) L'évaluateur peut inclure, dans les facteurs dont il tient compte aux termes du paragraphe (3), toute restriction imposée par la bande quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations.

C. *Historique judiciaire*

(1) Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Maisonville)

[11] La juge siégeant en cabinet a conclu que l'évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail. Après avoir appliqué le raisonnement retenu dans *Vancouver Assessor, Area 9 c. Bramalea Ltd.* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 218 (C.A.), et *Petro-Canada Inc. c. Coquitlam Assessor, Area No. 12* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 86 (C.S.), la juge a conclu qu'une évaluation calculée en fonction de l'utilisation optimale du terrain devrait tenir compte de ce qui est légalement autorisé (par. 63 (CanLII)). Quant à l'argument des Musqueams selon lequel la restriction avait été imposée par Sa Majesté et non [TRADUCTION] « par la bande », elle a fait remarquer que l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149 (qui régissait la location de terres de réserve à la date où le bail a été conclu entre Sa Majesté et le club de golf), prévoyait que seule Sa Majesté pouvait louer des terres de réserve, et que les Musqueams devaient d'abord céder les terres à Sa Majesté (par. 80-82). C'est donc « en qualité de fiduciaire de la bande » que Sa Majesté

and on a plain reading of the Bylaw, the use restriction in the lease qualifies as a restriction imposed by Musqueam, which may be taken into account by the Assessor (para. 92).

(2) Court of Appeal of British Columbia (Bauman C.J.B.C. and Lowry and Goepel JJ.A.)

[12] While the Court of Appeal allowed Musqueam's appeal in part so as to vary certain answers to the questions presented in the stated case (which have no bearing on the issues before this Court), it agreed with the chambers judge that the Assessor could consider the use restriction in the lease in assessing the value of the lands. The Assessor's discretion to consider a restriction on use is limited only by the condition that it be "placed . . . by the band" — which condition is met here (para. 14).

[13] This conclusion, the Court of Appeal added, is affirmed by the pertinent legislative history. The Bylaw, as originally enacted in 1990, "largely paralleled" the provisions of the *Assessment Act*, which had been amended in 1985 to allow use restrictions to be considered in assessing tax-exempt lands (para. 15). The important distinction between the Bylaw and the *Assessment Act*, however, was that the former allowed for consideration of restrictions imposed by "an interest holder", whereas the latter pertained to restrictions imposed by the owner (para. 19). This left open the possibility under the Bylaw that a lessee of reserve lands, as an "interest holder", could unilaterally reduce the actual value for assessment purposes (thereby reducing its tax burden) by restricting its own use of the land. The 1996 amendment to s. 26(3.2) of the Bylaw substituting "by the band" for "by an interest holder" was designed to bring that provision into closer conformity with

a conclu le bail avec le club de golf (par. 87), et, de ce fait, il faut considérer que les Musqueams ont eux-mêmes conclu cette entente (par. 88). Par conséquent, et suivant le sens ordinaire des termes du Règlement, la restriction quant à l'utilisation prévue au bail constitue une restriction imposée par les Musqueams, et l'évaluateur peut en tenir compte (par. 92).

(2) Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel)

[12] La Cour d'appel a accueilli en partie l'appel interjeté par les Musqueams de manière à modifier certaines des réponses aux questions soulevées dans l'exposé de cause (lesquelles n'ont aucune incidence sur les questions litigieuses soumises à la Cour dans le présent pourvoi), mais elle a convenu avec la juge siégeant en cabinet que l'évaluateur pouvait tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail pour apprécier la valeur des terres. La seule limite au pouvoir discrétionnaire qui autorise l'évaluateur à tenir compte de la restriction quant à l'utilisation est la condition portant que la restriction soit [TRADUCTION] « imposée par la bande » — et cette condition est respectée en l'espèce (par. 14).

[13] La Cour d'appel a ajouté que l'historique législatif pertinent confirme cette conclusion. Le Règlement, dans sa version initiale adoptée en 1990, était [TRADUCTION] « essentiellement semblable » aux dispositions de l'*Assessment Act*, laquelle avait été modifiée en 1985 afin de permettre qu'il soit tenu compte des restrictions quant à l'utilisation dans l'évaluation des biens-fonds exempts de taxation (par. 15). Or, il y a une importante distinction entre le Règlement et l'*Assessment Act* : le premier permettait qu'il soit tenu compte des restrictions imposées par « le détenteur d'un intérêt », tandis que dans la seconde, il s'agissait de restrictions imposées par le propriétaire (par. 19). Ainsi, sous le régime du Règlement, un locataire de terres de réserve, en sa qualité de « détenteur d'un intérêt », pouvait unilatéralement réduire la valeur réelle du terrain loué aux fins d'évaluation fiscale (et de ce fait alléger son fardeau fiscal) en restreignant sa propre

the *Assessment Act* by precluding a lessee of reserve lands from unilaterally reducing its tax burden by imposing restrictions on use, while allowing an assessor to take into account use restrictions that are imposed upon the lessee by Musqueam itself (para. 21).

[14] Further, in the Court of Appeal's view, the fact that the Crown — and not Musqueam — had entered into the lease with the Club did not preclude the Assessor from accounting for the lease's use restriction as having been placed "by the band". While, in the circumstances (which included Musqueam's decision to surrender the property to the Crown for lease to the Club), the Crown was "clearly acting 'on behalf of' [Musqueam] in entering into the lease", it is not necessary to go so far as to read the words "on behalf of" into s. 26(3.2) to establish that the use restriction was a restriction placed "by the band" (para. 28). Rather, Musqueam itself "placed the restriction on the Club's use of the property when it surrendered the property to the Crown" (para. 28). Moreover, to interpret s. 26(3.2) as requiring Musqueam to act directly — that is, without the intervening role of the Crown — in placing the restriction on the lands would render the provision meaningless, since Musqueam could have acted only through the Crown (para. 29).

III. Analysis

[15] I have already referred to the narrow question presented by this appeal, being whether the Bylaw permits the Assessor to consider the use restriction imposed upon the Club under the lease. It bears observing that no party contests Musqueam's power to tax or to manage its reserve lands. Those powers clearly subsist. The issue before this Court goes only to the permissible effect, if any, of a specific provision of the Bylaw on the assessment of

utilisation du terrain. Selon la modification apportée au par. 26(3.2) du Règlement en 1996, la substitution des termes « par la bande » aux termes « par le détenteur d'un intérêt » visait à harmoniser le texte de cette disposition à celui de l'*Assessment Act* en empêchant un locataire de terres de réserve d'alléger unilatéralement son fardeau fiscal en restreignant l'utilisation des terres louées, et à autoriser un évaluateur à tenir compte des restrictions quant à l'utilisation que les Musqueams eux-mêmes imposent au locataire (par. 21).

[14] En outre, selon la Cour d'appel, le fait que Sa Majesté — et non les Musqueams — avait conclu le bail avec le club de golf n'empêchait pas l'évaluateur de considérer que la restriction quant à l'utilisation prévue au bail avait été imposée [TRADUCTION] « par la bande ». Bien que, dans les circonstances (notamment la décision des Musqueams de céder le bien-fonds à Sa Majesté pour que celle-ci le loue au club de golf), Sa Majesté [TRADUCTION] « agissait manifestement "pour le compte" [des Musqueams] lorsqu'elle a conclu le bail », il n'était pas nécessaire en plus que l'on ajoute par interprétation les mots « pour le compte » au par. 26(3.2) pour établir que la restriction quant à l'utilisation était imposée « par la bande » (par. 28). Ce sont plutôt les Musqueams eux-mêmes qui « ont imposé au club de golf une restriction quant à l'utilisation du bien-fonds au moment où ils l'ont cédé à Sa Majesté » (par. 28). De plus, une interprétation du par. 26(3.2) exigeant que les Musqueams imposent eux-mêmes la restriction sur le bien-fonds — c'est-à-dire sans que Sa Majesté intervienne — rendrait la disposition vide de sens puisque les Musqueams ne pouvaient agir que par l'entremise de Sa Majesté (par. 29).

III. Analyse

[15] J'ai déjà énoncé la question précise que soulève le présent pourvoi, soit celle de savoir si le Règlement permet à l'évaluateur de tenir compte de la restriction quant à l'utilisation que le bail impose au club de golf. Il convient de faire remarquer qu'aucune des parties ne conteste le pouvoir des Musqueams de lever une taxe foncière sur ses terres de réserve ou de les gérer. Ces pouvoirs sont manifestement toujours siens. La question soumise

the actual value for the purposes of taxation by Musqueam of the reserve lands leased to the Club.

[16] Resolving this issue is a matter of interpreting s. 26(3.2) of the Bylaw, which entails discerning its meaning by examining its terms in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the Bylaw's scheme and objects: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. Having been enacted under Musqueam's delegated authority under s. 83(1)(a) of the *Indian Act*, the Bylaw must be given "such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects": *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

[17] All parties agree that the context in which the Bylaw was enacted includes the statutory history of the *Assessment Act*. From its enactment in 1974[3] until 1985, assessment of property in British Columbia, both on- and off-reserve, was based upon the "actual value of the land", without consideration of use restrictions. In 1985, the Act was amended to direct the assessor to consider "any restriction placed on the use of the land and improvements by the owner of the fee".[4] This amendment was passed in response to the decision of the British Columbia Supreme Court in *British Columbia (Assessment Commissioner) v. Ryan*, [1979] B.C.J. No. 1966 (QL), which held (at para. 14) that "the assessment of leasehold interests in Crown lands must be based on the actual value of the lands and improvements as if such lands were owned in fee-simple by the occupier rather than merely being leased". The driving concern, then, behind the 1985 amendment was to avoid the unfairness that would otherwise result from imposing upon a lessee a tax burden based on a value associated with a use to which, by reason of use restrictions contained in the lease, the lessee could never put the demised land. This is confirmed by the Minister of Finance's explanation on

[3] *Assessment Act*, S.B.C. 1974, c. 6.

[4] *Assessment and Taxation (Miscellaneous Amendments) Act, 1985*, S.B.C. 1985, c. 20, s. 5.

à la Cour ne concerne que l'effet permissif, s'il en est, que peut avoir une disposition précise du Règlement sur l'appréciation, à des fins de taxation par les Musqueams, de la valeur réelle des terres de réserve louées au club de golf.

[16] La réponse à cette question repose sur l'interprétation du par. 26(3.2) du Règlement, et il faut donc en dégager le sens en examinant ses termes dans leur contexte global et suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet du Règlement : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Comme le Règlement a été pris en vertu du pouvoir délégué aux Musqueams conformément à l'al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, il doit être interprété « de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » : *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.

[17] Toutes les parties s'entendent pour dire que l'historique législatif de l'*Assessment Act* fait partie du contexte dans lequel le Règlement a été adopté. Depuis son adoption en 1974[3] jusqu'en 1985, l'évaluation en Colombie-Britannique des biens-fonds situés dans une réserve ou hors réserve reposait sur [TRADUCTION] « la valeur foncière réelle », sans qu'il ne soit tenu compte des restrictions quant à l'utilisation. En 1985, cette loi a été modifiée afin d'obliger l'évaluateur à tenir compte de « toute restriction imposée par le propriétaire quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations »[4]. Cette modification a été adoptée en réponse à la décision *British Columbia (Assessment Commissioner) c. Ryan*, [1979] B.C.J. No. 1966 (QL), dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a jugé (au par. 14) que [TRADUCTION] « les intérêts à bail sur des terres domaniales doivent être évalués en fonction de la valeur réelle des terres et leurs améliorations comme si l'occupant de ces terres les détenait en fief simple au lieu de simplement les louer ». La modification de 1985 visait donc principalement à éviter l'iniquité qui découlerait par ailleurs du fait d'imposer au locataire un fardeau fiscal fondé sur une valeur associée à une utilisation dont celui-ci

[3] *Assessment Act*, S.B.C. 1974, c. 6.

[4] *Assessment and Taxation (Miscellaneous Amendments) Act, 1985*, S.B.C. 1985, c. 20, art. 5.

second reading that the amendment "specifies that properties held under a Crown lease . . . are to be assessed at their value for those uses permitted by the lease": British Columbia, Legislative Assembly, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 3rd Sess., 33rd Parl., May 3, 1985, at p. 5934.

[18] Musqueam and the respondents agree that the Bylaw, as originally enacted in 1991, permitted an assessor to take into account the terms of the lease restricting the Club's use of the lands to a golf and country club. And, indeed, nothing changed with respect to the lands' assessment when Musqueam assumed property taxation powers — that is, they continued to be assessed as a golf and country club. The parties differ, however, on the significance of the 1996 amendment to s. 26(3.2) of the Bylaw. The Club and the Assessor agree with the Court of Appeal's reasoning on this point. That is, they say that, by moving from allowing an assessor to consider restrictions placed "by an interest holder" to restrictions imposed "by the band", Musqueam was merely precluding a lessee from unilaterally lowering the assessed actual value of leased land by crafting a more restricted use. Musqueam, however, contends that the 1996 amendment was intended to account for the powers it acquired under the Framework Agreement to develop land codes.

[19] Musqueam also advances two arguments that draw a link between the amended wording of s. 26(3.2), and ss. 26(1) and 26(3) of the Bylaw. Section 26(1) defines "actual value" as the market value of the fee simple interest in land and improvements "as if the interest holder held a fee simple interest located off reserve". Section 26(3) lists various factors that an assessor may take into account, along with "any other circumstances affecting the value of the land and improvements provided such considerations do not conflict with subsection (1)".

ne pourrait jamais jouir en raison des restrictions prévues au bail. L'explication fournie par le ministre des Finances à l'étape de la deuxième lecture confirme que cette modification [TRADUCTION] « précise que les biens-fonds visés par un bail consenti par Sa Majesté [. . .] doivent être évalués en fonction de la valeur rattachée à l'utilisation autorisée dans le bail » : Colombie-Britannique, Assemblée législative, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 3e sess., 33e lég., 3 mai 1985, p. 5934.

[18] Les Musqueams et les intimés reconnaissent que le Règlement, dans sa forme initiale édictée en 1991, autorisait un évaluateur à tenir compte des conditions du bail qui exigent que le club de golf limite l'utilisation des terres à un terrain de golf. Et, dans les faits, l'évaluation des terres n'a pas changé lorsque les Musqueams ont obtenu le pouvoir de prélever des impôts fonciers — c'est-à-dire que l'on a continué d'évaluer ces terres en tant que terrain de golf. Toutefois, les parties ne s'entendent pas sur la signification de la modification apportée en 1996 au par. 26(3.2) du Règlement. Le club de golf et l'évaluateur souscrivent au raisonnement de la Cour d'appel sur ce point. Selon eux, en autorisant un évaluateur à tenir compte des restrictions imposées [TRADUCTION] « par la bande » plutôt que celles imposées « par le détenteur d'un intérêt », les Musqueams empêchaient simplement le locataire de limiter l'utilisation du terrain loué et ainsi d'en réduire unilatéralement la valeur réelle telle qu'évaluée. Les Musqueams affirment cependant que la modification de 1996 visait à tenir compte des pouvoirs d'établir des codes fonciers que l'Accord-Cadre lui avait conférés.

[19] Les Musqueams soulèvent également deux arguments qui établissent un lien entre le texte modifié du par. 26(3.2) et les par. 26(1) et 26(3) du Règlement. Selon le par. 26(1), [TRADUCTION] « valeur réelle » s'entend de la valeur marchande de l'intérêt en fief simple sur le bien-fonds et ses améliorations « comme si le détenteur de l'intérêt détenait un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve ». Le paragraphe 26(3) énumère divers facteurs dont un évaluateur peut tenir compte et mentionne « toute autre circonstance ayant une incidence

Section 26(3.2) expressly provides that the factors which may be taken into account under s. 26(3) include "any restriction placed on the use of the land and improvements by the band". Musqueam argues, first, that the "restriction" in s. 26(3.2) is subject to s. 26(3)'s condition that it "not conflict with subsection (1)". That is, consideration of use restrictions under s. 26(3.2) must not derogate from s. 26(1)'s direction that actual value be determined on the basis of the market value of an off-reserve fee simple interest. Musqueam's second argument draws from the text of s. 26(3.2) permitting an assessor to consider, among the factors considered under s. 26(3), any "restriction" on use placed "by the band". In Musqueam's submission, this refers only to restrictive covenants placed by Musqueam itself, and not by the Crown acting on its behalf.

sur la valeur du bien-fonds et ses améliorations, pourvu que ces facteurs ne soient pas incompatibles avec le paragraphe (1) ». Le paragraphe 26(3.2) prévoit expressément que les facteurs prévus au par. 26(3) dont un évaluateur peut tenir compte incluent « toute restriction imposée par la bande quant à l'utilisation du bien-fonds et ses améliorations ». Les Musqueams plaident, en premier lieu, que les « restriction[s] » visées au par. 26(3.2) sont assujetties à la condition énoncée au par. 26(3) selon laquelle elles ne doivent pas être « incompatibles avec le paragraphe (1) ». C'est-à-dire que la prise en compte des restrictions quant à l'utilisation prévue au par. 26(3.2) ne doit pas déroger à l'obligation prévue au par. 26(1) d'établir la valeur réelle en fonction de la valeur marchande d'un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve. Dans leur deuxième argument, les Musqueams se fondent sur le texte du par. 26(3.2) qui permet à un évaluateur de prendre en compte, parmi les facteurs énoncés au par. 26(3), toute « restriction » quant à l'utilisation imposée « par la bande ». Selon l'argument des Musqueams, la restriction renvoie aux clauses restrictives imposées par les Musqueams eux-mêmes, et non pas aux restrictions imposées par Sa Majesté agissant pour leur compte.

[20] The grammatical and ordinary meaning of the text of s. 26(3.2) of the Bylaw supports the Club's and the Assessor's submissions. Aside from the direction inserted into s. 26(1) to an assessor to assess reserve lands as a fee simple interest held off-reserve, the only relevant substantive change to the Bylaw made by the 1996 amendment was to narrow the range of restrictions on use which an assessor is expressly permitted by s. 26(3.2) to take into account, from those imposed by an interest holder (which would include a lessee) to those imposed only by Musqueam itself. The irresistible conclusion to be drawn from that text, read in light of the legislative history of the *Assessment Act*, is that the 1996 amendment to s. 26(3.2) was designed to address the very mischief which the Court of Appeal says drove its enactment.

[20] Le sens ordinaire et grammatical du texte du par. 26(3.2) du Règlement appuie les arguments présentés par le club de golf et l'évaluateur. Hormis la directive prévue au par. 26(1) qui impose à un évaluateur d'évaluer les terres de réserve comme s'agissant d'un intérêt en fief simple sur un bien-fonds situé hors réserve, la seule modification de fond importante apportée au Règlement en 1996 visait à limiter la portée des restrictions quant à l'utilisation que le par. 26(3.2) autorise expressément un évaluateur à prendre en compte, substituant celles qu'imposent les Musqueams eux-mêmes à celles qu'impose le détenteur d'un intérêt (et notamment un locataire). La conclusion irrésistible qu'il faut tirer de ce texte, interprété à la lumière de l'historique législatif de l'*Assessment Act*, est que la modification apportée en 1996 au par. 26(3.2) visait à régler le problème qui, selon la Cour d'appel, a motivé son adoption.

[21] Further, I find none of Musqueam's arguments to be persuasive.

[22] First, while the Framework Agreement contemplated devolving new powers to restrict the use of Musqueam's reserve lands, those powers did not necessitate the 1996 amendment to the Bylaw. Under general appraisal principles, restrictions on use of leasehold land would already have been accounted for in assessing the highest and best use: J. D. Eaton, *Real Estate Valuation in Litigation* (2nd ed. 1995), at p. 133; see also Appraisal Institute of Canada, *The Appraisal of Real Estate* (3rd Canadian ed. 2010), at pp. 12.4-12.5; *Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 v. Central Park Citizen Society* (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24 (S.C.), at para. 28.

[23] Moreover, while the Framework Agreement signalled the possibility of change in First Nations' land management, such change was neither immediate nor inevitable. Three years passed before Parliament enacted implementing legislation and, as the Court of Appeal observed, Musqueam's land code was not drafted until 2012. This tends to undermine Musqueam's claim of a link between the 1996 amendment and the Framework Agreement.

[24] As to Musqueam's argument regarding the relationship of s. 26(3.2) to ss. 26(1) and 26(3), and in particular to s. 26(3)'s condition ("provided such considerations do not conflict with subsection (1)"), that condition must be read in its entire context. It pertains to s. 26(3)'s reference to the "other circumstances affecting the value of the land", not to all considerations which may be relevant in the tax assessment context. More particularly, the argument that ss. 26(1) and 26(3), taken together, preclude an assessor from considering under s. 26(3.2) the impact upon actual value of leasehold interests is undermined by the inclusion of factors in s. 26(3), such as "present use" or "revenue or rental value", that would likely "conflict with subsection (1)". That

[21] Qui plus est, j'estime qu'aucun des arguments présentés par les Musqueams n'est convaincant.

[22] Premièrement, si l'on envisageait dans l'Accord-Cadre d'accorder de nouveaux pouvoirs permettant de restreindre l'utilisation des terres de réserve des Musqueams, ces pouvoirs ne rendaient pas nécessaire la modification apportée au Règlement en 1996. Suivant les principes généraux en matière d'évaluation, les restrictions quant à l'utilisation des propriétés à bail étaient déjà prises en compte dans l'évaluation de l'utilisation optimale : J. D. Eaton, *Real Estate Valuation in Litigation* (2e éd. 1995), p. 133; voir également Institut canadien des évaluateurs, *The Appraisal of Real Estate* (3e éd. canadienne 2010), p. 12.4-12.5; *Burnaby/New Westminster Assessor, Area No. 10 c. Central Park Citizen Society* (1993), 86 B.C.L.R. (2d) 24 (C.S.), par. 28.

[23] De plus, même si l'Accord-Cadre signalait la possibilité d'un changement dans la gestion des terres des Premières Nations, ce changement n'était ni immédiat, ni inévitable. Trois années se sont écoulées avant l'adoption par le Parlement d'une loi de mise en œuvre de cet Accord-Cadre, et comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, le code foncier des Musqueams n'a été rédigé qu'en 2012. Ces faits tendent à miner la prétention des Musqueams quant à l'existence d'un lien entre la modification de 1996 et l'Accord-Cadre.

[24] Quant à l'argument des Musqueams concernant le lien entre le par. 26(3.2) et les par. 26(1) et 26(3), et plus particulièrement le lien avec la condition énoncée au par. 26(3) ([TRADUCTION] « pourvu que ces facteurs ne soient pas incompatibles avec le paragraphe (1) »), cette condition doit être interprétée dans son contexte global. Elle s'applique à la mention, au par. 26(3), de toute « autre circonstance ayant une incidence sur la valeur du bien-fonds », et non à tous les facteurs qui peuvent s'avérer importants dans le contexte de l'évaluation fiscale. En particulier, l'argument selon lequel les par. 26(1) et 26(3), considérés ensemble, empêchent un évaluateur de tenir compte, conformément au par. 26(3.2), de l'effet des intérêts à bail sur la valeur réelle est

condition, therefore, is clearly intended to apply as its position within the text of s. 26(3) suggests — that is, only to "other circumstances affecting the value of the land and improvements", and not to the other factors listed in s. 26(3) or to the additional consideration permitted under s. 26(3.2).

[25] Turning to Musqueam's argument which relies upon the text of s. 26(3.2)'s reference to a "restriction" placed "by the band", it bears stressing that the full phrase which appears in s. 26(3.2) is "*any* restriction placed on the use of the land" (emphasis added). In my view, the grammatical and ordinary meaning of this text is not as narrow as Musqueam submits. It is simply not possible to view the term "any restriction" as exclusively descriptive of a restrictive covenant. There is nothing in s. 26(3.2) or anywhere else in the Bylaw which is remotely supportive of such a confined meaning. It must also be borne in mind that the text of s. 26(3.2) has *always* contained the term "any restriction", which strongly suggests that the retention of that term in the amendment to s. 26(3.2) cannot be taken as having reduced the scope of restrictions that may be considered.

[26] Musqueam points to two decisions from British Columbia — *Central Park Citizen Society* and *Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1. They are, however, of no assistance. *Central Park Citizen Society* concerned the common law rule that restrictions on use will be relevant to assessments only if they run with the land. *Westbank Holdings* states the criteria to be met for a restrictive covenant to exist. Neither of these authorities supports Musqueam's submission that s. 26(3.2)'s reference to "any restriction" was intended to capture only restrictive covenants.

compromis par l'inclusion, au par. 26(3), des facteurs que sont « l'utilisation actuelle » et « [le] revenu ou [. . .] la valeur locative », qui seraient probablement « incompatibles avec le paragraphe (1) ». Par conséquent, cette condition est manifestement censée s'appliquer, comme le suggère l'endroit où elle se trouve dans le texte du par. 26(3), uniquement à « toute autre circonstance ayant une incidence sur la valeur du bien-fonds et ses améliorations », et non aux autres facteurs énumérés au par. 26(3) ni aux facteurs additionnels que le par. 26(3.2) permet de prendre en compte.

[25] Pour ce qui est de l'argument des Musqueams qui repose sur la mention, au par. 26(3.2), de toute [TRADUCTION] « restriction imposée par la bande », il convient de signaler que le texte complet de cette partie du par. 26(3.2) est le suivant : « *toute* restriction imposée [. . .] quant à l'utilisation du bien-fonds » (italiques ajoutés). À mon avis, le sens ordinaire et grammatical de ce texte n'est pas aussi limité que le prétendent les Musqueams. Il n'est simplement pas possible que les termes « toute restriction » renvoient exclusivement à une clause restrictive. Rien dans le par. 26(3.2), ni ailleurs dans le texte du Règlement, n'étaye un tant soit peu un sens aussi circonscrit. Il faut également se rappeler que les termes « toute restriction » ont *toujours* fait partie du texte du par. 26(3.2), ce qui indique fortement que le fait qu'ils aient été repris dans la modification apportée au par. 26(3.2) ne permet pas de dire qu'ils réduisent la portée des restrictions qui peuvent être prises en compte.

[26] Les Musqueams citent deux décisions de la Colombie-Britannique — *Central Park Citizen Society* et *Westbank Holdings Ltd. c. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1. Ces décisions ne sont toutefois d'aucun secours. *Central Park Citizen Society* concerne la règle de common law selon laquelle les restrictions quant à l'utilisation ne seront utiles pour les évaluations que si elles se rattachent au bien-fonds. *Westbank Holdings* énonce les critères auxquels il faut satisfaire pour établir l'existence d'une clause restrictive. Aucune de ces décisions n'étaye l'argument des Musqueams selon lequel la mention, au par. 26(3.2), de [TRADUCTION] « toute restriction » ne visait que les clauses restrictives.

[27] Musqueam further argues that the term "placed . . . by the band" in s. 26(3.2) bars consideration of the lease with the Club. Section 1(1) of the Bylaw defines the "band" as Musqueam. And, since the lease was concluded with the Crown (and not Musqueam), the use restriction contained in the lease was not "placed . . . by the band". The Court of Appeal, Musqueam says, was wrong to read into s. 26(3.2) the words "on behalf of", thereby allowing the Assessor to consider restrictions on use that Musqueam had not placed.

[28] I agree with Musqueam that, if the Assessor is to consider a restriction under s. 26(3.2), it must be a restriction that was actually placed by Musqueam, and not by the Crown. That said, the legal mechanism by which reserve lands could be leased at the time this lease was granted supports the conclusion that the use restriction contained therein was in fact placed *by Musqueam* and may therefore be considered by the Assessor. While it is true that the lease was between the Club and the Crown, and not between the Club and Musqueam, the Crown's intervention was necessitated by the *Indian Act* which, as the chambers judge noted, provided at the material time that reserve lands could not be leased without first being surrendered to the Crown. Section 26(3.2) of the Bylaw must be read in light of this statutorily mandated Crown role in taking title to reserve lands which are to be leased. Without more, the fact of that role does not preclude a finding that the use restriction in the lease was placed "by the band". The only way Musqueam could have placed the use restriction in the lease was through the Crown's intervention.

[29] That the use restriction in the lease was placed by Musqueam, and not by the Crown, is also affirmed by the agreed statement of facts, and more

[27] Les Musqueams affirment en outre que les termes [TRADUCTION] « imposée par la bande » qui figurent au par. 26(3.2) empêchent qu'il soit tenu compte du bail conclu avec le club de golf. Selon le par. 1(1) du Règlement, la « bande » (*band*) s'entend des Musqueams. Et comme le bail a été conclu avec Sa Majesté (et non les Musqueams), la restriction quant à l'utilisation contenue dans le bail n'a pas été « imposée par la bande ». Les Musqueams affirment que la Cour d'appel a eu tort d'ajouter par interprétation au par. 26(3.2) les mots [TRADUCTION] « pour le compte de », autorisant ainsi l'évaluateur à tenir compte de restrictions quant à l'utilisation que les Musqueams n'avaient pas imposées.

[28] Je suis d'accord avec les Musqueams pour dire que, si l'évaluateur doit tenir compte d'une restriction visée au par. 26(3.2), il doit s'agir d'une restriction que les Musqueams ont eux-mêmes imposée, et non d'une restriction imposée par Sa Majesté. Cela dit, le mécanisme juridique par lequel les terres de réserve pouvaient être louées à l'époque où le bail en cause a été conclu appuie la conclusion suivant laquelle la restriction quant à l'utilisation prévue au bail a, en réalité, été imposée *par les Musqueams*, et par conséquent, l'évaluateur peut en tenir compte. Il est vrai que le bail a été conclu entre le club de golf et Sa Majesté, et non entre le club de golf et les Musqueams, mais l'intervention de Sa Majesté était rendue nécessaire par la *Loi sur les Indiens*, laquelle, comme l'a fait remarquer la juge siégeant en cabinet, prévoyait alors que les terres d'une réserve ne pouvaient être louées que si elles étaient d'abord cédées à Sa Majesté. Le paragraphe 26(3.2) du Règlement doit être interprété à la lumière de ce rôle conféré par la loi à Sa Majesté qui l'obligeait à acquérir le titre sur les terres de réserve devant être louées. Sans aucun autre élément, l'existence de ce rôle n'empêche pas de conclure que la restriction quant à l'utilisation prévue au bail était imposée « par la bande ». Seule une intervention de Sa Majesté pouvait permettre aux Musqueams d'inclure au bail une restriction quant à l'utilisation des terres louées.

[29] L'exposé conjoint des faits, et plus particulièrement les conclusions de fait tirées dans la décision *Guerin c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 385 (1re inst.), —

particularly by the findings of fact made in *Guerin v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 385 (T.D.), adopted by all parties for the purposes of this appeal.

[30] The trial judge's finding in *Guerin* of a breach of trust by the Crown arose from its decision to lease the lands on terms inconsistent with Musqueam's intention. Further, he found that Musqueam's intention was to lease the lands to the Club:

> I have said the Crown knew, at that stage, it was a potential trustee. It knew of the intent of the Band to surrender the lands. The resolution, set out above, does not refer to an unqualified surrender for leasing to anyone. The whole implication of the resolution is that the contemplated surrender was for purposes of a lease with the golf club on terms.
>
> . . . From April 7, 1957 on, all discussions with the Band Council were confined to the proposed lease of those particular lands to the golf club.
>
> . . .
>
> The defendant, through the personnel and officials of the Indian Affairs Branch, breached her duty as a trustee. The 162 acres were not leased to the golf club on the terms and conditions authorized by the Band. [pp. 417-18]

[31] Musqueam stresses that there is nothing in the *Guerin* trial decision, the record or the surrender document that supports the conclusion that Musqueam itself placed the restriction on the use of the lands. It points in particular to the broad language of the surrender document, which mentioned neither the lease nor the Club, but simply states that the lands are surrendered in trust to the Crown to be leased "upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people" (cited in *Guerin* (F.C.), at p. 407).

auxquelles toutes les parties aux présentes se sont ralliées pour les besoins du présent pourvoi —, confirme lui aussi que ce sont les Musqueams, et non Sa Majesté, qui ont inscrit dans le bail la restriction quant à l'utilisation.

[30] Dans l'affaire *Guerin*, le juge de première instance a conclu que le manquement de Sa Majesté à son obligation de fiduciaire découlait de sa décision de louer les terres à des conditions qui ne correspondaient pas à la volonté des Musqueams. Il a en outre conclu que les Musqueams avaient voulu louer les terrains au club de golf :

> Comme je l'ai dit, la Couronne savait, à ce stade, qu'elle pouvait devenir fiduciaire. Elle savait que la bande avait l'intention de céder les terrains. La résolution précitée ne parle pas d'une cession sans condition pour location à qui l'on voudra. L'ensemble de la résolution sous-entend que la cession est faite pour location, à certaines conditions, au club de golf.
>
> . . . À compter du 7 avril 1957, toutes les discussions avec le conseil de bande se rapportent à la location envisagée de ces terrains au club de golf.
>
> . . .
>
> La défenderesse, par son personnel et les fonctionnaires de la Direction des affaires indiennes, a manqué à ses obligations de fiduciaire. Les 162 acres n'ont pas été louées au club de golf aux conditions que la bande indienne avait autorisées. [p. 417-418]

[31] Les Musqueams soulignent que rien dans la décision en première instance dans *Guerin*, ni dans le dossier ou l'acte de cession, n'étaye la conclusion selon laquelle la restriction quant à l'utilisation des terres a été imposée par les Musqueams eux-mêmes. Ils signalent en particulier les termes généraux de l'acte de cession — lequel ne comporte aucune mention du bail ni du club de golf — qui indique simplement que les terres sont cédées à Sa Majesté, en fiducie, pour être louées [TRADUCTION] « aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple » (cité dans *Guerin* (C.F.), p. 407).

[32] Ironically, it was the Crown which, in *Guerin*, relied upon the broad language of the surrender document in arguing that it could lease the lands on such terms as it saw fit. Recognizing the importance of Musqueam's intended terms and the statutory context within which the surrender was made, the trial judge in *Guerin* — as I have already noted above — specifically rejected that argument, noting that "[t]he whole implication of the resolution is that the contemplated surrender was for purposes of a lease with the golf club on terms." The significance of these terms was also unanimously recognized by this Court (see *Guerin*, at p. 388, per Dickson J. (as he then was); p. 354, per Wilson J.; and p. 393, per Estey J.).

[33] While, therefore, the surrender document makes no mention of the lease or the Club, the context in which the surrender occurred and the lands were demised clarifies that Musqueam intended that the lands be leased to the Club. It was not necessary for Musqueam to have stipulated a specific restriction on use, since it is implicit from this context that the lands would be used as a golf and country club. Given that context, the use restriction in the lease was placed "by the band". To conclude otherwise would be to depart from the unavoidable implications of the findings of fact which supported this Court's decision in *Guerin* to order the Crown to compensate Musqueam for its unconscionable conduct.

IV. Conclusion and Disposition

[34] Section 26(3.2) permits the Assessor to consider the use restriction in the lease between the Crown and the Club in determining the value of the demised reserve lands for assessment purposes. I would therefore dismiss the appeal, with costs.

Appeal dismissed with costs.

[32] Ironiquement, c'est Sa Majesté qui, dans l'affaire *Guerin*, s'appuyait sur les termes généraux de l'acte de cession pour affirmer qu'elle pouvait louer les terres aux conditions qu'elle jugeait indiquées. Après avoir reconnu l'importance des conditions posées par les Musqueams et du contexte législatif dans lequel la cession a été réalisée, le juge de première instance dans *Guerin* — comme je l'ai fait remarquer — a spécifiquement rejeté cet argument, signalant que « [l]'ensemble de la résolution sous-entend que la cession est faite pour location, à certaines conditions, au club de golf. » La Cour à l'unanimité a reconnu l'importance de ces conditions (voir *Guerin*, p. 388, le juge Dickson (plus tard Juge en chef); p. 354, la juge Wilson; et p. 393, le juge Estey).

[33] Or, il est vrai que l'acte de cession ne comporte aucune mention du bail ni du club de golf, mais le contexte dans lequel la cession a eu lieu et les terres ont été cédées à bail montre clairement que les Musqueams voulaient que les terres soient louées au club de golf. Il n'était pas nécessaire que les Musqueams aient prévu une clause précise pour restreindre l'utilisation, puisqu'il était implicite dans ce contexte que les terres seraient utilisées comme terrain de golf. Compte tenu de ce contexte, la restriction quant à l'utilisation prévue au bail était imposée « par la bande ». Tirer une conclusion différente irait à l'encontre des effets inévitables des conclusions de fait sur lesquelles reposait la décision prise par la Cour dans l'arrêt *Guerin* d'ordonner à Sa Majesté d'indemniser les Musqueams pour sa conduite inéquitable.

IV. Conclusion et dispositif

[34] Le paragraphe 26(3.2) autorise l'évaluateur à tenir compte de la restriction quant à l'utilisation prévue au bail conclu entre Sa Majesté et le club de golf pour déterminer, aux fins d'évaluation, la valeur des terres de réserve cédées à bail. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Assessor for the Musqueam Indian Band: Crease Harman, Victoria.

Solicitors for the respondent the Shaughnessy Golf and Country Club: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Nanda & Company, Edmonton.

Procureurs de l'appelante : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Assessor for the Musqueam Indian Band : Crease Harman, Victoria.

Procureurs de l'intimé Shaughnessy Golf and Country Club : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant : Nanda & Company, Edmonton.

Ledcor Construction Limited *Appellant*

v.

Northbridge Indemnity Insurance Company, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada and Chartis Insurance Company of Canada *Respondents*

- and -

Station Lands Ltd. *Appellant*

v.

Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance Company and American Home Assurance Company *Respondents*

Indexed as: Ledcor Construction Ltd. *v.* Northbridge Indemnity Insurance Co.

2016 SCC 37

File No.: 36452.

2016: March 30; 2016: September 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Insurance — Property insurance — All risks policy — Exclusion clauses — Interpretation — Builders' risk policy excluding from coverage cost of making good faulty workmanship — Windows of building under construction scratched by contractor hired to clean them and windows needing replacement — Whether faulty workmanship exclusion to coverage applicable.

Appeals — Courts — Standard of review — Contractual interpretation — Standard of appellate review applicable to trial judge's interpretation of standard form insurance contract.

Ledcor Construction Limited *Appelante*

c.

Société d'assurance d'indemnisation Northbridge, Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances et Compagnie d'assurance Chartis du Canada *Intimées*

- et -

Station Lands Ltd. *Appelante*

c.

Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance Company et American Home Assurance Company *Intimées*

Répertorié : Ledcor Construction Ltd. *c.* Société d'assurance d'indemnisation Northbridge

2016 CSC 37

N° du greffe : 36452.

2016 : 30 mars; 2016 : 15 septembre.

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

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

Assurances — Assurances de biens — Police d'assurance tous risques — Clauses d'exclusion — Interprétation — Police d'assurance chantier soustrayant à la garantie les frais engagés pour remédier à une malfaçon — Besoin de remplacer les fenêtres d'un immeuble en construction égratignées par l'entrepreneur qui avait été engagé pour les nettoyer — L'exclusion relative à la malfaçon s'applique-t-elle?

Appels — Tribunaux — Norme de contrôle — Interprétation contractuelle — Norme de contrôle qu'il convient d'appliquer en appel à l'interprétation d'un contrat d'assurance type retenue par le juge de première instance.

During construction, a building's windows were scratched by the cleaners hired to clean them. The cleaners used improper tools and methods in carrying out their work, and as a result, the windows had to be replaced. The building's owner and the general contractor in charge of the construction project claimed the cost of replacing the windows against a builders' risk insurance policy issued in their favour and covering all contractors involved in the construction. The insurers denied coverage on the basis of an exclusion contained in the policy for the "cost of making good faulty workmanship".

The trial judge held the insurers liable, finding that the exclusion clause was ambiguous and that the rule of *contra proferentem* applied against the insurers. The Court of Appeal reversed that decision. Applying the correctness standard of review to the interpretation of the policy, the court held that the trial judge had improperly applied the rule of *contra proferentem* because the exclusion clause was not ambiguous. The court devised a new test of physical or systemic connectedness to determine whether physical damage was excluded as the "cost of making good faulty workmanship" or covered as "resulting damage". Based on this test, the court concluded that the damage to the windows was physical loss excluded from coverage, because it was not accidental or fortuitous, but was directly caused by the intentional scraping and wiping motions involved in the cleaners' work.

Held: The appeals should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.: The appropriate standard of review in this case is correctness. The interpretation of a standard form contract should be recognized as an exception to the Court's holding in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. The first reason given in *Sattva* for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law — the importance of the factual matrix — carries less weight in cases involving standard form contracts. Indeed, while a proper understanding of the factual matrix of a case is crucial to the interpretation of many contracts, it is less relevant for standard form contracts because the parties do not negotiate the terms. The contract is put to the receiving party as a take-it-or-leave-it proposition. Factors

Durant la construction, les fenêtres d'un immeuble ont été égratignées par les nettoyeurs engagés pour les laver. Les nettoyeurs ont utilisé les mauvais outils et méthodes pour exécuter leur travail et les fenêtres ont dû, en conséquence, être remplacées. La propriétaire de l'immeuble et l'entrepreneur général responsable du projet de construction ont présenté une réclamation pour le coût de remplacement des fenêtres en vertu d'une police d'assurance chantier émise en leur faveur ainsi qu'en faveur de tous les entrepreneurs qui participaient aux travaux. Les assureurs leur ont opposé un refus en raison d'une exclusion de la police visant les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ».

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité des assureurs, estimant que la clause d'exclusion était ambiguë et que la règle *contra proferentem* s'appliquait contre les assureurs. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Appliquant la norme de la décision correcte à l'interprétation de la police, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait irrégulièrement appliqué la règle *contra proferentem* puisque la clause d'exclusion n'était pas ambiguë. La Cour d'appel a élaboré un nouveau critère de connexité matérielle ou systémique pour décider si les dommages matériels étaient exclus au titre des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » ou couverts en tant que « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon. À l'aune de ce critère, la Cour d'appel a conclu que les dommages causés aux fenêtres constituaient une perte matérielle exclue de la garantie parce qu'ils n'étaient ni accidentels ni fortuits, mais directement causés par les mouvements intentionnels de grattage et de frottage effectués par les nettoyeurs dans l'exécution de leur travail.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown : La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. L'interprétation d'un contrat type doit être reconnue comme une exception à la conclusion tirée par la Cour dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, que l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. Le premier motif donné dans *Sattva* à l'appui de la conclusion que l'interprétation d'un contrat est une question mixte de fait et de droit — l'importance du fondement factuel — a moins de force dans le cas des contrats types. En effet, bien qu'une compréhension adéquate du fondement factuel d'un dossier soit cruciale pour l'interprétation de nombreux contrats, le fondement factuel est moins pertinent dans le cas des contrats types parce que

such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract, but they are generally not inherently fact specific and will usually be the same for everyone who may be a party to a standard form contract.

Moreover, the interpretation of a standard form contract itself has precedential value and can therefore fit under the definition of a pure question of law. In general, the interpretation of a contract has no impact beyond the parties to a dispute. While precedents interpreting similar contractual language may be of some persuasive value, it is often the intentions of the parties, as reflected in the particular contractual wording at issue and informed by the surrounding circumstances of the contract, that predominate. In the case of standard form contracts, however, judicial precedent is more likely to be controlling. Establishing the proper interpretation of a standard form contract amounts to establishing the correct legal test, as the interpretation may be applied in future cases involving identical or similarly-worded provisions. The mandate of appellate courts — ensuring consistency in the law — is also advanced by permitting them to review the interpretation of standard form contracts for correctness. The result of applying the interpretation in future cases will of course depend on the facts of those cases.

In this case, while the base coverage under the relevant clause of the policy is for physical loss or damages, the exclusion clause need not necessarily encompass physical damage because perfect mutual exclusivity between exclusions and the initial grant of coverage is neither provided for under the policy nor required when interpreting the exclusion clause. Accordingly, the physical or systemic connectedness test established by the Court of Appeal was unnecessary.

While the language of the exclusion clause is ambiguous, the general principles of contractual interpretation lead to the conclusion that the exclusion clause serves to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty work, that is, the cost of recleaning the windows. The damage to the windows and therefore the cost of their replacement is covered. Given that the general rules of contract construction resolve the ambiguity, it is not necessary to turn to the *contra proferentem* rule.

les parties ne négocient pas les modalités. Le contrat est présenté comme une proposition à prendre ou à laisser. Il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l'objet du contrat, la nature de la relation qu'il crée et le marché ou l'industrie où il est employé pour interpréter un contrat type, mais ces considérations ne sont généralement pas, de par leur nature même, axées sur les faits et elles sont habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type.

De plus, l'interprétation en soi d'un contrat type a valeur de précédent et peut donc correspondre à la définition de « pure question de droit ». L'interprétation d'un contrat n'a généralement d'incidence que sur les parties au litige. Les précédents dans lesquels les tribunaux interprètent un libellé contractuel semblable peuvent avoir une certaine valeur persuasive, mais ce sont souvent les intentions des parties en cause exprimées dans le libellé particulier du contrat en litige et considérées à l'aune des circonstances entourant le contrat qui ont préséance. Toutefois, dans le cas des contrats types, le précédent judiciaire est probablement déterminant. Établir la juste interprétation d'un contrat type revient à établir le bon critère juridique, puisque cette interprétation peut être appliquée dans l'avenir à des dispositions identiques ou formulées de façon semblable. Le rôle des cours d'appel — assurer la cohérence du droit — est également servi lorsqu'on leur permet de contrôler l'interprétation d'un contrat type selon la norme de la décision correcte. Le résultat de l'application de l'interprétation dans des affaires à venir dépendra bien entendu des faits de celles-ci.

En l'espèce, même si la garantie de base prévue à la clause applicable de la police vise les pertes ou dommages matériels, la clause d'exclusion n'a pas nécessairement besoin d'englober des dommages matériels parce que l'exclusivité mutuelle parfaite entre des exclusions et la protection initiale n'est pas prévue dans la police et n'est pas non plus requise lorsqu'il s'agit d'interpréter la clause d'exclusion. En conséquence, le critère de connexité matérielle ou systémique établi par la Cour d'appel était inutile.

Bien que le texte de la clause d'exclusion soit ambigu, les principes généraux d'interprétation des contrats mènent à la conclusion que la clause d'exclusion ne vise qu'à exclure le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l'occurrence le coût du nouveau nettoyage des fenêtres. Les dommages causés aux fenêtres, et donc le coût de leur remplacement, sont couverts. Puisque les règles générales d'interprétation des contrats permettent de résoudre l'ambiguïté, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle *contra proferentem*.

This interpretation is consistent with the reasonable expectations of the parties and reflects and promotes the purpose of builders' risk policies. The broad coverage provided in exchange for relatively high premiums provides certainty, stability and peace of mind, and ensures construction projects do not grind to a halt because of disputes and potential litigation about liability for replacement or repair amongst various contractors involved. An interpretation of the exclusion clause that precludes from coverage any and all damage resulting from a contractor's faulty workmanship merely because the damage results to that part of the project on which the contractor was working would undermine the purpose behind builders' risk policies and would deprive insureds of the coverage for which they contracted. Moreover, interpreting the exclusion clause to preclude from coverage only the cost of redoing the faulty work aligns with commercial reality and leads to realistic and sensible results, given both the purpose underlying builders' risk policies and their spreading of risk on construction projects. Such an interpretation is also consistent with the jurisprudence.

Cette interprétation est conforme aux attentes raisonnables des parties, en plus de traduire et servir l'objet des polices d'assurance chantier. La large garantie offerte en échange de primes relativement élevées confère certitude, stabilité et tranquillité d'esprit et évite que les projets de construction se retrouvent paralysés par des différends ou des actions en justice éventuelles sur la question de savoir qui, parmi les divers entrepreneurs participant aux travaux, est responsable du remplacement ou de la réparation découlant de la malfaçon. Une interprétation de la clause d'exclusion qui soustrait à la garantie tous les dommages découlant de la malfaçon de l'entrepreneur simplement parce que les dommages sont causés à la partie du projet sur laquelle l'entrepreneur travaillait minerait l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier et priverait les assurés de la garantie à laquelle ils ont souscrit. En outre, interpréter la clause d'exclusion pour soustraire à la garantie seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux correspond à la réalité commerciale et mène à un résultat réaliste et sensé, compte tenu de l'objet qui sous-tend les polices d'assurance chantier et de leur répartition du risque pour les projets de construction. Cette interprétation est aussi conforme à la jurisprudence.

Per Cromwell J.: There is agreement as to the disposition of the appeals. The trial judge made no legal error because he properly described and applied the Court's decision in *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

However, the applicable standard of review is that of palpable and overriding error. As the Court held in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the general principles of appellate review in civil cases turn on characterizing the nature of the question being reviewed as one of fact, law or mixed fact and law. Questions of law are reviewed for correctness and questions of fact are reviewed for palpable and overriding error. Applying a legal standard to the facts is a question of mixed fact and law and is generally reviewable on appeal for palpable and overriding error. In rare cases, where the basis for a finding under review can be traced to a pure legal error, such as a wrong characterization of the legal test or the failure to consider a required element of the applicable standard, the reviewing court can extricate a purely legal question from the trial court's analysis and apply the correctness standard to it.

Le juge Cromwell : Il y a accord quant au dispositif. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit parce qu'il a correctement décrit et appliqué l'arrêt *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

La norme de contrôle applicable est toutefois celle de l'erreur manifeste et dominante. Tel que la Cour l'a décidé dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, les principes généraux de contrôle en appel dans les affaires civiles s'attachent à la qualification de la nature de la question faisant l'objet du contrôle en tant que question de fait, question de droit ou encore question mixte de droit et de fait. Les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait le sont en fonction de la norme de l'erreur manifeste et dominante. L'application d'une norme juridique à des faits constitue une question mixte de droit et de fait, qui est généralement susceptible de révision en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Dans les rares cas où le fondement de la conclusion contrôlée est imputable à une pure erreur de droit, telle une mauvaise qualification du critère juridique ou omission d'examiner un élément essentiel de la norme applicable, la cour siégeant en révision peut dégager une pure question de droit de l'analyse du tribunal de première instance et appliquer à cette question la norme de la décision correcte.

The Court's recent decision in *Sattva* brought appellate review in contract cases within this general framework. Applying the text of a contract to a particular fact situation involves applying the legal standard set by the contract to the facts of the situation at hand. Accordingly, a trial judge's interpretation of the contract generally gives rise to a mixed question of law and fact and should be reviewable on appeal for palpable and overriding error. Contractual interpretation is generally not a pure question of law because it involves understanding the words used in light of a number of contextual factors beyond negotiation, including the purpose of the agreement, the nature of the relationship between the parties, and the market in which the parties are operating.

There is no reason for the interpretation of certain types of contracts such as standard form contracts to be excluded from the general principles that apply to appellate review in civil cases. Whether or not a contract is a standard form does not indicate anything about the degree to which it is concerned with a general legal proposition so as to attract correctness review. To ask the question in terms of precedential value rather than the generality of the legal principle in issue simply sends the analysis back to the question of the degree of generality. The more general the principle, the more the precedential value. Moreover, the absence of a factual matrix is not of much assistance, because like all contracts, standard form contracts have many surrounding circumstances — they have a purpose, they create a relationship of a particular nature between the parties, and they frequently operate within a particular market or industry — which must be taken into account in interpreting the text of the contract.

The question the present case raises involves applying a legal standard to a set of facts and does not give rise to any extricable question of law. The legal principle is that "making good faulty workmanship" means "the cost of redoing the faulty work". This principle does not operate at a very high level of generality. Applying that principle turns on the scope of the faulty work and the nature of redoing it, and its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case.

La Cour a inscrit dans son récent arrêt *Sattva* le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à l'intérieur de ce cadre général. L'application du texte d'un contrat à une situation factuelle particulière suppose l'application de la norme juridique établie par le contrat aux faits de la situation en cause. Par conséquent, l'interprétation donnée par un juge de première instance au contrat soulève généralement une question mixte de droit et de fait qui devrait être contrôlée en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. L'interprétation contractuelle n'est généralement pas une pure question de droit parce qu'elle implique de comprendre les mots utilisés eu égard à plusieurs facteurs contextuels autres que la négociation, dont l'objet de l'entente, la nature de la relation entre les parties et le marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

Il n'y a aucune raison de penser que les principes généraux applicables au contrôle en appel dans les affaires civiles ne devraient pas régir l'interprétation de certaines catégories de contrats tels que les contrats types. Le point de savoir si un contrat est ou non un contrat type ne permet de tirer aucune conclusion sur la mesure dans laquelle il concerne une proposition juridique générale et appelle par le fait même un contrôle selon la norme de la décision correcte. Poser la question sous l'angle de la valeur de précédent plutôt que du caractère général du principe juridique en cause fait uniquement porter l'analyse sur la question du degré de généralité. Plus le principe est général, plus sa valeur comme précédent est grande. De plus, l'absence de fondement factuel n'est pas d'un grand secours car, à l'instar de tous les autres contrats, les contrats types s'inscrivent dans un contexte beaucoup plus large : ils ont un objet, créent une relation particulière entre les parties et sont fréquemment utilisés dans une industrie ou un marché donné. Il faut tenir compte de ce contexte pour interpréter le texte du contrat.

La question soulevée en l'espèce suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et elle ne pose aucune question de droit isolable. Selon le principe juridique, l'expression « remédier à une malfaçon » s'entend « du coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ». Ce principe n'atteint pas un très haut niveau de généralité. L'application de ce principe repose sur l'étendue de la malfaçon et la nature de sa nouvelle exécution et les tribunaux décideront de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire.

Cases Cited

By Wagner J.

Distinguished: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabean*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *Daverne v. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171; *Anderson v. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79; *Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180; *Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9; *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605; *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88; *Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681; *Ontario Hydro*

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Distinction d'avec l'arrêt : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabean*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *Daverne c. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79; *Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180; *Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9; *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88; *Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981),

v. Royal Insurance, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553; *Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757; *Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399.

By Cromwell J.

Applied: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

Authors Cited

Audet, Maurice. "All Risks — a promise made or a promise broken?" (1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34.

126 D.L.R. (3d) 681; *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553; *Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757; *Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

Doctrine et autres documents cités

Audet, Maurice. « All Risks — a promise made or a promise broken? » (1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34.

Audet, Maurice G. "Part II — Insurance" (2002), 12 C.L.R. (3d) 100.

Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2).

Canadian College of Construction Lawyers. Insurance & Surety Committee. "'Covered for What?': Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies" (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101.

Dolden, Eric A. "All Risk and Builders' Risk Policies: Emerging Trends" (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24).

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

Poitras, Pierre-Stéphane. "L'assurance et l'industrie de la construction", dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001, 181.

Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. *A Guide to Canadian Construction Insurance Law*. Toronto: Carswell, 2013.

Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.

Vogel, Sharon C. "Recent Developments in Construction Insurance Law", in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, *Review of Construction Law: Recent Developments*. Toronto: Carswell, 2012, 169.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Watson and Slatter JJ.A.), 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363, 42 B.L.R. (5th) 190, 386 D.L.R. (4th) 482, 16 Alta. L.R. (6th) 397, 47 C.C.L.I. (5th) 218, [2015] 8 W.W.R. 466, [2015] A.J. No. 338 (QL), 2015 CarswellAlta 511 (WL Can.), setting aside a decision of Clackson J., 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495, [2013] A.J. No. 1088 (QL), 2013 CarswellAlta 1943 (WL Can.). Appeals allowed.

Audet, Maurice G. « Part II — Insurance » (2002), 12 C.L.R. (3d) 100.

Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2).

Collège canadien des avocats en droit de la construction. Insurance & Surety Committee. « "Covered for What?" : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101.

Dolden, Eric A. « All Risk and Builders' Risk Policies : Emerging Trends » (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.

Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*, Toronto, Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24).

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

Poitras, Pierre-Stéphane. « L'assurance et l'industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 181.

Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. *A Guide to Canadian Construction Insurance Law*, Toronto, Carswell, 2013.

Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2010.

Vogel, Sharon C. « Recent Developments in Construction Insurance Law », in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, *Review of Construction Law : Recent Developments*, Toronto, Carswell, 2012, 169.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Watson et Slatter), 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363, 42 B.L.R. (5th) 190, 386 D.L.R. (4th) 482, 16 Alta. L.R. (6th) 397, 47 C.C.L.I. (5th) 218, [2015] 8 W.W.R. 466, [2015] A.J. No. 338 (QL), 2015 CarswellAlta 511 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Clackson, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495, [2013] A.J. No. 1088 (QL), 2013 CarswellAlta 1943 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Eugene Meehan, *Q.C.*, and *Stacey Boothman*, for the appellant Ledcor Construction Limited.

Dennis L. Picco, *Q.C.*, and *Marie-France Major*, for the appellant Station Lands Ltd.

Gregory J. Tucker, *Q.C.*, and *Scott H. Stephens*, for the respondents.

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

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] The outcome of these appeals hinges on the interpretation of an exclusion clause in a common form of all-risk property insurance, variably referred to as "builders' risk", "contractors' risk", "all risks", "multi-risk" or "course of construction" insurance.[1] This type of insurance covers physical damage on a construction site. It is usually issued to the owner of the property under construction and the general contractor, providing coverage for them as well as for all contractors and subcontractors working on the project. The exclusion clause at the heart of these appeals is a standard form clause that denies coverage for the "cost of making good faulty workmanship" but, as an exception to that exclusion, nonetheless covers "physical damage" that "results" from the faulty workmanship.

[2] In the present case, a contractor was hired to clean the windows of a building under construction. In the course of the cleaning, the contractor scratched the building's windows, which ultimately

[1] Although builders' risk policies can provide coverage on either an all-risk or named-peril basis, only the former type of policy is at issue in these appeals. It is also the more common type of policy. Therefore, when I refer to builders' risk policies in these reasons, I specifically mean builders' risk policies that provide coverage on an all-risk basis.

Eugene Meehan, *c.r.*, et *Stacey Boothman*, pour l'appelante Ledcor Construction Limited.

Dennis L. Picco, *c.r.*, et *Marie-France Major*, pour l'appelante Station Lands Ltd.

Gregory J. Tucker, *c.r.*, et *Scott H. Stephens*, pour les intimées.

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

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] L'issue de ces pourvois repose sur l'interprétation d'une clause d'exclusion dans une forme courante d'assurance tous risques de biens, l'« assurance chantier », aussi appelée notamment « assurance des risques des entrepreneurs », « assurance tous risques », « assurance multirisque » ou encore « assurance des ouvrages en construction »[1]. Ce type d'assurance, qui couvre les dommages matériels sur un chantier, est habituellement offert au propriétaire de l'ouvrage en construction et à l'entrepreneur général. Cette assurance leur confère une protection, ainsi qu'à tous les entrepreneurs et sous-traitants qui travaillent sur le projet. La clause d'exclusion au cœur des pourvois est une clause type qui soustrait à la garantie les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais prévoit une exception pour les « dommages matériels » « en découlant ».

[2] Dans le cas qui nous occupe, un entrepreneur a été engagé pour nettoyer les fenêtres d'un immeuble en construction. Lors du nettoyage, il a égratigné les fenêtres de l'immeuble, qui ont dû être remplacées

[1] Même si les polices d'assurance chantier peuvent offrir une protection soit sur une base tous risques, soit contre un risque désigné, seul le premier type de police est en cause dans les présents pourvois. Il s'agit également du type de police le plus répandu. Ainsi, quand je parle des polices d'assurance chantier dans les présents motifs, j'entends par là les polices d'assurance chantier qui offrent une protection sur une base tous risques.

needed to be replaced. The windows' replacement cost was claimed by the building's owner and the general contractor in charge of the project under a builders' risk policy issued in favour of the owner and all contractors involved in the construction, but the insurers denied coverage on the basis of the "cost of making good faulty workmanship" exclusion. The issue before the courts was thus to determine, where windows of a construction project are damaged from post-installation cleaning by a contractor responsible for only their cleaning, if the cost of the windows' replacement was excluded from coverage under the faulty workmanship exclusion.

[3] After determining that the work performed by the contractor amounted to faulty workmanship, the trial judge applied the *contra proferentem* rule against the insurers and concluded that the faulty workmanship exclusion did not exclude from coverage the damage that the contractor had caused to the building's windows. Applying a correctness standard of review to the interpretation of the insurance policy, the Court of Appeal of Alberta overturned the trial judge's decision and declared that the damage to the building's windows was excluded from coverage, as the damage was physically or systematically connected to the very work the contractor had performed.

[4] In my opinion, the appropriate standard of review in this case is correctness. Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix that is specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[5] Regarding the appropriate interpretation of the faulty workmanship exclusion in all builders' risk policies, I am of the view that the exclusion clause serves to exclude from coverage only the

par la suite. La propriétaire de l'immeuble et l'entrepreneur général responsable du projet ont réclamé à leurs assureurs le coût de remplacement des fenêtres en vertu d'une police d'assurance chantier émise en leur faveur ainsi qu'en faveur de tous les entrepreneurs qui participaient aux travaux, mais les assureurs leur ont opposé un refus en raison de l'exclusion visant les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Les cours saisies de l'affaire étaient donc appelées à décider si, dans le cas où les fenêtres d'un projet de construction sont endommagées après leur installation par l'entrepreneur chargé seulement de leur nettoyage, le coût de remplacement des fenêtres est exclu de la garantie d'assurance au titre de l'exclusion relative à la malfaçon.

[3] Après avoir conclu que le travail effectué par l'entrepreneur constituait une malfaçon, le juge de première instance a appliqué la règle *contra proferentem* contre les assureurs et a conclu que l'exclusion relative à la malfaçon ne visait pas les dommages que l'entrepreneur avait causés aux fenêtres de l'immeuble. Après avoir appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation de la police d'assurance, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision du juge de première instance et a déclaré que les dommages causés aux fenêtres de l'immeuble n'étaient pas couverts, car ils étaient connexes, sur le plan matériel ou systémique, au travail même de l'entrepreneur.

[4] Selon moi, la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[5] En ce qui concerne la juste interprétation de la clause d'exclusion relative à la malfaçon dans les polices d'assurance chantier, j'estime que cette clause ne vise à exclure que le coût de la nouvelle

cost of redoing the faulty work. This interpretation is dictated by the general rules of contractual interpretation. It best represents the parties' reasonable expectations, as informed by the purpose of builders' risk policies, aligns with commercial reality, and is consistent with the jurisprudence on the matter. In this case, the cost of redoing the faulty work is that of recleaning the windows. Therefore, I would allow the appeals and hold that the windows' replacement cost is covered under the insurance policy.

II. Facts

[6] Station Lands Ltd. ("Station Lands") is the owner of the recently built EPCOR Tower ("Tower"), an office building in Edmonton. Ledcor Construction Limited ("Ledcor") was the general contractor for the Tower's construction.

[7] During construction, the Tower's installed windows were dirtied with paint specks, dirt and concrete splatter. To clean these windows prior to the completion of construction, Station Lands hired Bristol Cleaning ("Bristol"). The service contract between Station Lands and Bristol stipulated that Station Lands would provide all-risk property insurance for the project, which Station Lands did in the form of a builders' risk policy (the "Policy"). The scope of Bristol's work under the service contract was to "[p]rovide all necessary equipment, manpower, [and] materials required to complete a construction clean" of the Tower's exterior windows.

[8] Unfortunately, Bristol used improper tools and methods in carrying out its cleaning work, scratching the Tower's windows, which consequently had to be replaced. Station Lands estimated the replacement cost of the windows to be $2.5 million. Both Station Lands and Ledcor claimed this replacement cost against the Policy through their insurers at the time, the respondents Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance Company, and American Home Assurance Company (together,

exécution du travail défectueux. Ce sont les règles générales d'interprétation des contrats qui dictent cette interprétation, laquelle reflète le mieux les attentes raisonnables des parties fondées sur l'objectif des polices d'assurance chantier, correspond à la réalité commerciale et est conforme à la jurisprudence sur ce point. En l'espèce, le coût de la nouvelle exécution du travail déficient est celui d'un nouveau nettoyage des fenêtres. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de décider que le coût de remplacement des fenêtres est couvert par la police d'assurance.

II. Faits

[6] Station Lands Ltd. (« Station Lands ») est la propriétaire de l'EPCOR Tower (« Tour »), construite récemment, un immeuble à bureaux d'Edmonton. Ledcor Construction Limited (« Ledcor ») était l'entrepreneur général chargé de construire la Tour.

[7] Durant la construction, les fenêtres de la Tour ont été salies par des petites taches de peinture et des éclaboussures de terre et de béton. Pour nettoyer les fenêtres avant la fin des travaux, Station Lands a embauché Bristol Cleaning (« Bristol »). Il était stipulé dans le contrat de service conclu entre Station Lands et Bristol que Station Lands fournirait une assurance de biens tous risques pour le projet, ce qu'elle a fait au moyen d'une police d'assurance chantier (la « police »). Aux termes du contrat de service, Bristol devait [TRADUCTION] « [f]ournir tout l'équipement, la main d'œuvre [et] les produits nécessaires pour effectuer, lors de la construction, un nettoyage » du côté extérieur des fenêtres de la Tour.

[8] Malheureusement, Bristol a utilisé les mauvais outils et méthodes pour effectuer le travail de nettoyage et a égratigné les fenêtres de la Tour, lesquelles ont dû, en conséquence, être remplacées. Station Lands a estimé le coût de leur remplacement à 2,5 millions de dollars. Station Lands et Ledcor ont toutes deux présenté, sur la base de la police, une réclamation pour le coût de remplacement à leurs assureurs de l'époque, les intimées la Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance

the "Insurers").[2] The Insurers denied the claim on the basis of clause 4(A)(b) of the Policy (the "Exclusion Clause"), which is an exclusion for faulty workmanship.

[9] The relevant coverage provisions of the Policy provide that all risks of direct physical loss or damage to the property undergoing construction are insured, subject to certain outlined exclusions:

1. Property Insured

(a) Property undergoing site preparation, demolition, construction, reconstruction, fabrication, installation, erection, repair or testing (hereinafter called the "Construction Operations") while at the risk of the insured and while at the location of the insured project(s), provided the value thereof is included in the declared estimated value of construction operations;

. . .

2. Perils Insured and Territorial Limits

This policy section insures against "All Risks" of direct physical loss or damage except as hereinafter provided.

[10] The Exclusion Clause excludes from coverage the "cost of making good faulty workmanship", but provides an exception for "resulting damage":

4(A) Exclusions

This policy section does not insure:

(a) Any loss of use or occupancy or consequential loss of any nature howsoever caused including

[2] Between the date of the Policy and the date of judgment at trial, these respondents became the remaining respondents Northbridge Indemnity Insurance Company, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, and Chartis Insurance Company of Canada, respectively.

Company et American Home Assurance Company (collectivement appelées les « assureurs »)[2]. Les assureurs ont rejeté cette réclamation en invoquant la clause 4(A)b) de la police (la « clause d'exclusion »), qui prévoit une exclusion en cas de malfaçon.

[9] Les dispositions pertinentes de la police quant à la garantie prévoient que tous les risques de perte ou de dommages matériels directs touchant l'ouvrage en construction sont assurés, sous réserve de certaines exclusions énumérées :

[TRADUCTION]

1. Biens assurés

a) Les biens faisant l'objet d'une préparation de chantier, démolition, construction, reconstruction, fabrication, installation, érection, réparation ou d'un essai (ci-après appelés les « travaux de construction ») pendant que l'assuré en a la charge et qu'ils se trouvent sur les lieux du ou des projets assurés, pourvu que leur valeur ne dépasse pas les estimations déclarées des travaux de construction;

. . .

2. Risques couverts et limites territoriales

Sous réserve des exceptions stipulées ci-après, la présente police couvre « tous les risques » de perte ou de dommages matériels directs.

[10] La clause d'exclusion vise notamment les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais prévoit une exception pour les « dommages en découlant » :

[TRADUCTION]

4(A) Exclusions

La présente police ne couvre pas :

a) La perte d'usage ou d'occupation ou perte indirecte de quelque nature que ce soit, y compris les

[2] Entre la date de signature de la police et la date du jugement de première instance, les intimées en question étaient devenues les autres intimées à la présente affaire, soit, respectivement, la Société d'assurance d'indemnisation Northbridge, Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurances, et la Compagnie d'assurance Chartis du Canada.

penalties for non-completion of or delay in completion of contract or non-compliance with contract conditions;

(b) The cost of making good faulty workmanship, construction materials or design unless physical damage not otherwise excluded by this policy results, in which event this policy shall insure such resulting damage. [Emphasis added.]

[11] Station Lands and Ledcor (together, the "Insureds") submitted their statement of claim before the Court of Queen's Bench of Alberta, seeking enforcement of the Policy and coverage for the replacement cost of the damaged windows.

III. Decisions Below

A. *Court of Queen's Bench of Alberta, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495*

[12] The trial judge concluded that the cleaning work Bristol had carried out constituted "workmanship" and that it had been faulty. He declared, however, that the Exclusion Clause did not exclude from coverage the damage that Bristol's faulty workmanship had caused to the Tower's windows. In coming to this determination, he found the Exclusion Clause ambiguous and the interpretations of "making good" advanced by the Insureds and Insurers equally plausible. He therefore applied the rule of *contra proferentem* against the Insurers. The Insureds had argued that the "cost of making good" encompassed only the cost of redoing the cleaning work, whereas the Insurers had argued that it encompassed both the cost of redoing the cleaning work and the damage to the windows, as they were the very thing on which Bristol had performed the faulty workmanship.

B. *Court of Appeal of Alberta, 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363*

[13] On appeal, the Court of Appeal reversed the trial judge's decision and declared that the damage to the Tower's windows was excluded from coverage. Applying a correctness standard of review to the

pénalités pour non-exécution du contrat, retard dans l'exécution du contrat ou non-respect des conditions du contrat;

b) Les frais engagés pour remédier à une malfaçon, des matériaux de construction défectueux ou une conception défaillante, à moins qu'il n'en découle des dommages matériels non autrement exclus par la présente police, auquel cas la présente police couvre ces dommages en découlant. [Je souligne.]

[11] Station Lands et Ledcor (collectivement appelées les « assurées ») ont présenté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta une déclaration dans laquelle elles sollicitaient l'application de la police et la reconnaissance de la garantie pour le coût de remplacement des fenêtres endommagées.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495*

[12] Le juge de première instance a conclu que le nettoyage effectué par Bristol constituait le « travail » et qu'il avait été mal exécuté. Il a toutefois déclaré que la clause d'exclusion ne soustrayait pas à la garantie d'assurance les dommages causés aux fenêtres de la Tour par la malfaçon de Bristol. Pour parvenir à cette conclusion, il a estimé que la clause d'exclusion était ambiguë et que les interprétations des mots « pour remédier » avancées par les assurées et les assureurs étaient aussi plausibles l'une que l'autre. En conséquence, il a appliqué la règle *contra proferentem* contre les assureurs. Les assurées ont fait valoir que les « frais engagés pour remédier » à la malfaçon ne visaient que le coût d'un nouveau nettoyage, alors que les assureurs ont soutenu que cette expression visait non seulement le coût de ce nouveau nettoyage, mais aussi les dommages causés aux fenêtres, puisque c'était justement sur celles-ci que Bristol avait exécuté le travail déficient.

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363*

[13] La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et déclaré que les dommages causés aux fenêtres de la Tour n'étaient pas couverts par la police. Appliquant la norme de la décision

interpretation of the Policy, the court held the trial judge had improperly applied the rule of *contra proferentem* because the Exclusion Clause was not ambiguous.

[14] The Court of Appeal proceeded from the premise that because the base coverage under the Policy was for "physical loss or damage", as provided by clause 2, the Exclusion Clause had to exclude physical damage of some kind, or else it would be redundant. For the court, then, the key was to determine the dividing line between the physical damage that was excluded as the "cost of making good faulty workmanship" and the physical damage that was covered as "resulting damage". To establish this dividing line, the court devised a new test of physical or systemic connectedness, based on three primary considerations, outlined at para. 50 of its reasons: (1) the "extent or degree to which the damage was to a portion of the project actually being worked on at the time, or was collateral damage to other areas"; (2) the "nature of the work being done, how the damage related to the way that work is normally done, and the extent to which the damage is a natural or foreseeable consequence of the work"; and (3) "[w]hether the damage was within the purview of normal risks of poor workmanship, or whether it was unexpected and fortuitous."

[15] In applying this newly formulated test, the Court of Appeal concluded that the damage to the windows was physical loss excluded as the "cost of making good faulty workmanship", because it was not accidental or fortuitous but was directly caused by the scraping and wiping motions involved in Bristol's cleaning work. According to the court, Bristol intentionally applied these motions to the windows, a core part of the work to be done, and the damage was not only foreseeable but highly likely.

correcte à l'interprétation de la police, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait irrégulièrement appliqué la règle *contra proferentem* puisque la clause d'exclusion n'était pas ambiguë.

[14] La Cour d'appel est partie de la prémisse suivante : comme la garantie de base de la police visait, aux termes de la clause 2, les [TRADUCTION] « perte ou [. . .] dommages matériels », la clause d'exclusion devait exclure une forme de dommages matériels, à défaut de quoi elle serait redondante. La Cour d'appel a donc jugé qu'il fallait tracer la ligne de démarcation entre, d'une part, les dommages matériels exclus au titre des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et, d'autre part, les dommages matériels qui sont couverts en tant que « dommages [. . .] découlant » de cette malfaçon. Pour ce faire, la Cour d'appel a élaboré un nouveau critère de connexité matérielle ou systémique. Ce critère comportait trois volets principaux, décrits au par. 50 des motifs de la cour : (1) la [TRADUCTION] « mesure dans laquelle les dommages ont touché une section du projet qui était alors en cours d'exécution ou touché indirectement d'autres zones »; (2) la « nature du travail effectué, le lien entre les dommages causés et l'exécution normale du travail et la mesure dans laquelle les dommages constituaient une conséquence naturelle ou prévisible du travail »; (3) « le point de savoir si les dommages faisaient partie des risques normaux liés à un travail de piètre qualité ou s'ils étaient imprévus et fortuits. »

[15] Après application de ce nouveau critère, la Cour d'appel a conclu que les dommages causés aux fenêtres constituaient une perte matérielle exclue au titre des [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon » parce qu'ils n'étaient ni accidentels ni fortuits, mais directement causés par les mouvements de grattage et de frottage effectués par Bristol lors de son nettoyage. Selon la Cour d'appel, Bristol a intentionnellement soumis les fenêtres à ce traitement, qui constituait l'essentiel du travail à accomplir, et les dommages étaient non seulement prévisibles, mais hautement probables.

IV. Issues on Appeal

[16] The Exclusion Clause in the standard form builders' risk insurance policy at issue in these appeals raises two questions that this Court must answer.

[17] First, what standard of appellate review applies to a trial judge's interpretation of a standard form insurance contract?

[18] Second, what is the proper interpretation to be given to the faulty workmanship exclusion clause and the "resulting damage" exception to that exclusion contained in builders' risk insurance policies?

V. Analysis

A. *The Standard of Review Is Correctness*

[19] In my view, the trial judge's interpretation of the Policy should be reviewed for correctness.

[20] These appeals present an opportunity to clarify how *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, applies to the interpretation of standard form contracts, sometimes called contracts of adhesion.

[21] In *Sattva*, Rothstein J. held that "[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" (para. 50). As a result, the palpable and overriding error standard of review applies to a trial court's interpretation of a contract: *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 21-24. However, Rothstein J. acknowledged that the correctness standard of review still applies to the "rare" extricable questions of law that arise in the interpretation process, such as "the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test,

IV. Questions en litige

[16] La clause d'exclusion figurant dans la formule type d'assurance chantier en cause dans les pourvois soulève deux questions auxquelles notre Cour doit répondre.

[17] Premièrement, quelle norme de contrôle s'applique en appel à l'interprétation d'un contrat d'assurance type retenue par le juge de première instance?

[18] Deuxièmement, quelle est l'interprétation que doit recevoir la clause d'exclusion relative à la malfaçon et l'exception visant les « dommages en découlant » contenues dans les polices d'assurance chantier?

V. Analyse

A. *La norme de contrôle est celle de la décision correcte*

[19] À mon avis, il faut contrôler l'interprétation de la police retenue par le juge de première instance selon la norme de la décision correcte.

[20] Les présents pourvois offrent une occasion de clarifier l'application de *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, à l'interprétation des contrats types, parfois appelés contrats d'adhésion.

[21] Dans l'arrêt *Sattva*, le juge Rothstein conclut que « [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 » (par. 50). En conséquence, la norme de l'erreur manifeste et dominante s'applique à l'interprétation donnée par le tribunal de première instance à un contrat (*Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 21-24). Le juge Rothstein a cependant reconnu que la norme de la décision correcte s'applique toujours aux « rares » questions de droit qui peuvent se dégager au cours de l'exercice d'interprétation, par exemple lorsque le décideur a « appliqu[é] le

or the failure to consider a relevant factor": *Sattva*, at paras. 53 and 55, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 21. This is consistent with the jurisprudence on the standard of review for questions of mixed fact and law: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36. However, in this case, the Court of Appeal did not purport to identify an extricable question of law that arose in the interpretation process. Rather, it concluded that the interpretation of the contract itself should be reviewed for correctness, despite *Sattva*'s holding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law and is owed deference on appeal: paras. 18-19.

[22] Appellate courts have disagreed on whether this Court's holding in *Sattva* on the standard of review of contractual interpretation applies to standard form contracts. Many appellate courts have held that *Sattva* does not apply, and have conducted correctness review: *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, at paras. 11-13; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabean*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449, at para. 13; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, at paras. 28-30; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 273, per McDonald J.A.; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at paras. 40-41; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, at paras. 22-24; *Daverne v. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188, at paras. 12-14; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, at para. 34 (CanLII); and *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, at para. 26 (CanLII).

[23] In other cases, however, courts of appeal have applied *Sattva* and have deferred to trial courts' interpretations of standard form contracts: *Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171, at para. 33; *Anderson v.*

mauvais principe ou néglig[é] un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent » (*Sattva*, par. 53 et 55, citant *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 21). Cela s'accorde avec la jurisprudence sur la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36). Toutefois, en l'espèce, la Cour d'appel n'a pas dégagé une question de droit qui s'est posée au cours de l'exercice d'interprétation. Elle a plutôt conclu qu'il y a lieu de contrôler l'interprétation du contrat lui-même selon la norme de la décision correcte malgré la conclusion tirée dans *Sattva* selon laquelle l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit et commande la déférence en appel (par. 18-19).

[22] Les cours d'appel ont exprimé des avis contradictoires au sujet de la question de savoir si la conclusion tirée dans *Sattva* sur la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle vise aussi les contrats types. Elles ont été nombreuses à juger que *Sattva* n'est pas applicable et ont effectué un contrôle selon la norme de la décision correcte (*Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, par. 11-13; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabean*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449, par. 13; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, par. 28-30; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, par. 273, le juge McDonald; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 40-41; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, par. 22-24; *Daverne c. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188, par. 12-14; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, par. 34 (CanLII); *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, par. 26 (CanLII)).

[23] En revanche, dans d'autres affaires, les cours d'appel ont appliqué *Sattva* et s'en sont remises aux interprétations des contrats types retenues par les tribunaux de première instance (*Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922,

Bell Mobility Inc., 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79, at paras. 9 and 33-35; *Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, at paras. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, at paras. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, at para. 35; and *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, at para. 40 (CanLII). See also *Stewart Estate*, at para. 63, per Rowbotham J.A. (dissenting on this point).

[24] I would recognize an exception to this Court's holding in *Sattva* that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. In my view, where an appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix that is specific to the parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[25] The statements made in *Sattva* on the standard of review of contractual interpretation must be considered in their full context. That case concerned a complex commercial agreement between two sophisticated parties — not a standard form contract. Professor John D. McCamus has described standard form contracts as follows:

> . . . the document put forward will typically constitute a standard printed form that the party proffering the document invariably uses when entering transactions of this kind. The form will often be offered on a "take it or leave it" basis. In the typical case, the other party, then, will have no choice but either to agree to the terms of the standard form or to decline to enter the transaction altogether. Standard form agreements are a pervasive and indispensable feature of modern commercial life. It is simply not feasible to negotiate, in any meaningful sense,

124 O.R. (3d) 171, par. 33; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79, par. 9 et 33-35; *Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, par. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, par. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, par. 35; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, par. 40 (CanLII). Voir aussi *Stewart Estate*, par. 63, la juge Rowbotham (dissidente sur ce point)).

[24] Je suis d'avis de reconnaître une exception à la conclusion tirée dans *Sattva* selon laquelle l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. Selon moi, lorsqu'un appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[25] Les affirmations dans *Sattva* au sujet de la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle doivent être replacées dans leur contexte global. L'arrêt *Sattva* portait sur une entente commerciale complexe intervenue entre deux parties avisées, et non sur un contrat type. Le professeur John D. McCamus a décrit ainsi les contrats types :

> [TRADUCTION] . . . il s'agit typiquement d'une formule type imprimée à laquelle a toujours recours la partie qui la propose pour ce type d'opération. La formule est souvent présentée comme étant une offre « à prendre ou à laisser ». Normalement, l'autre partie n'aura comme choix que d'accepter ou de refuser l'intégralité des modalités de la formule type. Les contrats d'adhésion types sont omniprésents et constituent une caractéristique indispensable de l'activité commerciale moderne. Il n'est tout simplement pas possible de négocier réellement les

the terms of many of the transactions entered into in the course of daily life.

(*The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 185)

Sattva did not consider the unique issues that standard form contracts raise.

[26] Moreover, the Court in *Sattva* gave two reasons for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. As a general matter, those reasons are less compelling in the context of standard form contracts.

(1) Factual Matrix

[27] The first reason is that the surrounding circumstances of the contract, or the factual matrix in which it was formed, are important considerations in contractual interpretation: *Sattva*, at para. 46. Rothstein J. stated that determining the intention of the parties is a "fact-specific goal" that requires a trial court to "read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract": paras. 47 and 49.

[28] While a proper understanding of the factual matrix is crucial to the interpretation of many contracts, it is often less relevant for standard form contracts, because "the parties do not negotiate terms and the contract is put to the receiving party as a take-it-or-leave-it proposition": *MacDonald*, at para. 33. Standard form contracts are particularly common in the insurance industry, as Professor Barbara Billingsley observed in *General Principles of Canadian Insurance Law* (2nd ed. 2014), at p. 56:

As part of its business considerations and in advance of meeting with any particular client, an insurance company decides the terms and conditions under which it is willing to provide insurance coverage for certain common

modalités d'un grand nombre des opérations conclues quotidiennement.

(*The Law of Contracts* (2e éd. 2012), p. 185)

La Cour n'a pas examiné dans *Sattva* les questions uniques que soulèvent les contrats types.

[26] Par ailleurs, dans *Sattva*, la Cour a donné deux motifs à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. En règle générale, ces motifs sont moins convaincants lorsqu'il est question de contrats types.

(1) Fondement factuel

[27] Le premier motif est que les circonstances entourant le contrat, ou le fondement factuel de sa formation, sont des considérations importantes pour son interprétation (*Sattva*, par. 46). Selon le juge Rothstein, le but de l'exercice consistant à déterminer l'intention des parties est « axé sur les faits » et requiert qu'un tribunal de première instance « interprèt[e] le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat » (par. 47 et 49).

[28] Certes, une compréhension adéquate du fondement factuel est cruciale pour l'interprétation de nombreux contrats. Toutefois, dans le cas des contrats types, le fondement factuel est souvent moins pertinent parce que [TRADUCTION] « les parties ne négocient pas les modalités et le contrat est présenté comme une proposition à prendre ou à laisser » (*MacDonald*, par. 33). Les contrats types sont particulièrement communs dans l'industrie des assurances, comme l'a fait observer la professeure Barbara Billingsley dans *General Principles of Canadian Insurance Law* (2e éd. 2014), p. 56 :

[TRADUCTION] Eu égard aux considérations commerciales qui lui sont propres et avant de rencontrer tout client, la compagnie d'assurance décide des conditions dans lesquelles elle est disposée à fournir une garantie d'assurance

types of risk. This means that, in most situations, an insurance company does not negotiate the detailed terms of insurance coverage with individual customers. Instead, before entering into any insurance agreements, an insurer typically drafts a series of pre-fabricated contracts outlining the terms upon which particular kinds of coverage will be provided. These contracts are known as "standard form policies". The insurer then provides the appropriate standard form policy to clients purchasing insurance coverage.

[29] Parties to an insurance contract may negotiate over matters like the cost of premiums, but the actual conditions of the insurance coverage are generally determined by the standard form contract: Billingsley, at p. 58.

[30] My colleague Justice Cromwell accepts that, for standard form contracts, there are usually no relevant surrounding circumstances relating to negotiation (para. 106). However, he observes that other elements of the surrounding circumstances — such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates — have a role in the interpretation process.

[31] I agree that factors such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract. However, those considerations are generally not "inherently fact specific": *Sattva*, at para. 55. Rather, they will usually be the same for everyone who may be a party to a particular standard form contract. This underscores the need for standard form contracts to be interpreted consistently, a point to which I will return below.

[32] In sum, for standard form contracts, the surrounding circumstances generally play less of a role in the interpretation process, and where they are relevant, they tend not to be specific to the particular parties. Accordingly, the first reason given in *Sattva* for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law — the importance of the factual matrix — carries less weight in cases involving standard form contracts.

pour certains risques courants. Ainsi, dans la plupart des cas, la compagnie d'assurance ne négocie pas les modalités détaillées de la garantie avec un client en particulier. Ce qui se passe plutôt, c'est qu'avant de conclure un contrat d'assurance, l'assureur rédige généralement une série de contrats préétablis décrivant dans quelles conditions certains types de garantie seront offerts. Ces contrats sont appelés des « polices d'assurance types ». L'assureur fournit ainsi la police d'assurance type appropriée à chaque client qui achète une garantie d'assurance.

[29] Les parties à un contrat d'assurance peuvent négocier des éléments comme le coût des primes, mais les véritables conditions de la garantie sont généralement établies par le contrat type (Billingsley, p. 58).

[30] Mon collègue le juge Cromwell convient que, dans le cas des contrats types, il n'y a habituellement aucune circonstance pertinente touchant les négociations (par. 106). Il fait toutefois remarquer que d'autres éléments des circonstances — tels l'objet du contrat, la nature de la relation qu'il crée et le marché ou l'industrie où il est employé — ont un rôle à jouer dans l'exercice d'interprétation.

[31] Je reconnais qu'il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l'objet du contrat, la nature de la relation qu'il crée et le marché ou l'industrie où il est employé pour interpréter un contrat type. Par contre, ces considérations ne sont généralement pas, « de par [leur] nature même, axé[es] sur les faits » (*Sattva*, par. 55). Elles sont plutôt habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type donné. Cela fait ressortir la nécessité d'interpréter uniformément les contrats types, un point sur lequel je reviendrai plus loin.

[32] Bref, dans le cas des contrats types, les circonstances les entourant ont généralement un rôle moins important à jouer dans l'exercice d'interprétation et, lorsqu'elles sont pertinentes, elles ne sont généralement pas propres aux parties en cause. En conséquence, le premier motif donné dans *Sattva* à l'appui de la conclusion que l'interprétation d'un contrat est une question mixte de fait et de droit — l'importance du fondement factuel — a moins de force dans les cas des contrats types.

(2) The Definitions of "Question of Law" and "Question of Mixed Fact and Law"

[33] In *Sattva*, this Court gave a second reason for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law: contractual interpretation does not fit within the definition of a pure question of law. Questions of law are "about what the correct legal test is": para. 49, quoting *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. For instance, the content of a particular legal principle of contractual interpretation is a question of law. However, in interpreting contracts, courts apply the legal principles of contractual interpretation to determine the parties' objective intentions: *Sattva*, at para. 49. Therefore, according to *Sattva*, contractual interpretation is a question of mixed fact and law, which is defined as "applying a legal standard" (the legal principles of contractual interpretation) "to a set of facts" (the words of the contract and the factual matrix): para. 49, quoting *Housen*, at para. 26.

[34] In my view, however, while contractual interpretation is generally a question of mixed fact and law, in situations involving standard form contracts, it is more appropriately classified as a question of law in most circumstances.

[35] The law of standard of review — including the distinction between questions of law and those of mixed fact and law — seeks to achieve an appropriate division of labour between trial and appellate courts in accordance with their respective roles. The main function of trial courts is to resolve the particular disputes before them: *Housen*, at para. 9. Appellate courts, however, "operate at a higher level of legal generality": *Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180, at para. 23. They ensure that "the same legal rules are applied in similar situations", as the rule of law demands: *Housen*, at para. 9. Appellate courts also

(2) Les définitions de « question de droit » et de « question mixte de fait et de droit »

[33] Dans l'arrêt *Sattva*, la Cour avance un deuxième motif pour justifier sa conclusion selon laquelle l'interprétation des contrats est une question mixte de fait et de droit : l'interprétation contractuelle ne cadre pas avec la définition de la pure question de droit. Les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (par. 49, citant *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35). À titre d'exemple, la teneur d'un principe juridique particulier d'interprétation contractuelle est une question de droit. Toutefois, dans l'interprétation des contrats, les tribunaux appliquent les principes juridiques d'interprétation contractuelle pour déterminer les intentions objectives des parties (*Sattva*, par. 49). En conséquence, selon *Sattva*, l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et droit, définie comme « l'application d'une norme juridique » (les principes juridiques de l'interprétation contractuelle) « à un ensemble de faits » (les termes du contrat et le fondement factuel) (par. 49, citant *Housen*, par. 26).

[34] J'estime toutefois que, si l'interprétation contractuelle est généralement une question mixte de fait et de droit, lorsqu'il s'agit de contrats types, il est plus juste de la considérer comme une question de droit dans la plupart des cas.

[35] Le droit applicable aux normes de contrôle — notamment en ce qui a trait à la distinction entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit — vise à établir une répartition appropriée des tâches entre les tribunaux de première instance et les cours d'appel, conformément à leurs rôles respectifs. La principale fonction des tribunaux de première instance est de résoudre les litiges qui leur sont soumis (*Housen*, par. 9). Quant aux cours d'appel, elles « exerce[nt] leurs fonctions à un niveau élevé de généralité » (*Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180, par. 23). Elles veillent à ce que « les mêmes règles de droit

have a law-making function, which requires them to "delineate and refine legal rules": *ibid.*

[36] These particular functions of appellate courts — ensuring consistency in the law and reforming the law — justify reviewing pure questions of law on the standard of correctness. By contrast, appellate courts defer to findings of fact in part because they can discharge their mandate without second-guessing trial courts' factual determinations: *Housen*, at paras. 11-14. For questions of mixed fact and law, the correctness standard applies to extricable errors of law (such as the application of an incorrect principle) because, again, a review on the standard of correctness is necessary to allow appellate courts to fulfill their role. However, where it is "difficult to extricate the legal questions from the factual", appellate courts defer on questions of mixed fact and law: *Housen*, at para. 36; see also paras. 33-35.

[37] In many cases, appellate courts need not review for correctness the contractual interpretation *itself* in order to perform their functions — namely, ensuring the consistent application of the law and reforming the law. That is because, in general, the interpretation of a contract has no impact beyond the parties to a dispute. As Rothstein J. commented in *Sattva*, at para. 52:

> . . . this Court in *Housen* found that deference to fact-finders promoted the goals of limiting the number, length, and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings (paras. 16-17). These principles also weigh in favour of deference to first instance decision-makers on points of contractual interpretation. The legal obligations arising from a contract are, in most cases, limited to the interest of the particular parties. Given that our legal system leaves broad scope to tribunals of

soient appliquées dans des situations similaires », comme l'exige la primauté du droit (*Housen*, par. 9). Elles jouent aussi un rôle dans l'élaboration du droit, ce qui les oblige à « préciser et [à] raffiner les règles de droit » (*ibid.*).

[36] Ces fonctions particulières des cours d'appel — veiller à l'application uniforme du droit et à sa réforme — justifient qu'elles exercent un contrôle selon la norme de la décision correcte pour les pures questions de droit. En revanche, les cours d'appel font preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait, et ce, notamment parce qu'elles peuvent s'acquitter de leur mandat sans avoir à se prononcer après coup sur les conclusions factuelles des tribunaux de première instance (*Housen*, par. 11-14). Pour les questions mixtes de fait et de droit, la norme de la décision correcte s'applique aux erreurs de droit susceptibles d'être isolées (comme l'application du mauvais principe) parce que, dans ce cas aussi, un contrôle selon la norme de la décision correcte est nécessaire pour permettre aux cours d'appel de jouer leur rôle. Par contre, lorsqu'il est « difficile de départager les questions de droit et les questions de fait », les cours d'appel font preuve de déférence à l'égard des questions mixtes de fait et de droit (*Housen*, par. 36; voir aussi par. 33-35).

[37] Dans bien des cas, les cours d'appel n'ont pas besoin de procéder à un examen de l'interprétation contractuelle *en soi* selon la norme de la décision correcte pour s'acquitter de leurs fonctions — qui consistent à veiller à l'application uniforme du droit et à sa réforme — et ce, parce que l'interprétation d'un contrat donné n'a généralement d'incidence que sur les parties au litige. Comme l'a fait observer le juge Rothstein dans *Sattva*, par. 52 :

> . . . la Cour dans l'arrêt *Housen* conclut que la retenue à l'égard du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l'autonomie du procès et son intégrité (par. 16-17). Ces principes militent également en faveur de la déférence à l'endroit des décideurs de première instance en matière d'interprétation contractuelle. Les obligations juridiques issues d'un contrat se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige. Le vaste pouvoir de trancher les questions

first instance to resolve issues of limited application, this supports treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law.

[38] For the interpretation of many contracts, precedents interpreting similar contractual language may be of some persuasive value. However, it is the intentions of the particular parties, as reflected in the particular contractual wording at issue and informed by the surrounding circumstances of the contract, that predominate, and "[i]f that intention differs from precedent, the intention will govern and the precedent will not be followed": G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 129-30; see also *Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9, at para. 43.

[39] These teachings, however, do not necessarily apply in cases involving standard form contracts, where a review on the standard of correctness may be necessary for appellate courts to fulfill their functions. Standard form contracts are "highly specialized contracts that are sold widely to customers without negotiation of terms": *MacDonald*, at para. 37. In some cases, a single company, such as a bank or a telephone service provider, may use its own standard form contract with all of its customers: *Monk*, at para. 23. In others, a standard form agreement may be common throughout an entire industry: *Precision Plating*, at para. 28. Either way, the interpretation of the standard form contract could affect many people, because "precedent is more likely to be controlling" in the interpretation of such contracts: Hall, at p. 131. It would be undesirable for courts to interpret identical or very similar standard form provisions inconsistently, without good reason. The mandate of appellate courts — "ensuring the consistency of the law" (*Sattva*, at para. 51) — is advanced by permitting appellate courts to review the interpretation of standard form contracts for correctness.

d'application limitée que notre système judiciaire confère aux tribunaux de première instance appuie la proposition selon laquelle l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

[38] Pour interpréter de nombreux contrats, on peut recourir aux précédents dans lesquels les tribunaux interprètent un libellé contractuel semblable et leur accorder une certaine valeur persuasive, mais ce sont les intentions des parties en cause exprimées dans le libellé particulier du contrat en litige et considérées à l'aune des circonstances entourant le contrat qui ont préséance; ainsi, [TRADUCTION] « [s]i l'intention des parties concernées est différente de celle des parties dans le précédent, c'est l'intention des parties concernées qui compte et le précédent ne sera pas appliqué » (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3e éd. 2016), p. 129-130; voir aussi *Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9, par. 43).

[39] Ces enseignements ne valent toutefois pas nécessairement pour les contrats types, à l'égard desquels un contrôle selon la norme de la décision correcte peut être requis pour que les cours d'appel puissent s'acquitter de leurs fonctions. Les contrats types sont [TRADUCTION] « des contrats hautement spécialisés qui sont largement vendus à des clients sans qu'il y ait négociation des modalités » (*MacDonald*, par. 37). Dans certains cas, une entreprise unique, comme une banque ou un fournisseur de services téléphoniques, peut utiliser son propre contrat type auprès de tous ses clients (*Monk*, par. 23). Dans d'autres cas, un contrat type peut être commun à l'ensemble d'une industrie (*Precision Plating*, par. 28). Dans les deux situations, l'interprétation du contrat type peut toucher de nombreuses personnes, parce que [TRADUCTION] « le précédent est probablement déterminant » pour l'interprétation de tels contrats (Hall, p. 131). Il ne serait pas souhaitable que les cours interprètent différemment des contrats types identiques ou très similaires sans bonne raison. Le rôle des cours d'appel — « assurer la cohérence du droit » (*Sattva*, par. 51) — est servi lorsqu'on leur permet de contrôler l'interprétation d'un contrat type selon la norme de la décision correcte.

[40] Indeed, consistency is particularly important in the interpretation of standard form insurance contracts. In *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at para. 27, Binnie J. recognized that "'courts will normally be reluctant to depart from [authoritative] judicial precedent interpreting the policy in a particular way' . . . where the issue arises subsequently in a similar context, and where the policies are similarly framed", because both insurance companies and customers benefit from "[c]ertainty and predictability". And where an insurance policy is ambiguous, courts "strive to ensure that similar insurance policies are construed consistently": *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245, at para. 23.

[40] En effet, la constance revêt une importance particulière dans l'interprétation des contrats d'assurance types. Dans *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 27, le juge Binnie a reconnu que « [TRADUCTION] "les tribunaux hésitent habituellement à s'écarter de l'interprétation attribuée à une police dans une décision antérieure [faisant autorité]" [. . .] lorsqu'ils sont saisis de la même question d'interprétation dans un contexte semblable et que les polices ont un libellé analogue », parce que tant les compagnies d'assurance que les clients bénéficient de « [l]a certitude et [de] la prévisibilité ». Par ailleurs, lorsqu'une police d'assurance est ambiguë, les tribunaux « f[ont] en sorte que les polices d'assurance semblables soient interprétées d'une manière uniforme » (*Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245, par. 23).

[41] The definition of questions of law — "questions about what the correct legal test is" (*Southam*, at para. 35) — does not preclude classifying some questions of contractual interpretation as questions of law. There is no bright-line distinction between questions of law and those of mixed fact and law. Rather, "the degree of generality (or 'precedential value')" is the key difference between the two types of questions: *Sattva*, at para. 51. As Iacobucci J. stated in *Southam*, at para. 37:

> If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. . . . Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

[41] La définition des questions de droit — « [ces questions] concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Southam*, par. 35) — ne nous empêche pas de considérer certaines questions d'interprétation contractuelle comme des questions de droit. Il n'y a pas de ligne de démarcation nette entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit. C'est plutôt « le degré de généralité (ou "la valeur comme précéden[t]") » qui constitue la principale différence entre ces deux catégories de question (*Sattva*, par. 51). Comme l'a affirmé le juge Iacobucci dans *Southam*, par. 37 :

> Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. [. . .] Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir.

[42] Contractual interpretation is often the "pure application" of contractual interpretation principles to a unique set of circumstances. In such cases, the interpretation is not "of much interest to judges and lawyers in the future" because of its "utter particularity". These questions of contractual interpretation are appropriately classified as questions of mixed fact and law, as the Court explained in *Sattva*.

[43] However, the interpretation of a standard form contract could very well be of "interest to judges and lawyers in the future". In other words, the interpretation itself has precedential value. The interpretation of a standard form contract can therefore fit under the definition of a "pure question of law", i.e., "questions about what the correct legal test is": *Sattva*, at para. 49; *Southam*, at para. 35. Establishing the proper interpretation of a standard form contract amounts to establishing the "correct legal test", as the interpretation may be applied in future cases involving identical or similarly worded provisions.

[44] My colleague Cromwell J. suggests that the interpretation of a standard form contract will not be of much precedential value because "its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case" (para. 120). I respectfully disagree. Settling on a consistent interpretation of a standard form provision is useful. Of course, the result of applying the interpretation in future cases will depend on the facts of those cases. The facts are for the trial judge to find, and those findings will be owed deference.

[45] For instance, in this case, the Court of Appeal interpreted the Exclusion Clause as excluding damages physically or systemically connected to the faulty work. For the reasons I will give below, I am of the view that the Exclusion Clause excludes only the cost of redoing the faulty work. These are two different interpretations of the same standard form language. Selecting one interpretation over the other as correct will give parties certainty and

[42] L'interprétation contractuelle participe souvent de l'« application pure » des principes d'interprétation contractuelle à un ensemble unique de circonstances. Dans ces cas, l'interprétation ne présente pas « beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir » en raison de sa « particularité absolue ». Ces questions d'interprétation contractuelle sont classées à bon droit dans la catégorie des questions mixtes de fait et de droit, comme l'explique la Cour dans *Sattva*.

[43] Or, l'interprétation d'un contrat type pourrait fort bien présenter de l'« intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir ». Autrement dit, l'interprétation en soi a valeur de précédent. L'interprétation d'un contrat type peut donc correspondre à la définition de « pure question de droit », c.-à-d. une « questio[n] [. . .] "concern[ant] la détermination du critère juridique applicable" » (*Sattva*, par. 49; *Southam*, par. 35). Établir la juste interprétation d'un contrat type revient à établir le « bon critère juridique », puisque cette interprétation peut être appliquée dans l'avenir à des dispositions identiques ou formulées de façon semblable.

[44] D'après mon collègue le juge Cromwell, l'interprétation d'un contrat type n'a pas une grande valeur de précédent car « les tribunaux décideront [. . .] de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire » (par. 120). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord. Il est utile de s'entendre sur une interprétation constante d'une clause type. Bien sûr, le résultat de l'application de l'interprétation dans des affaires à venir dépendra des faits de celles-ci. Il revient au juge de première instance d'établir les faits et ses conclusions de fait commanderont la déférence.

[45] À titre d'exemple, en l'espèce, la Cour d'appel a jugé que la clause d'exclusion vise les dommages connexes, sur le plan matériel ou systémique, à la malfaçon. Pour les motifs exposés ci-dessous, j'estime que la clause d'exclusion vise seulement le coût de la nouvelle exécution du travail déficient. Il s'agit là de deux interprétations différentes d'une même disposition type. Le fait de retenir une interprétation aux dépens de l'autre assurera une certitude

predictability. This is true even though what constitutes the cost of redoing the faulty work will depend on the facts of future cases.

(3) Conclusion on Standard of Review

[46] *Sattva* should not be read as holding that contractual interpretation is always a question of mixed fact and law, and always owed deference on appeal. I would recognize an exception to *Sattva*'s holding on the standard of review of contractual interpretation. Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[47] These criteria are met in the present case, so the standard of review applicable to the trial judge's interpretation of the Policy is correctness. The trial judge's underlying factual findings remain subject to deferential review, as mentioned above.

[48] Depending on the circumstances, however, the interpretation of a standard form contract may be a question of mixed fact and law, subject to deferential review on appeal. For instance, deference will be warranted if the factual matrix of a standard form contract that is specific to the particular parties assists in the interpretation. Deference will also be warranted if the parties negotiated and modified what was initially a standard form contract, because the interpretation will likely be of little or no precedential value. There may be other cases where deferential review remains appropriate. As Iacobucci J. recognized in *Southam*, the line between questions of law and those of mixed fact and law is not always easily drawn. Appellate courts should consider

et une prévisibilité aux parties. Cela vaut même si ce qui constitue le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux dépendra des faits des affaires à venir.

(3) Conclusion sur la norme de contrôle

[46] L'arrêt *Sattva* ne devrait pas être interprété comme prescrivant que l'interprétation d'un contrat est toujours une question mixte de fait et de droit, et qu'il faut toujours faire montre de déférence envers cette interprétation en appel. Je suis d'avis de reconnaître une exception à la conclusion de *Sattva* sur la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation constitue une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[47] Ces conditions sont satisfaites en l'espèce, de sorte que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la police retenue par le juge de première instance est celle de la décision correcte. Comme je l'ai déjà mentionné, les conclusions de fait sous-jacentes tirées par le juge de première instance doivent toujours faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence.

[48] Toutefois, selon les circonstances, l'interprétation d'un contrat type peut être une question mixte de fait et de droit devant faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence en appel. À titre d'exemple, la déférence est justifiée si le fondement factuel d'un contrat type qui est propre aux parties concernées aide à l'interpréter. La déférence est aussi justifiée si les parties ont négocié et modifié ce qui était au départ un contrat type, parce que l'interprétation n'aura probablement que peu ou pas de valeur comme précédent. Il peut y avoir d'autres cas où le contrôle empreint de déférence reste de mise. Comme l'a reconnu le juge Iacobucci dans *Southam*, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit.

whether "the dispute is over a general proposition" or "a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future" (para. 37).

B. *The Exclusion Clause*

(1) Rules Governing the Interpretation of the Policy

[49] The parties agree that the governing principles of interpretation applicable to insurance policies are those summarized by Rothstein J. in *Progressive Homes*. The primary interpretive principle is that where the language of the insurance policy is unambiguous, effect should be given to that clear language, reading the contract as a whole: para. 22, citing *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at para. 71.

[50] Where, however, the policy's language is ambiguous, general rules of contract construction must be employed to resolve that ambiguity. These rules include that the interpretation should be consistent with the reasonable expectations of the parties, as long as that interpretation is supported by the language of the policy; it should not give rise to results that are unrealistic or that the parties would not have contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance policy was contracted, and it should be consistent with the interpretations of similar insurance policies. See *Progressive Homes*, at para. 23, citing *Scalera*, at para. 71; *Gibbens*, at paras. 26-27; and *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 900-902.

[51] Only if ambiguity still remains after the above principles are applied can the *contra proferentem* rule be employed to construe the policy against the insurer: *Progressive Homes*, at para. 24, citing *Scalera*, at para. 70; *Gibbens*, at para. 25; and *Consolidated-Bathurst*, at pp. 899-901. *Progressive Homes* provides that a corollary of this rule is that

Les cours d'appel devraient se demander si « le litige porte sur une proposition générale » ou « sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir » (par. 37).

B. *La clause d'exclusion*

(1) Les règles régissant l'interprétation de la police

[49] Les parties s'entendent pour dire que les principes d'interprétation des polices d'assurance sont ceux qu'a résumés le juge Rothstein dans *Progressive Homes*. Selon le premier principe d'interprétation, lorsque le texte de la police n'est pas ambigu, le tribunal doit donner effet à ce texte clair et considérer le contrat dans son ensemble (par. 22, citant *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 71).

[50] Toutefois, lorsque le texte de la police est ambigu, on doit recourir aux règles générales d'interprétation des contrats pour résoudre cette ambiguïté, entre autres : retenir une interprétation conforme aux attentes raisonnables des parties, pourvu que le texte de la police étaie cette interprétation; éviter une interprétation qui aboutirait à un résultat irréaliste ou que n'auraient pas envisagé les parties dans le climat commercial où la police d'assurance a été contractée; l'interprétation retenue doit s'accorder avec celles des polices d'assurance semblables. Voir *Progressive Homes*, par. 23, citant *Scalera*, par. 71; *Gibbens*, par. 26-27; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 900-902.

[51] Ce n'est que s'il subsiste une ambiguïté après l'application des principes susmentionnés que les tribunaux peuvent recourir à la règle *contra proferentem* pour interpréter la police contre l'assureur (*Progressive Homes*, par. 24, citant *Scalera*, par. 70; *Gibbens*, par. 25; et *Consolidated Bathurst*, p. 899-901. Selon *Progressive Homes*, le corollaire de cette

coverage provisions in insurance policies are interpreted broadly, and exclusion clauses narrowly.

[52] It is also important to bear in mind this Court's guidance in *Progressive Homes* on the "generally advisable" order in which to interpret insurance policies (para. 28). Although that case involved commercial general liability policies and not builders' risk policies, the two types of policies share a similar alternating structure: they set out the type of coverage followed by specific exclusions, with some exclusions containing exceptions. As such, the insured has the onus of first establishing that the damage or loss claimed falls within the initial grant of coverage. The parties in these appeals have conceded that this particular onus has been met: trial judge's reasons, at para. 9. The onus then shifts to the insurer to establish that one of the exclusions to coverage applies. If the insurer is successful at this stage, the onus then shifts back to the insured to prove that an exception to the exclusion applies: see *Progressive Homes*, at paras. 26-29 and 51. Contrary to the Court of Appeal's statement at para. 26 of its reasons that the exclusion and exception in this case must be interpreted "symbiotically", I see no reason to depart from the generally accepted order of interpretation in analyzing the Policy and the Exclusion Clause.

(2) The Court of Appeal's Approach to the Exclusion Clause

[53] Before engaging in the interpretation of the Exclusion Clause, I believe it necessary to properly set out the Court of Appeal's reasoning and explain why its new physical or systemic connectedness test was unnecessary.

[54] At paras. 29 and 48 of its reasons, the Court of Appeal explained that because the base coverage under clause 2 of the Policy is for "physical loss

règle est que les dispositions relatives à la garantie dans les polices d'assurance doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion, une interprétation étroite.

[52] Il importe également de garder à l'esprit les indications données par notre Cour dans *Progressive Homes* quant à l'ordre « généralement recommandé » pour l'interprétation des polices d'assurance (par. 28). L'affaire *Progressive Homes* concernait des polices d'assurance de responsabilité civile des entreprises et non des polices d'assurance chantier, mais les deux types de police partagent la même structure alternative, en ce sens qu'elles prévoient le type de garantie puis des exclusions précises, et certaines exclusions comportent des exceptions. En conséquence, l'assuré a le fardeau d'établir en premier lieu que le dommage ou la perte faisant l'objet de la réclamation relevait de la garantie initiale. Les parties aux présents pourvois ont concédé que les assurées s'étaient acquittées de ce fardeau (motifs du juge de première instance, par. 9). Il y a alors déplacement du fardeau de la preuve et l'assureur doit établir que l'une des exclusions de la garantie s'applique. S'il y parvient, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe à l'assuré de prouver qu'une exception à l'exclusion s'applique (voir *Progressive Homes*, par. 26-29 et 51). Contrairement à l'affirmation de la Cour d'appel au par. 26 de ses motifs selon laquelle l'exclusion et l'exception en l'espèce doivent être interprétées [TRADUCTION] « en symbiose », je ne vois aucune raison de déroger à l'ordre d'interprétation généralement reconnu pour analyser la police et la clause d'exclusion.

(2) La façon dont la Cour d'appel a abordé la clause d'exclusion

[53] Avant de procéder à l'interprétation de la clause d'exclusion, je crois qu'il est nécessaire de bien situer le raisonnement de la Cour d'appel et d'expliquer pourquoi son nouveau critère de connexité matérielle ou systémique était inutile.

[54] Aux paragraphes 29 et 48 de ses motifs, la Cour d'appel a expliqué que la clause d'exclusion doit soustraire à la garantie certaines pertes

or damage", it follows that the Exclusion Clause needs to exclude from coverage some physical loss. In the Court of Appeal's opinion, a different reading of the Exclusion Clause would risk rendering it redundant. Under this view, the "cost of making good faulty workmanship" cannot be limited to the cost of redoing the faulty work. Rather, that exclusion must be construed more broadly to also exclude from coverage some type of physical loss or damage.

[55] As mentioned above, the Court of Appeal's acceptance of this initial premise led it to search for a dividing line between physical damage that is part of the "cost of making good" and therefore excluded from coverage, and physical damage that is "resulting damage" and therefore covered as an exception to the exclusion. In its quest to establish this dividing line, the court fashioned a new test of "degree of physical or systemic connectedness", which it said was "the key to determining the boundary between 'making good faulty workmanship' and 'resulting damage'": para. 50.

[56] In my respectful view, the premise from which the Court of Appeal proceeded is flawed. The "faulty workmanship" exclusion need not encompass physical damage. Although "[e]xclusions should . . . be read in light of the initial grant of coverage" (*Progressive Homes*, at para. 27; see also M. G. Lichty and M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (loose-leaf), at p. 1-10), this Court has stressed that "perfect mutual exclusivity [between exclusions and the initial grant of coverage] in an insurance contract is not required": *Progressive Homes*, at para. 40.

[57] Bearing the above-mentioned principle in mind, the Policy in this case contains exclusions that do not pertain to "physical loss or damage" otherwise covered under clause 2. For instance, clause 4(A)(a) of the Policy excludes from coverage "[a]ny loss of use or occupancy or consequential loss of any nature howsoever caused including penalties for non-completion of or delay in completion of contract

matérielles parce que la garantie de base prévue à la clause 2 de la police vise les « perte ou [. . .] dommages matériels ». Selon la Cour d'appel, toute autre interprétation de la clause d'exclusion risquerait de rendre cette disposition redondante. D'après ce point de vue, les « frais engagés pour remédier à une malfaçon » ne peuvent se limiter au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux; ils doivent plutôt être interprétés plus largement de manière à exclure également de la garantie certains types de perte ou de dommages matériels.

[55] Comme je l'ai mentionné précédemment, l'acceptation de cette prémisse initiale par la Cour d'appel a amené cette dernière à chercher une ligne de démarcation entre les dommages matériels qui relèvent des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et qui sont exclus par le fait même de la garantie et les dommages matériels assimilables à des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon, couverts à titre d'exception à l'exclusion. En tentant d'établir cette ligne de démarcation, la cour a conçu un nouveau critère de [TRADUCTION] « degré de connexité matérielle ou systémique[,] la clé pour fixer la limite entre la "réparation d'une malfaçon" et les "dommages en découlant" » (par. 50).

[56] À mon humble avis, la prémisse de la Cour d'appel est erronée. L'exclusion relative à la « malfaçon » n'a pas besoin d'englober des dommages matériels. Bien que les exclusions « doivent [. . .] être lues à la lumière de la protection initiale » (*Progressive Homes*, par. 27; voir aussi M. G. Lichty et M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (feuilles mobiles), p. 1-10), notre Cour a souligné qu'une « exclusivité mutuelle parfaite [entre des exclusions et la protection initiale] n['est] pas obligatoire dans un contrat d'assurance » (*Progressive Homes*, par. 40).

[57] Compte tenu du principe susmentionné, la police en l'espèce contient des exclusions qui ne touchent pas les « perte ou [. . .] dommages matériels » autrement couverts aux termes de la clause 2. À titre d'exemple, la clause 4(A)a) de la police soustrait à la garantie « [l]a perte d'usage ou d'occupation ou perte indirecte de quelque nature que ce soit, y compris les pénalités pour non-exécution

or non-compliance with contract conditions". This exclusion deals with a form of pure economic loss stemming from contractual breach, not physical loss or damage. Additionally, clause 28 of the "standard conditions" section excludes "costs, fines, penalties or expenses" imposed by governments under environmental legislation. This also does not relate to the Policy's base coverage for physical loss or damage.

[58] As such, perfect mutual exclusivity is neither provided for under the Policy nor should it be required when interpreting the Exclusion Clause. The Court of Appeal consequently erred by approaching its analysis of the Exclusion Clause from a premise that was not supported by the text of the Exclusion Clause or the Policy as a whole. Adopting this premise led the Court of Appeal down an improper analytical path toward establishing a new and unnecessary test. Indeed, as I will explain below, the general rules of contractual interpretation provide the answer to whether the damage to the Tower's windows is covered under the Policy.

(3) Interpretation of the Exclusion Clause and the Policy

(a) *The Language of the Exclusion Clause Is Ambiguous*

[59] The Insureds argue that the plain language of the Exclusion Clause, read in the context of the Policy as a whole, is unambiguous. They say it leads to the conclusion that only the cost of redoing the faulty work — in this case, cleaning the windows — is excluded from coverage. The consequences of the faulty work — here, the damage to the windows, necessitating their replacement — are covered as "resulting damage".

du contrat, retard dans l'exécution du contrat ou non-respect des conditions du contrat ». Cette exclusion porte sur une forme de perte purement financière découlant de la violation du contrat, et non sur les pertes ou dommages matériels. En outre, la clause 28 de la section concernant les [TRADUCTION] « conditions types » exclut les « frais, amendes, pénalités ou dépenses » imposés par les gouvernements en vertu des lois environnementales. Cette exclusion ne se rapporte pas non plus à la garantie de base prévue par la police en cas de perte ou de dommages matériels.

[58] En conséquence, l'exclusivité mutuelle parfaite n'est pas prévue dans la police et ne devrait pas non plus être requise lorsqu'il s'agit d'interpréter la clause d'exclusion. La Cour d'appel a donc commis une erreur en faisant reposer son analyse de la clause d'exclusion sur une prémisse qui n'était étayée ni par le texte de la clause d'exclusion ni par la police dans son ensemble. En adoptant cette prémisse, la Cour d'appel s'est engagée dans un cheminement analytique vicié qui l'a menée à établir un nouveau critère inutile. En fait, comme je l'expliquerai plus loin, les règles générales d'interprétation contractuelle fournissent la réponse à la question de savoir si les dommages causés aux fenêtres de la Tour sont couverts par la police.

(3) Interprétation de la clause d'exclusion et de la police

a) *Le texte de la clause d'exclusion est ambigu*

[59] Les assurées prétendent que le texte clair de la clause d'exclusion, considéré dans le contexte de l'ensemble de la police, n'est pas ambigu. Selon elles, il mène à la conclusion que seul le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l'occurrence le nettoyage des fenêtres, est exclu de la garantie. Les conséquences de la malfaçon, en l'occurrence les dommages causés aux fenêtres en raison desquels celles-ci ont dû être remplacées, sont couvertes en tant que « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon.

[60] The Insurers similarly argue that the Exclusion Clause is unambiguous, yet they arrive at a different conclusion as to its meaning. They say that which is excluded is not only the cost of redoing the faulty work, but also the cost of repairing that part of the insured property or project that is the subject of the faulty work. That which is covered as "resulting damage" is consequential damage to some other part of the insured property or project. They point to the case law in support, contending that the courts have consistently interpreted the language of the Exclusion Clause to bear this meaning. Accordingly, in this case, the Insurers say the Policy excludes both the cost of recleaning the windows and the cost of replacing the windows, the subject of the faulty work.

[61] I am of the view that the language of the Exclusion Clause slightly favours the interpretation advanced by the Insureds, but is nonetheless ambiguous. The word "damage" figures only in the exception to the Exclusion Clause; it is not included in the language setting out the exclusion itself, i.e., the "cost of making good faulty workmanship". As such, "making good faulty workmanship" can, on its plain, ordinary and popular meaning, be construed as redoing the faulty work, and "resulting damage" can be seen as including damages resulting from such faulty work.

[62] That said, the language of the Exclusion Clause does not clearly point to one interpretation of "cost of making good faulty workmanship" and "resulting damage" over the other. The Policy does not define these terms. The general coverage provisions, clauses 1 and 2, do not resolve the ambiguity, and neither do the other provisions in the Policy.

[63] Therefore, we must look to the general principles of contract interpretation. As I will detail below, the application of these principles points to one interpretation that is consistent with the reasonable expectations of the parties and commercial reality: the faulty workmanship exclusion serves to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty

[60] Les assureurs prétendent eux aussi que la clause d'exclusion n'est pas ambiguë. Or, ils arrivent à une conclusion différente sur sa signification. Selon eux, ce qui est exclu est non seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, mais aussi le coût de la réparation de la partie du bien ou du projet assuré qui est touchée par la malfaçon. Ainsi, ce qui est couvert à titre de « dommages en découlant », ce sont les dommages indirects qui ont été causés à une autre partie du bien ou du projet assuré. Ils invoquent à l'appui la jurisprudence, faisant valoir que les tribunaux ont toujours attribué ce sens au texte de la clause d'exclusion. En conséquence, dans la présente affaire, les assureurs disent que la police exclut à la fois le coût du nouveau nettoyage des fenêtres et le coût de remplacement de ces fenêtres, qui faisaient l'objet de la malfaçon.

[61] Je suis d'avis que le texte de la clause d'exclusion milite légèrement en faveur de l'interprétation proposée par les assurées, mais qu'il est néanmoins ambigu. Le mot « dommages » ne figure que dans l'exception à la clause d'exclusion; il ne fait pas partie des mots énonçant l'exclusion elle-même, soit les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Voilà pourquoi les termes « remédier à une malfaçon » peuvent, selon leur sens ordinaire et courant, être interprétés comme voulant dire la nouvelle exécution du travail déficient, et « dommages en découlant », comme les dommages découlant de cette malfaçon.

[62] Cela dit, le texte de la clause d'exclusion ne favorise pas clairement une interprétation des termes « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et « dommages en découlant » au détriment de l'autre. La police ne définit pas ces expressions. Les dispositions générales relatives à la garantie, les clauses 1 et 2, ne dissipent pas l'ambiguïté, pas plus que les autres dispositions de la police.

[63] En conséquence, nous devons nous reporter aux principes généraux d'interprétation des contrats. Comme je l'expliquerai en détail plus loin, l'application de ces principes mène à une interprétation conforme aux attentes raisonnables des parties et à la réalité commerciale : l'exclusion relative à la malfaçon sert à exclure de la garantie uniquement le coût

work, as the resulting damage exception covers costs or damages apart from the cost of redoing the faulty work. As such, excluded under the Policy is the cost of recleaning the windows, but the damage to the windows and therefore the cost of their replacement is covered. This is consistent with previous interpretations of similar clauses in the jurisprudence. Indeed, as I explain below, I disagree with the Insurers' contention that the case law consistently supports their interpretation of the Exclusion Clause.

de la nouvelle exécution du travail défectueux, alors que l'exception relative aux « dommages en découlant » vise les coûts ou dommages autres que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. En conséquence, est exclu aux termes de la police le coût du nouveau nettoyage des fenêtres, mais les dommages causés aux fenêtres, et donc le coût de leur remplacement, sont couverts. Cette interprétation s'accorde avec celles données à des clauses similaires dans la jurisprudence. En fait, comme je l'expliquerai ci-après, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des assureurs selon laquelle les tribunaux ont toujours interprété la clause d'exclusion de la même façon qu'eux.

[64] In light of this determination, it is not necessary to turn to the *contra proferentem* rule to answer the second issue raised in these appeals.

[64] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle *contra proferentem* pour répondre à la deuxième question soulevée dans les présents pourvois.

(b) *Reasonable Expectations of the Parties*

b) *Attentes raisonnables des parties*

[65] Parties' reasonable expectations with respect to the meaning of a contractual provision can often be gleaned from the circumstances surrounding the contract's formation: *Sattva*, at paras. 46-47. However, as discussed above, there is no factual matrix here that would assist in ascertaining the parties' understanding of and intent regarding the Exclusion Clause. The Policy is a standard form contract. And, as the Court of Appeal noted at para. 15 of its reasons, there is no evidence that the parties gave any thought to the cleaning of the windows, the relationship of faulty workmanship to resulting damage, or anything else that would help in determining their reasonable expectations.

[65] Les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification d'une disposition contractuelle peuvent souvent être dégagées des circonstances de la formation du contrat (*Sattva*, par. 46-47). Toutefois, comme nous l'avons vu dans l'analyse de la norme de contrôle, il n'y a pas de fondement factuel en l'espèce qui pourrait nous aider à cerner la conception qu'ont les parties de la clause d'exclusion et de leur intention à son égard. La police est un contrat type. En outre, comme la Cour d'appel l'a indiqué au par. 15 de ses motifs, rien ne prouve que les parties ont songé au nettoyage des fenêtres, au lien entre une malfaçon et les dommages en découlant ou à quoi que ce soit d'autre qui aiderait à établir leurs attentes raisonnables.

[66] Therefore, in my view, the purpose behind builders' risk policies is crucial in determining the parties' reasonable expectations as to the meaning of the Exclusion Clause. In a nutshell, the purpose of these polices is to provide broad coverage for construction projects, which are singularly susceptible to accidents and errors. This broad coverage — in exchange for relatively high premiums — provides certainty, stability, and peace of mind. It ensures construction projects do not grind to a halt because of

[66] En conséquence, j'estime que l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier est crucial pour déterminer les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification de la clause d'exclusion. En résumé, ces polices visent à offrir une large garantie pour les projets de construction, qui sont particulièrement vulnérables aux accidents et aux erreurs. Cette large garantie — offerte en échange de primes relativement élevées — confère aux assurés certitude, stabilité et tranquillité

disputes and potential litigation about liability for replacement or repair amongst the various contractors involved. In my view, the purpose of broad coverage in the construction context is furthered by an interpretation of the Exclusion Clause that excludes from coverage only the cost of redoing the faulty work itself — in this case, the cost of recleaning the windows.

[67] "The *raison d'être* of insurance is coverage": D. Boivin, *Insurance Law* (2nd ed. 2015), at p. 288. The purpose of builders' risk policies in particular is to offer broad coverage, which benefits both insureds and insurers:

> Urbanization and industrialization in the past 100 years have made the concept of an insurance policy covering all conceivable risks advantageous to both insureds and their insurers. The insured benefits from the extensive nature and scope of the coverage, and insurers benefit from the economies of managing and marketing a policy which, in terms of its scope, has certainty. For these reasons, the "all risk policy," which creates a special type of coverage extending to many risks not customarily covered under other types of insurance policies, is attractive to both the insurance industry and consumers.

(E. A. Dolden, "All Risk and Builders' Risk Policies: Emerging Trends" (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341, at pp. 341-42)

[68] This Court stated in *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317, that the purpose of builders' risk policies is to provide certainty and stability by granting coverage that reduces the need for private law litigation. The Court also recognized the complexity of industrial life and large-scale construction projects that involve many different individual contractors:

d'esprit. Elle évite que les projets de construction se retrouvent paralysés par des différends ou des actions en justice éventuelles sur la question de savoir qui, parmi les divers entrepreneurs participant aux travaux, est responsable du remplacement ou de la réparation découlant de la malfaçon. À mon avis, une interprétation de la clause d'exclusion qui soustrait à la garantie uniquement le coût, en soi, de la nouvelle exécution du travail défectueux — en l'occurrence le coût du nouveau nettoyage des fenêtres — favorise la réalisation de l'objectif d'une garantie d'assurance large dans le contexte du droit de la construction.

[67] [TRADUCTION] « La raison d'être de l'assurance est de conférer une protection » (D. Boivin, *Insurance Law* (2e éd. 2015), p. 288). L'objectif des polices d'assurance chantier en particulier est d'offrir une large garantie, qui bénéficie tant aux assurés qu'aux assureurs :

> [TRADUCTION] L'urbanisation et l'industrialisation des 100 dernières années ont rendu l'idée d'une police d'assurance couvrant tous les risques concevables avantageuse pour les assurés comme pour leurs assureurs. Les assurés bénéficient de la grande étendue de la garantie, et les assureurs, des économies résultant de la gestion et de la commercialisation d'une police qui confère une certitude quant à sa portée. Pour ces raisons, la « police tous risques », qui crée un type de garantie s'étendant à de nombreux risques qui ne sont pas habituellement couverts par d'autres types de police d'assurance, est intéressante tant pour l'industrie des assurances que pour les consommateurs.

(E. A. Dolden, « All Risk and Builders' Risk Policies : Emerging Trends » (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341, p. 341-342)

[68] Dans *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317, notre Cour a indiqué que l'objectif des polices d'assurance chantier est de conférer certitude et stabilité en fournissant une garantie qui réduit le besoin de recourir à la justice, vu la complexité de la vie industrielle et des projets de construction à grande échelle qui font intervenir de nombreux entrepreneurs :

As already noted, the multi-peril policy under consideration is called . . . a course of construction insurance. In England, it is usually called a "Contractors' all risks insurance" and in the United States, it is referred to as "Builders' risk policy". Whatever its label, its function is to provide to the owner the promise that the contractors will have the funds to rebuild in case of loss and to the contractors the protection against the crippling cost of starting afresh in such an event, the whole without resort to litigation in case of negligence by anyone connected with the construction, a risk accepted by the insurers at the outset. This purpose recognizes the importance of keeping to a minimum the difficulties that are bound to be created by the large number of participants in a major construction project, the complexity of which needs no demonstration. It also recognizes the realities of industrial life. [p. 328]

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la police d'assurance multi-risques en cause est appelée [. . .] une assurance de construction en cours. En Angleterre, ce type d'assurance s'appelle habituellement [TRADUCTION] « une assurance tout risque des entrepreneurs » et aux États-Unis, [TRADUCTION] « une assurance des risques des entrepreneurs en construction ». Quelle que soit son étiquette, son rôle est de fournir au propriétaire la promesse que les entrepreneurs auront les fonds nécessaires pour reconstruire en cas de sinistre et de protéger les entrepreneurs contre le prix désastreux d'un départ à zéro dans une telle éventualité; le tout se fait sans recourir à la justice en cas de négligence de la part d'une personne engagée dans la construction, risque accepté par les assureurs au départ. On reconnaît ainsi l'importance de maintenir au minimum les difficultés qui ne peuvent pas manquer de surgir, vu le grand nombre de participants à un ouvrage important, dont la complexité n'a pas besoin d'être démontrée. Son objet est également en accord avec la réalité de la vie industrielle. [p. 328-329]

[69] Although such policies are said to insure against all risks, this description is not entirely accurate. As a general rule, insurance offers protection only for fortuitous contingent risk: *Progressive Homes*, at para. 45. Moreover, builders' risk policies contain various exclusions, meaning indemnity is precluded in many circumstances of fortuitous loss: Dolden, at pp. 342-44.

[69] Même si l'on soutient que de telles polices protègent contre tous les risques, le terme « tous risques » n'est pas tout à fait exact. En règle générale, l'assurance offre une protection uniquement à l'égard du risque fortuit éventuel (*Progressive Homes*, par. 45). De plus, les polices d'assurance chantier contiennent diverses exclusions. Ainsi, il n'y a pas d'indemnité dans de nombreux cas de perte fortuite (Dolden, p. 342-344).

[70] Despite these qualifiers, builders' risk construction policies are the norm, if not a requirement, on construction sites in Canada. In purchasing these policies, "contractors believe indemnity will be available in the event of an accident or damage on the construction site arising as a result of a party's carelessness or negligent acts", which are *the most common* source of loss on construction sites: Dolden, at pp. 345-46. And, in selling these policies, insurers

[70] Malgré les bémols susmentionnés, les polices d'assurance chantier sont la norme, voire l'exigence, sur les chantiers de construction au Canada. En achetant ces polices, [TRADUCTION] « les entrepreneurs s'attendent à être indemnisés en cas d'accident ou de dommages causés sur le chantier de construction à la suite de l'incurie ou de la négligence d'une partie », source de perte *la plus courante* dans les chantiers (Dolden, p. 345-346). Lorsqu'ils vendent ces polices, les assureurs sont quant à eux

are prepared to insure risks relating to problems caused by faulty . . . workmanship, but they are not prepared to insure the quality of . . . the workmanship in a construction project per se. The argument is that the contractor is responsible for doing [its] job right and the insurance company is not there to provide compensation for

[TRADUCTION] disposés à assurer les risques liés aux problèmes imputables à [. . .] une malfaçon, mais pas à assurer la qualité en tant que telle [. . .] du travail effectué sur un chantier. La prémisse est que l'entrepreneur a la responsabilité de bien faire son travail et la compagnie d'assurance n'a pas pour rôle de fournir une indemnité

inadequate performance by a contractor of the very work the contractor agreed to perform.

(Canadian College of Construction Lawyers, report of the Insurance & Surety Committee, "'Covered for What?': Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies" (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101, at p. 104)

Consequently, an interpretation of the Exclusion Clause that precludes from coverage any and all damage resulting from a contractor's faulty workmanship merely because the damage results to that part of the project on which the contractor was working would, in my view, undermine the purpose behind builders' risk policies. It would essentially deprive insureds of the coverage for which they contracted.

[71] In my opinion, therefore, the Insureds' position on the meaning of the Exclusion Clause better reflects and promotes the purpose of builders' risk policies. In the words of this Court in *Commonwealth Construction*, it keeps "to a minimum the difficulties . . . created by the large number of participants in a major construction project" and "recognizes the realities of industrial life" (p. 328). Their position finds additional support in some of this Court's other comments in that case, at pp. 323-24, where it was emphasized that these policies exist to account for the fact that work of different contractors overlaps in a complex construction site and "there is ever present the possibility of damage by one tradesman to the property of another and to the construction as a whole".

[72] Further support for the Insureds' position can be found in commentary contending that all-risk coverage under builders' risk policies was intended to be broad, and the faulty workmanship exclusion narrow. For instance, Maurice G. Audet has discussed the original intent of the exclusion, reviewing the case law as well as annotated insurance policies and manuals: "Part II — Insurance" (2002), 12 C.L.R. (3d) 100; and "All Risks — a promise made or a promise broken?" (1983), 50:10

en cas de mauvaise exécution du travail même que l'entrepreneur s'est engagé à faire.

(Collège canadien des avocats en droit de la construction, rapport du Insurance & Surety Committee, « "Covered for What?" : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101, p. 104)

En conséquence, une interprétation de la clause d'exclusion qui soustrait à la garantie tous les dommages découlant de la malfaçon de l'entrepreneur simplement parce que les dommages sont causés à la partie du projet sur laquelle l'entrepreneur travaillait minerait, à mon avis, l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier. Une telle interprétation priverait pour ainsi dire les assurés de la garantie à laquelle ils ont souscrit.

[71] Je suis donc d'avis que la thèse des assurées sur le sens de la clause d'exclusion traduit et sert mieux l'objet des polices d'assurance chantier. Pour reprendre les mots employés par notre Cour dans *Commonwealth Construction*, une police d'assurance de cette nature permet de maintenir « au minimum les difficultés qui [. . .] surgi[ssent], vu le grand nombre de participants à un ouvrage important » et est « en accord avec la réalité de la vie industrielle » (p. 328-329). Cette thèse est également appuyée par certaines autres observations aux p. 323-324 de cet arrêt, où notre Cour a souligné que ces polices ont été conçues pour tenir compte du fait que le travail de différents entrepreneurs se chevauche dans un chantier complexe et de « la possibilité [omniprésente] qu'un homme de métier cause un dommage, aux biens d'un autre et à la construction dans son ensemble ».

[72] La thèse des assurées est aussi étayée par la doctrine selon laquelle la garantie d'assurance tous risques fournie par les polices d'assurance chantier se veut large, alors que l'exclusion pour malfaçon se veut étroite. À titre d'exemple, Maurice G. Audet a examiné l'objet initial de l'exclusion et, pour ce faire, il a passé en revue la jurisprudence ainsi que les manuels et polices d'assurance annotés (« Part II — Insurance » (2002), 12 C.L.R. (3d) 100; « All Risks — a promise made or a promise broken? »

Canadian Underwriter 34, at pp. 40-42 and 93-96. He concludes that the faulty workmanship, materials and design exclusion was meant to be narrow, to exclude only the cost of replacing the fault or defect but to provide coverage for damage caused by it.

[73] Other authors have remarked that the trend in the common law jurisprudence interpreting builders' risk policies has been to widen the scope of the above-mentioned exclusion or narrow the ambit of the exception to the exclusion. See e.g. Dolden, at pp. 350 and 358; R. B. Reynolds and S. C. Vogel, *A Guide to Canadian Construction Insurance Law* (2013), at pp. 140 and 150; and P.-S. Poitras, "L'assurance et l'industrie de la construction", in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances* (2001), 181, at p. 195. I would not go so far as to question the jurisprudence. Consistency of interpretation is important, and these judicial interpretations have undoubtedly shaped parties' reasonable expectations with respect to builders' risk policies and their exclusion clauses. I simply note that the interpretation of the Exclusion Clause advanced by the Insureds in these appeals best reflects the original intent of such exclusion clauses, as compared to the interpretation advanced by the Insurers.

[74] It should be mentioned that the service contract between Station Lands and Bristol has no bearing on the reasonable expectations of the parties to the Policy with respect to the meaning of the Exclusion Clause and whether the damage to the windows would be covered. The Insurers and Ledcor were not parties to that service contract, and it was entered into on June 16, 2011, almost three years after the Policy's effective date of June 27, 2008. At most, the service contract could shed light on Station Lands' understanding of the Policy and the Exclusion Clause, as it was a party to both. Still, the service contract was itself based on a slightly modified standard form contract published by the Canadian Construction Association.

(1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34, p. 40-42 et 93-96). Il conclut que l'exclusion visant la malfaçon, les matériaux défectueux et la conception défaillante est censée être étroite, pour n'exclure que le coût de correction de la faute ou du vice mais pour fournir une garantie d'assurance pour les dommages causés par cette faute ou ce vice.

[73] D'autres auteurs ont fait remarquer que la tendance observée dans la jurisprudence de common law sur l'interprétation des polices d'assurance chantier était d'élargir la portée de l'exclusion mentionnée ci-dessus ou de restreindre la portée de l'exception à l'exclusion. Voir p. ex. Dolden, p. 350 et 358; R. B. Reynolds et S. C. Vogel, *A Guide to Canadian Construction Insurance Law* (2013), p. 140 et 150; P.-S. Poitras, « L'assurance et l'industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances* (2001), 181, p. 195. Je n'irais pas jusqu'à remettre en question la jurisprudence. Il est important de maintenir une interprétation constante, et ces interprétations des tribunaux ont sans aucun doute nourri les attentes raisonnables des parties quant aux polices d'assurance chantier et à leurs clauses d'exclusion. Je tiens simplement à ajouter que l'interprétation donnée à la clause d'exclusion par les assurées en l'espèce traduit mieux l'objet initial de ces clauses que l'interprétation proposée par les assureurs.

[74] Il convient de mentionner que le contrat de service conclu entre Station Lands et Bristol n'a aucune incidence sur les attentes raisonnables des parties à la police en ce qui concerne le sens de la clause d'exclusion et la question de savoir si les dommages causés aux fenêtres seraient couverts. Les assureurs et Ledcor n'étaient pas parties à ce contrat de service signé le 16 juin 2011, soit presque trois ans après la prise d'effet de la police, le 27 juin 2008. Le contrat de service peut tout au plus nous éclairer sur la manière dont Station Lands concevait la police et la clause d'exclusion, puisqu'elle était partie tant au contrat de service qu'à la police. Néanmoins, le contrat de service était lui-même fondé sur un contrat type légèrement modifié publié par l'Association canadienne de la construction.

[75] Despite the service contract's irrelevance to the parties' reasonable expectations, at various points in its reasons the Court of Appeal seemed to use it to bolster its interpretation of the Exclusion Clause. For instance, at para. 35, the court determined it was artificial to draw the dividing line between the "cost of making good faulty workmanship" and "resulting damage" as falling between Bristol's work and the work of other contractors, in part because under the service contract Bristol was responsible for repairing damage it did to the work of other contractors. Further, at para. 49, the court highlighted that an interpretation of "making good faulty workmanship" that included redoing the work *and* fixing the damage directly caused by the work was consistent with the service contract, because, again, the contract required Bristol to repair damage it did to the work of other contractors.

[75] Malgré l'absence de pertinence du contrat de service en ce qui a trait aux attentes raisonnables des parties, la Cour d'appel semble y référer à divers endroits dans ses motifs pour appuyer son interprétation de la clause d'exclusion. À titre d'exemple, au par. 35, la cour a conclu qu'il était factice de tracer une ligne de démarcation entre les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et les « dommages en découlant » pour distinguer les travaux accomplis par Bristol des travaux des autres entrepreneurs, étant donné, notamment, que Bristol devait réparer les dommages qu'elle avait causés aux travaux des autres entrepreneurs aux termes du contrat de service. De plus, au par. 49, la cour a souligné qu'une interprétation des mots « remédier à une malfaçon » selon laquelle ils visent la nouvelle exécution du travail *et* la réparation des dommages directement causés par les travaux était compatible avec le contrat de service parce que, là encore, le contrat obligeait Bristol à réparer les dommages qu'elle avait causés aux travaux d'autres entrepreneurs.

[76] Even if the service contract were relevant to the reasonable expectations of the parties to the Policy, there are two other reasons why the Court of Appeal's reliance on it — to the extent that there was such reliance — was problematic. First, a contractor's or subcontractor's stipulated responsibility under its work contract to repair or pay for certain damage does not necessarily preclude coverage under a builders' risk policy, as recognized by this Court in *Commonwealth Construction*, at p. 330. For instance, insurance policies often have deductible amounts. In fact, clause 5 of the Policy provides that the Insurers' liability is limited to the amount by which the loss or damage exceeds the deductible amount, and clause GC 11.1.6 of the service contract provides that Bristol shall be responsible for deductible amounts under the various insurance policies except where such amounts may be excluded from its responsibility by other terms of the contract, including those adverted to by the Court of Appeal. The stipulation in the service contract could thus serve to confirm responsibility for that deductible amount, even where loss or damage is covered under the Policy. In other words, the contract stipulation does not necessarily suggest the parties expected

[76] Même à supposer que le contrat de service soit pertinent relativement aux attentes raisonnables des parties à la police, il existe deux autres raisons pour lesquelles le choix de la Cour d'appel de s'appuyer sur ce document — dans la mesure où elle s'est effectivement appuyée sur celui-ci — posait problème. Premièrement, la responsabilité de réparer ou de payer certains dommages qui est imposée à l'entrepreneur ou au sous-traitant par son contrat de travail n'a pas nécessairement pour effet d'écarter la protection d'une police d'assurance chantier, comme l'a reconnu notre Cour dans *Commonwealth Construction*, p. 330. À titre d'exemple, les polices d'assurance ont souvent des franchises. En effet, la clause 5 de la police prévoit que la responsabilité des assureurs se limite au montant de la perte ou du dommage qui excède la franchise, et la clause GC 11.1.6 du contrat de service prévoit que Bristol est responsable des franchises prévues dans les diverses polices d'assurance, sauf indication contraire dans le contrat, notamment dans les situations mentionnées par la Cour d'appel. La stipulation du contrat de service pourrait donc servir à confirmer la responsabilité pour la franchise, même lorsque la perte ou les dommages sont couverts par la police.

that Bristol would ultimately bear the entire cost of damages it caused to the work of other contractors.

[77] Second, even if the stipulation did indicate such an expectation, the Court of Appeal's new physical and systemic connectedness test does not reflect it. Under the court's new test, and using its language, certain unforeseeable, collateral damage to areas on which Bristol was not working would likely be covered under the resulting damage exception in the Exclusion Clause. Yet Bristol would also be responsible for this damage under the service contract, which makes no such distinction with respect to the foreseeability or remoteness of the damage caused. In effect, there would be dual responsibility for payment, under both the Policy and the service contract, even though, as discussed above, the Court of Appeal stated it would be artificial to draw the dividing line where such dual responsibility would result.

(c) *No Unrealistic Results*

[78] In discussing the interpretation of insurance policies in *Consolidated-Bathurst*, at pp. 901-2, Estey J. stressed the need to avoid interpretations that would bring about unrealistic results or results that the parties would not have contemplated in the commercial atmosphere in which they sold or purchased the policy. The interpretation should respect the intentions of the parties and "their objective in entering into the commercial transaction in the first place", as well as "promot[e] a sensible commercial result" (p. 901). See also *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 62, where this Court restated the importance of commercial reality, albeit in a different context. Interpreting the Exclusion Clause to preclude from coverage only the cost of redoing the faulty work aligns with commercial reality and leads to realistic and sensible results, given both the

Autrement dit, la stipulation ne donne pas nécessairement à penser que les parties s'attendaient à ce que Bristol supporte en fin de compte le coût total des dommages qu'elle a causés aux travaux des autres entrepreneurs.

[77] Deuxièmement, même si la stipulation exprimait effectivement une telle attente, le nouveau critère de connexité matérielle et systémique de la Cour d'appel ne la traduit pas. Pour reprendre les termes de la cour, selon ce nouveau critère, certains dommages imprévisibles et indirects causés à des zones où Bristol ne travaillait pas seraient probablement visés par l'exception relative aux « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon qui figure à la clause d'exclusion, mais Bristol serait aussi responsable de ces dommages aux termes du contrat de service, qui ne fait pas de telle distinction sur l'imprévisibilité ou sur le caractère éloigné des dommages causés. En effet, il y aurait une double responsabilité pour le paiement — tant aux termes de la police que du contrat de service — même si, comme nous l'avons vu, la Cour d'appel a affirmé qu'il serait factice de tracer une ligne de démarcation lorsqu'une telle double responsabilité pourrait en découler.

c) *Aucun résultat irréaliste*

[78] Dans son analyse concernant l'interprétation des polices d'assurance aux p. 901-902 de *Consolidated Bathurst*, le juge Estey a insisté sur le besoin d'éviter les interprétations qui pourraient entraîner un résultat irréaliste ou un résultat que les parties n'auraient pas envisagé dans le climat commercial dans lequel elles ont vendu ou contracté la police d'assurance. L'interprétation devrait respecter les intentions des parties et le « but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale » et « favorise[r] un résultat commercial raisonnable » (p. 901). Voir aussi *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 62, où notre Cour a réaffirmé l'importance de la réalité commerciale, quoique dans un contexte différent. Interpréter la clause d'exclusion pour soustraire à la garantie seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux correspond à

purpose underlying builders' risk policies and their spreading of risk on construction projects.

[79] As already discussed above, the interpretation advanced by the Insureds in these appeals best fulfills the broad coverage objective underlying builders' risk policies. These policies are commonplace on construction projects, where multiple contractors work side by side and where damage to their work or the project as a whole commonly arises from faults or defects in workmanship, materials or design. In this commercial reality, a broad scope of coverage creates certainty and economies for both insureds and insurers. In my opinion, it is commercially sensible in this context for only the cost of redoing a contractor's faulty work to be excluded under the faulty workmanship exclusion. Such an interpretation strikes the right balance between the two undesirable extremes described by Estey J. in *Consolidated-Bathurst*, at pp. 901-2: ". . . the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract". Under the Policy, the Insurers did not undertake to cover the "cost of making good faulty workmanship", but they did promise to cover "physical damage [that] results" from that "faulty workmanship". It can hardly be said that recovery for the damages to the Tower's windows in the circumstances of this case could not have been sensibly sought or anticipated when the Policy was purchased.

[80] Furthermore, such an interpretation does not, in my view, transform the insurance policy into a construction warranty. It does not inappropriately spread risk, nor would it allow or encourage contractors to perform their work improperly or negligently. Importantly, Bristol is precluded from receiving initial payment for its faulty work and

la réalité commerciale et mène à un résultat réaliste et sensé, compte tenu de l'objet qui sous-tend les polices d'assurance chantier et de leur répartition du risque pour les projets de construction.

[79] Comme nous l'avons déjà vu, l'interprétation préconisée par les assurées en l'espèce répond le mieux à l'objectif de garantie d'assurance large qui sous-tend les polices d'assurance chantier. Celles-ci sont monnaie courante dans les projets de construction, où de multiples entrepreneurs travaillent côte à côte et où les dommages causés à leurs travaux ou à l'ensemble du projet découlent généralement d'une malfaçon, de matériaux défectueux ou d'une conception défaillante. Vu cette réalité commerciale, une garantie d'assurance étendue crée une certitude et entraîne des économies tant pour les assurés que pour les assureurs. J'estime que, dans ce contexte, il est sensé sur le plan commercial que seuls soient exclus au titre de l'exclusion relative à la malfaçon les frais engagés pour remédier au travail mal exécuté par l'entrepreneur. Une telle interprétation établit un juste équilibre entre les deux situations extrêmes non souhaitées dont parle le juge Estey dans *Consolidated Bathurst*, p. 901-902 : « . . . les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat ». Selon la police, les assureurs ne se sont pas engagés à couvrir « les frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais ils ont promis de couvrir les « dommages matériels [qui] découl[ent] » de cette « malfaçon ». On peut difficilement dire que, dans la présente affaire, une indemnisation pour les dommages causés aux fenêtres de la Tour n'aurait pas pu raisonnablement être recherchée ou escomptée lors de l'achat de la police.

[80] En outre, pareille interprétation ne transforme pas à mon sens une police d'assurance en une garantie de construction. Elle ne répartit pas le risque de façon inappropriée ni n'encourage les entrepreneurs à mal exécuter leur travail ou à le faire de manière négligente. Fait important, Bristol ne peut recevoir le paiement initial pour son travail

then receiving further additional payment to repair or replace its faulty work. See C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), at p. 20-31; and *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 (S.C.). The cost of redoing faulty or improper work is excluded from coverage. The cost can be sizeable; in the instant appeals, for example, Bristol's contract price for cleaning the windows was $45,000.

[81] The Insurers argue that accepting the Insureds' position would tether the application of the resulting damage exception to how the work is divided among various contractors on a project, a result which they say would not make commercial sense. This argument echoes the Court of Appeal's concerns at para. 40 of its reasons:

> This approach might create an incentive to artificially divide up the work as finely as possible, as then the maximum amount of damage would be covered by insurance. On the other hand, it would be dangerous for the owner to hire a single contractor to do all the work, as then nothing would be covered.

[82] With respect, I do not find this persuasive. It is premised on a theoretical concern that does not reflect the commercial reality of construction sites on the ground. In my view, it is unreasonable to expect that the owner of a property or the general contractor on a construction site will divide up work exclusively on the basis of potential coverage under their insurance policy. Many other considerations, such as costs, subcontractor expertise and the risk of delay, will likely be more relevant in deciding how to allocate work.

[83] I also note that interpreting the Exclusion Clause as precluding from coverage only the cost of redoing the faulty work breaks no new ground in the world of insurance, as it mirrors the approach courts have adopted when construing similar exclusions to comprehensive general liability insurance policies. These policies cover the risk that the insured's

mal exécuté, puis recevoir un paiement additionnel pour réparer ou remplacer ce travail. Voir C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 20-31; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 (C.S.). Le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ou inadéquat n'est pas couvert. Ce coût peut être considérable; dans les présents pourvois, par exemple, le prix du contrat conclu par Bristol pour le nettoyage des fenêtres s'élevait à 45 000 $.

[81] Les assureurs font valoir que si l'on retient la thèse des assurées, cela limiterait l'application de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon à la manière dont le travail est réparti entre les divers entrepreneurs participant à un projet, un résultat qui n'aurait selon eux aucun sens sur le plan commercial. Cet argument fait écho aux préoccupations exprimées par la Cour d'appel au par. 40 de ses motifs :

> [TRADUCTION] Cette interprétation pourrait inciter à diviser artificiellement au maximum le travail, pour que le montant maximal de dommages soit couvert par l'assurance. En revanche, il serait dangereux pour le propriétaire d'engager un seul entrepreneur pour effectuer tout le travail, parce que rien ne serait alors couvert.

[82] Avec égards, je ne trouve pas cet argument convaincant. Il a pour prémisse une préoccupation théorique qui ne correspond pas à la réalité commerciale des chantiers de construction. À mon avis, il est déraisonnable de s'attendre à ce que le propriétaire d'un bien ou l'entrepreneur général sur un chantier divisent le travail exclusivement en fonction de la garantie d'assurance éventuelle de leur police d'assurance. Bien d'autres considérations, comme les frais, l'expertise des sous-traitants et le risque de retard, sont probablement plus pertinentes pour décider de la répartition du travail.

[83] Je signale également que considérer la clause d'exclusion comme soustrayant à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux n'a rien de nouveau dans le monde des assurances, puisque cela reflète l'interprétation retenue par les tribunaux à l'égard d'exclusions similaires dans des polices complètes

work might cause bodily injury or property damage. However, they generally contain a "work product" or "business risk" exception, which excludes from coverage the cost of redoing the insured's work: "Covered for What?", at p. 122.

(d) *Ensuring Consistent Interpretation*

[84] The purpose of builders' risk policies and the need to prevent unrealistic results point to an interpretation of the Exclusion Clause that would exclude from coverage only the cost of redoing the cleaning work. Such an interpretation of the Exclusion Clause is also consistent with case law. Though the Court of Appeal stated, at para. 46 of its reasons, that "numerous cases . . . hold that the exclusion is not limited to the cost of re-doing the faulty work, but also extends to the cost of repairing the thing actually being worked on", with respect, I am of the view that many of these faulty workmanship and faulty design decisions can be read as limiting the faulty workmanship exclusion to only the cost of redoing the faulty work. As these cases are highly fact-specific, the results that courts reach will be largely dictated by the particular circumstances of each case. More specifically, whether certain damage falls within the resulting damage exception to the faulty workmanship exclusion will greatly depend on the scope of the contractual obligation pursuant to which the faulty workmanship was carried out.

[85] In the appeals before us, Bristol's obligation under its service contract with Station Lands was limited to cleaning the Tower's windows after they had been properly installed. Redoing Bristol's faulty work did not require Bristol to install windows in good condition. As such, the cost of the windows' replacement represents "resulting damage" and is covered under the Policy. Conversely, if Bristol had been responsible for the windows' installation, and the windows had been damaged in the course of the installation process, the damage done to the windows

d'assurance responsabilité civile générale. Ces polices couvrent le risque que le travail de l'assuré cause des lésions corporelles ou endommage des biens. Toutefois, elles contiennent généralement une exception liée au [TRADUCTION] « fruit du travail » ou au « risque commercial », qui soustrait à la garantie d'assurance les frais engagés par l'assuré pour refaire son travail (« Covered for What? », p. 122).

d) *Assurer une interprétation constante*

[84] L'objectif des polices d'assurance chantier et la nécessité d'éviter les résultats irréalistes mènent à une interprétation de la clause d'exclusion qui soustrairait à la garantie uniquement le coût du nouveau nettoyage. Une telle interprétation de la clause d'exclusion est aussi conforme à la jurisprudence. Bien que la Cour d'appel ait dit, au par. 46 de ses motifs, qu'il [TRADUCTION] « a été jugé dans de nombreuses décisions que l'exclusion ne se limite pas au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux et s'étend aussi au coût de la réparation de l'ouvrage en cours d'exécution », à mon humble avis, un grand nombre de ces décisions en matière de malfaçon et de conception défaillante peuvent être interprétées comme limitant l'exclusion relative à la malfaçon au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. Comme ces décisions se fondent en grande partie sur les faits en cause, le résultat auquel parviendront les tribunaux sera largement dicté par les circonstances de chaque affaire. Plus précisément, la question de savoir si certains dommages relèvent de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon dépendra fortement de la portée de l'obligation contractuelle dont l'acquittement a débouché sur la malfaçon.

[85] Dans les pourvois dont nous sommes saisis, l'obligation imposée à Bristol par le contrat de service qu'elle a conclu avec Station Lands ne consistait qu'à nettoyer les fenêtres de la Tour après que celles-ci eurent été correctement installées. La nouvelle exécution du travail défectueux de Bristol n'obligeait pas cette dernière à installer des fenêtres en bon état. En conséquence, le coût du remplacement des fenêtres représente un « dommage [. . .] découlant » de la malfaçon qui est couvert par la police. À l'inverse, si Bristol avait été responsable

in such circumstances would not have constituted "resulting damage". Indeed, redoing the faulty work would have required installing windows in good condition, as per Bristol's (hypothetical) contractual obligation.

[86] I will now review some of the faulty workmanship cases cited by the Court of Appeal to illustrate how an interpretation that limits the scope of the faulty workmanship exclusion to the cost of redoing the faulty work is consistent with the jurisprudence.

[87] In *Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681 (Ont. C.A.), an electrical subcontractor was to install two bus ducts in connection with the construction of an office building in Toronto. Because of the subcontractor's failure to take adequate protective measures, which constituted faulty workmanship, rain water that had come into contact with concrete penetrated the ducts, which in turn caused a malfunction. The subcontractor argued that the damage to the equipment by water was "damage resulting from . . . faulty . . . workmanship" so as to come within the exception to the exclusion. The Ontario Court of Appeal disagreed, writing as follows, at pp. 684-85:

> In the present case the "fault" that underlay the "faulty workmanship" was the failure of the appellant to take protective measures; but by the terms of its contract its "work" was to install the electrical equipment and to keep it dry and clean until the contract was completed. It would be taking too narrow a view of the case to isolate one part of the work from the total contractual obligation. The damage to the equipment was the product of the failure to take protective measures, and so that fault rendered the appellant's performance of its contractual obligations "faulty workmanship". The damage to the ducts and the switching gear was not, therefore, "damage resulting from such faulty . . . workmanship . . .", so as to come within the exception to the exclusion. [Emphasis added.]

de l'installation des fenêtres, et que celles-ci avaient été endommagées lors de leur installation, les dommages causés aux fenêtres dans de telles circonstances n'auraient pas constitué des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon. En fait, la nouvelle exécution du travail défectueux aurait nécessité l'installation de fenêtres en bon état conformément à l'obligation contractuelle (hypothétique) de Bristol.

[86] J'examinerai maintenant certaines des décisions en matière de malfaçon citées par la Cour d'appel pour illustrer comment une interprétation qui limite l'exclusion pour malfaçon au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux est conforme à la jurisprudence.

[87] Dans *Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681 (C.A. Ont.), un sous-traitant électricien devait installer deux barres sous gaine lors de la construction d'un immeuble à bureaux situé à Toronto. Comme le sous-traitant n'avait pas pris de mesures de protection adéquates, ce qui constituait une malfaçon, de l'eau de pluie qui est entrée en contact avec le béton a pénétré dans les barres, ce qui a causé un mauvais fonctionnement du système. Le sous-traitant a fait valoir que les dommages causés au matériel par l'eau étaient des [TRADUCTION] « dommages découlant d'une malfaçon » et relevaient par le fait même de l'exception à l'exclusion. La Cour d'appel de l'Ontario ne partageait pas cet avis et elle s'est exprimée ainsi aux p. 684-685 :

> [TRADUCTION] En l'espèce, la « faute » qui sous-tend la « malfaçon » était l'omission de la part de l'appelante de prendre des mesures de protection; or, il était stipulé dans son contrat que son « travail » consistait à installer du matériel électrique et à le garder sec et propre jusqu'à la fin du contrat. On interpréterait trop étroitement le contrat si on isolait une partie du travail de l'ensemble de l'obligation contractuelle. Les dommages causés au matériel résultaient de l'absence de mesures de protection et, de ce fait, l'exécution par l'appelante de ses obligations contractuelles constituait une « malfaçon ». Les dommages causés aux conduites et aux appareils de commutation électrique ne constituaient donc pas des « dommages découlant de cette malfaçon » visés par l'exception à l'exclusion. [Je souligne.]

The court's statement is clear: since the subcontractor was contractually required to install the electrical equipment and keep it dry, and its failure to take adequate protective measures resulted in it failing to comply with said contractual obligations, the damage to the equipment could not be considered resulting damage.

[88] In *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), a contractor was responsible for designing a boiler system, acquiring the material and supervising the commissioning of the boiler. After installation, as part of the testing of the boiler system, an acid wash of the superheater and reheater was carried out. But the acid wash was done improperly, ruining the reheater and resulting in extensive cracking of the tubing in the boilers. The contractor argued that the faulty workmanship exclusion served to exclude from coverage only the cost of redoing the wash, and not the cost of replacing the tubing, which it said constituted "resultant damage". The court disagreed, holding that the "cost of making good the improper workmanship is the cost of replacing the tubing which was the object of [the] procedure": para. 37. In my view, the court reached this conclusion because replacing the tubing was necessary for the contractor to fulfill its contractual obligation to design the boiler system, to acquire the material and to supervise the commissioning of the boiler. Thus, the cost of redoing the work encompassed the cost of replacing the tubing.

[89] In *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (Sask. C.A.), the collapse of a truss, caused by the subcontractor's faulty workmanship in failing to properly erect it, resulted in the subcontractor failing to comply with its contractual obligation to fabricate and erect a truss in good condition. The cost of repairing the truss formed part of the cost of redoing the work, and thus did not fall within the resulting damage exception. The same reading can also be made of *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (Nfld. C.A.).

L'énoncé de la cour est clair : comme le sous-traitant était contractuellement tenu d'installer le matériel électrique et de le garder au sec, et que son omission de prendre des mesures de protection adéquates constituait un non-respect de ces obligations contractuelles, les dommages causés au matériel ne pouvaient pas être considérés comme des dommages découlant de la malfaçon.

[88] Dans *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), un entrepreneur avait la responsabilité de concevoir un système de chaudières, d'acheter le matériel et de superviser le démarrage du système. Lors des essais qui ont suivi l'installation, il a procédé au lavage à l'acide du surchauffeur et du resurchauffeur, mais ce lavage a été mal effectué et a endommagé le resurchauffeur, ce qui a entraîné une fissuration importante de la tuyauterie des chaudières. L'entrepreneur a fait valoir que l'exclusion relative à la malfaçon servait à soustraire à la garantie uniquement le coût d'un nouveau lavage, et non le coût de remplacement de la tuyauterie qui, à ses dires, constituait des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon. La cour n'était pas du même avis, jugeant que les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier au travail mal exécuté sont le coût de remplacement de la tuyauterie touchée par la procédure » (par. 37). À mon avis, la cour est parvenue à cette conclusion parce que le remplacement de la tuyauterie était nécessaire pour que l'entrepreneur remplisse son obligation contractuelle de concevoir le système de chaudières, d'acheter le matériel et de superviser le démarrage du système. En conséquence, le coût de la nouvelle exécution du travail comprenait le coût de remplacement de la tuyauterie.

[89] Dans *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Sask.), vu l'effondrement d'une ferme imputable à sa mauvaise installation par le sous-traitant, ce dernier n'a pas respecté son obligation contractuelle de fabriquer et d'installer une ferme en bon état. Le coût de réparation de la ferme faisait partie du coût de la nouvelle exécution du travail et ne relevait donc pas de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon. L'arrêt *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (C.A. T.-N.), va dans le même sens.

[90] Though this interpretation of the resulting damage exception to the faulty workmanship exclusion may, at first glance, seem to run contrary to the interpretation generally given to it by courts in faulty design cases, it is actually consistent with those cases.

[91] It is true that, in faulty design cases, courts generally interpret the resulting damage exception as encompassing damage done to something other than the property which is faultily designed. Such language may thus appear to be more closely in line with the physical or systemic connectedness test established by the Court of Appeal, as exclusion from coverage may appear to depend on whether the damage has been done to the very thing being worked on or to something else. Only in the latter case would the loss qualify as "resulting damage". For instance, in *British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172, the British Columbia Court of Appeal wrote that "[d]amage for faulty or improper design encompasses all the damage to the very thing that was designed faultily or improperly. Resultant damage is damage to some part of the insured property other than the part of the property that was faultily designed": para. 11; see also *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (Ont. S.C.J.), at para. 204.

[92] These decisions, however, are not inconsistent with holding that the faulty workmanship exclusion precludes from coverage only the cost of redoing the faulty work. Indeed, in faulty design cases, a contractor is obligated to design a given item, with the design being integral to the whole of that item. Thus, the cost of repairing the damages caused to that item will be included within the cost of redoing the faulty work, and the resulting damage exception will necessarily apply to damages caused to items other than the item being designed. As held in *Simcoe & Erie General Insurance Co.*

[90] Bien que cette interprétation de l'exception à l'exclusion fondée sur la malfaçon qui touche les dommages en découlant puisse, de prime abord, sembler contraire à l'interprétation généralement retenue par les tribunaux dans les affaires de vice de conception, elle est en fait conforme aux conclusions tirées dans ces décisions.

[91] Il est vrai que, dans les affaires de vice de conception, les tribunaux considèrent généralement que l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon englobe les dommages causés à un autre bien que celui entaché d'un vice de conception, ce qui peut donc sembler cadrer davantage avec le critère de connexité matérielle ou systémique établi par la Cour d'appel. En effet, l'exclusion de la garantie d'assurance peut paraître tributaire de la question de savoir si les dommages ont été causés à l'ouvrage même sur lequel on travaillait ou à un autre. Ce n'est que dans la deuxième situation que la perte constitue un « dommage [. . .] découlant » de la malfaçon. À titre d'exemple, dans *British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a écrit que [TRADUCTION] « [l]es dommages attribuables à une conception défaillante ou inadéquate comprennent tous les dommages causés à l'élément même entaché du vice de conception. Les dommages en découlant sont les dommages causés à une autre partie du bien assuré que la partie du bien dont la conception était défaillante » (par. 11; voir aussi *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (C.S.J. Ont.), par. 204).

[92] Ces décisions ne sont toutefois pas incompatibles avec la conclusion selon laquelle l'exclusion relative à la malfaçon ne soustrait à la garantie que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. En fait, dans les cas de vice de conception, l'entrepreneur est tenu de concevoir un article donné et la conception fait partie intégrante de l'ensemble de cet article. Ainsi, le coût de réparation de l'article endommagé sera inclus dans le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, et l'exception relative aux dommages en découlant s'appliquera nécessairement aux dommages causés aux autres

v. Royal Insurance Co. of Canada (1982), 36 A.R. 553 (Q.B.), at para. 34:

> . . . the total contractual obligation of [the engineer] was to design and supervise the construction of a bridge required by the [city]. The damage to the structure that [the engineer] first designed was the product of its failure to properly design a bridge, which in turn prevented it from properly performing its contractual obligations. It follows therefore that the contract was not performed until a stable bridge was constructed. [Emphasis added.]

[93] In any event, I disagree with the Insurers' contention that the case law systematically supports one interpretation of the faulty workmanship exclusion. Though the jurisprudence addressing the resultant damage exception has generally interpreted it narrowly (S. C. Vogel, "Recent Developments in Construction Insurance Law", in *Review of Construction Law: Recent Developments* (2012), 169, at p. 184), courts have not always been consistent in construing the exception, and parties cannot therefore adequately predict what sort of damage will or will not be caught by the exclusion: L. Ricchetti and T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010); "Covered for What?", at p. 106; and Poitras, at p. 195. Even the Court of Appeal acknowledged the inconsistency in the jurisprudence at para. 47 of its reasons, citing as an example *Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757 (Alta. S.C.).

[94] Additionally, in *Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.), the Quebec Court of Appeal broadened the resultant damage exception and, thus, narrowed the faulty workmanship exclusion, commenting that damage to the thing that the faulty contractor is responsible for building is covered. Though these comments were made in *obiter*, as the court had already concluded that

biens que celui en cours de conception. Comme il a été décidé dans *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553 (B.R.), par. 34 :

> [TRADUCTION] . . . l'intégralité de l'obligation contractuelle de [l'ingénieur] consistait à concevoir un pont commandé par la [ville] et à en superviser la construction. Les dommages causés à la structure conçue au départ par [l'ingénieur] étaient attribuables à son omission de bien concevoir le pont, dommages qui ont à leur tour empêché l'entreprise de s'acquitter comme il se doit de ses obligations contractuelles. En conséquence, le contrat n'a pas été exécuté tant qu'un pont stable n'a pas été érigé. [Je souligne.]

[93] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des assureurs selon laquelle la jurisprudence appuie systématiquement une seule interprétation de l'exclusion relative à la malfaçon. Bien que, dans la plupart des précédents portant sur l'exception relative aux dommages découlant d'une malfaçon, les tribunaux aient interprété cette exception de façon étroite (S. C. Vogel, « Recent Developments in Construction Insurance Law », dans *Review of Construction Law : Recent Developments* (2012), 169, p. 184), ils n'ont pas toujours interprété l'exception de la même manière, et les parties ne peuvent pas en conséquence prédire adéquatement les dommages qui relèveront ou non de l'exclusion (L. Ricchetti et T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010); « Covered for What? », p. 106; Poitras, p. 195). Même la Cour d'appel a reconnu le manque de constance de la jurisprudence au par. 47 de ses motifs, citant à titre d'exemple *Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757 (C.S. Alb.).

[94] De plus, dans *Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.), la Cour d'appel du Québec a étendu l'exception relative aux dommages découlant d'une malfaçon et restreint de ce fait l'exclusion fondée sur la malfaçon, en faisant observer que les dommages causés à l'élément que l'entrepreneur fautif doit construire sont couverts. Même s'il s'agissait d'une remarque incidente, puisque la

the workmanship at issue was not faulty, they help demonstrate that the case law on the interpretation of the faulty workmanship exclusion and resulting damage exception is not unanimous.

(e) *Conclusion on the Interpretation of the Exclusion Clause*

[95] As outlined above, the language of the Exclusion Clause, read in light of the Policy as a whole, does not provide a clear answer to the question raised before us. That said, the parties' reasonable expectations, informed largely by the purpose of builders' risk policies, point to the faulty workmanship exclusion serving to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty work. This interpretation aligns with commercial realities and is consistent with prior jurisprudence. In the circumstances of this case, the cost of redoing the faulty work is the cost of recleaning the windows — both parties agree that the recleaning falls under the Policy's "cost of making good faulty workmanship" exclusion. The Insureds, however, have met their onus of demonstrating that the cost of replacing the damaged windows is covered under the "resulting damage" exception to that exclusion.

[96] In any event, even if I were to determine that the general rules of contractual interpretation do not clarify the ambiguous Exclusion Clause, I would reach the same conclusion on the basis of the *contra proferentem* rule.

VI. Disposition

[97] I would allow the appeals with costs throughout.

cour avait déjà conclu que les travaux exécutés dans cette affaire ne constituaient pas une malfaçon, ces propos contribuent à démontrer que la jurisprudence sur l'interprétation de l'exclusion relative à la malfaçon ainsi que de l'exception des dommages en découlant n'est pas unanime.

e) *Conclusion sur l'interprétation de la clause d'exclusion*

[95] Comme je l'ai expliqué plus tôt, le libellé de la clause d'exclusion, lu à la lumière de l'ensemble de la police, ne fournit pas de réponse claire à la question qui nous a été soumise. Cela dit, les attentes raisonnables des parties, lesquelles reposent en grande partie sur l'objectif des polices d'assurance chantier, donnent à penser que l'exclusion fondée sur la malfaçon sert à soustraire à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail déficient. Cette interprétation s'accorde avec la réalité commerciale en plus d'être compatible avec la jurisprudence. Dans les circonstances de l'espèce, le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux est le coût d'un nouveau nettoyage des fenêtres. Toutes les parties s'entendent pour dire que le nouveau nettoyage relève de l'exclusion de la police relative aux « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Les assurées se sont toutefois acquittées de leur fardeau de démontrer que le coût du remplacement des fenêtres endommagées est couvert par l'exception à l'exclusion pour les « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon.

[96] Quoi qu'il en soit, même si je devais décider que l'application des règles générales d'interprétation contractuelle ne dissipe pas l'ambiguïté sur le sens de la clause d'exclusion, je parviendrais à la même conclusion en raison de la règle *contra proferentem*.

VI. Dispositif

[97] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens devant toutes les cours.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[98] I agree with the disposition of these appeals proposed by my colleague, Justice Wagner, in his carefully crafted and comprehensive reasons. However, I respectfully do not agree with him on two points: the applicable standard of appellate review and whether the contractual clause that we must interpret is ambiguous. As I will explain, our very recent decision in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, decides that the standard of review here is palpable and overriding error, not correctness, and in my opinion the trial judge did not err in finding that the clause is ambiguous. Like my colleague, I would therefore allow the appeals with costs.

[99] The merits of the appeals turn on a straightforward question. When window cleaners destroy the windows they are supposed to clean, does the cost of replacing the windows fall within the expression the "cost of making good faulty workmanship", in which case it is excluded from coverage provided by the insurance policy we must interpret in this case, or does that cost fall within the expression "physical damage . . . resulting" from the faulty workmanship, in which case it is covered by the policy?

II. The Standard of Review

A. *Sattva Brought Appellate Review in Contract Cases Within the Court's General Framework for Appellate Review in Civil Cases*

(1) The Standard of Review in Civil Appeals Turns on the Nature of the Question Under Review

[100] The standard of review aspect of the Court's judgment in *Sattva* must be understood in the context of the Court's broader jurisprudence on standard

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[98] Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Wagner dans ses motifs détaillés et rédigés avec soin. Je suis toutefois en désaccord avec lui sur deux points : la norme de contrôle applicable en appel et la question de l'ambiguïté de la clause contractuelle que nous devons interpréter. Comme je l'expliquerai, la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de l'erreur manifeste et dominante, et non celle de la décision correcte, selon notre arrêt très récent *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, et le juge de première instance n'a, à mon avis, pas commis d'erreur en concluant que la clause est ambiguë. À l'instar de mon collègue, je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens.

[99] Le fond des pourvois se résume à une question simple. Quand un laveur de vitres endommage les fenêtres qu'il est censé nettoyer, le coût de remplacement des fenêtres est-il visé par l'expression [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », auquel cas il est exclu de la couverture offerte par la police d'assurance que nous devons interpréter en l'espèce, ou par l'expression « dommages matériels [. . .] découlant » de la malfaçon, auquel cas il est couvert par la police?

II. La norme de contrôle

A. *Dans son arrêt Sattva, la Cour a intégré le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à son cadre général de contrôle en appel en matière civile*

(1) La norme de contrôle applicable dans les appels civils dépend de la nature de la question à l'examen

[100] L'aspect du jugement rendu par notre Cour dans *Sattva* qui a trait à la norme de contrôle doit être replacé dans le contexte plus large de sa

of review in civil appeals. At least since *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the standard of appellate review has turned on the nature of the question being reviewed. Questions of law are reviewed for correctness and questions of fact for palpable and overriding error. *Housen* also holds that applying a legal standard to the facts is a mixed question of law and fact and is generally reviewable on appeal for palpable and overriding error: paras. 26-37. So, in a negligence case such as *Housen*, that is the standard that generally governs appellate review of the trial court's application of the legal standard of negligence to the evidence.

[101] I say "generally" because *Housen* recognized that this would not always be so. In some cases, the trial court's application of a legal standard to the facts will attract correctness review on appeal. This will be the case when the basis for a finding under review can be traced to a pure legal error, such as a wrong characterization of the legal standard or the failure to consider a required element of the applicable standard. In cases of this sort, the reviewing court can "extricate" a purely legal question from the trial court's analysis and having done so, apply to that purely legal question the correctness standard of appellate review: paras. 31-33. These sorts of cases are fairly rare, however. As *Housen* cautioned, it is often difficult to extricate the legal questions from the factual and therefore appellate courts should not be quick to find extricable legal errors in the trial court's application of a legal standard to the facts: para. 36.

(2) *Sattva* Brought Contract Appeals Within This Framework

[102] I review these basic points of *Housen* because, as I see it, the Court's decision in *Sattva*

jurisprudence sur les normes de contrôle en matière d'appels civils. Depuis au moins l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, la norme de contrôle applicable en appel dépend de la nature de la question examinée. Les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait le sont en fonction de la norme de l'erreur manifeste et dominante. Il a aussi été jugé dans *Housen* que l'application d'une norme juridique à des faits constitue une question mixte de droit et de fait, qui est généralement susceptible de révision en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante (par. 26-37). Ainsi, dans une affaire de négligence comme *Housen*, c'est cette norme qui régit généralement le contrôle en appel de l'application, par le tribunal de première instance, de la norme juridique de négligence à la preuve.

[101] Je dis « généralement » parce que la Cour a reconnu dans *Housen* que ce ne serait pas toujours le cas. Il arrive parfois que l'application par le tribunal de première instance d'une norme juridique aux faits commande un contrôle en appel selon la norme de la décision correcte. C'est le cas lorsque le fondement de la conclusion contrôlée est imputable à une pure erreur de droit, telle une mauvaise qualification de la norme juridique ou omission d'examiner un élément essentiel de la norme applicable. Dans les affaires de ce genre, la cour siégeant en révision peut « dégager » une pure question de droit de l'analyse du tribunal de première instance, puis appliquer à cette question la norme de la décision correcte applicable lors d'un contrôle en appel (par. 31-33). Les affaires de cette nature sont toutefois assez rares. Selon la mise en garde formulée dans *Housen*, les cours d'appel ne devraient pas conclure trop rapidement que le tribunal de première instance a commis des erreurs de droit isolables en appliquant une norme juridique aux faits, car il est souvent difficile de départager les questions de droit des questions de fait (par. 36).

(2) Dans *Sattva*, la Cour a intégré les appels en matière contractuelle à ce cadre

[102] J'examine ces aspects fondamentaux de *Housen* parce que, à mon sens, notre Cour a inscrit

brought appellate review in contract cases within this general standard of review framework. To put it in *Housen*'s terms, applying the text of a contract to a particular fact situation involves applying the legal standard set by the contract to the facts of the situation at hand. This interpretative process, therefore, generally gives rise to a mixed question of law and fact and should be reviewable on appeal for palpable and overriding error.

[103] *Sattva* explained that this was an appropriate development for two related reasons. First, contractual interpretation is not simply a question of ascribing an abstract legal meaning to the words, but rather of understanding those words in their full context. Second, this process of interpretation should generally be considered to be the application of a legal standard to the facts; in other words, contractual interpretation is generally a mixed question of law and fact which, under the Court's standard of review jurisprudence, is generally reviewed for palpable and overriding error. Both of these related reasons, as we shall see, apply to interpreting all types of contracts.

[104] Consider the first reason. Contract interpretation cannot be understood as a process of determining the "legal" and immutable meaning of the text. "[W]ords alone do not have an immutable or absolute meaning" and therefore contractual interpretation does not often turn on ascribing immutable legal meanings to the contractual words: *Sattva*, at para. 47. Rather, the meaning of words often turns on context, such as the purpose of the agreement and the nature of the relationship between the parties: para. 48. Taking those sorts of contextual considerations into account — sometimes called the surrounding circumstances or the factual matrix — requires the court to understand the text of the agreement in light of them, not simply to ascribe purely legal meanings to the words taken in isolation. Thus, just as the Court in *Housen* cautioned against too readily finding that applying a legal standard to the facts gives rise to a purely legal question, the Court

dans *Sattva* le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à l'intérieur de ce cadre général de contrôle. Pour reprendre les termes de *Housen*, l'application du texte d'un contrat à une situation factuelle particulière suppose l'application de la norme juridique établie par le contrat aux faits de la situation en cause. Par conséquent, cet exercice d'interprétation soulève généralement une question mixte de droit et de fait qui devrait être contrôlée en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[103] D'après *Sattva*, il s'agissait d'une évolution opportune pour deux raisons connexes. Premièrement, l'interprétation contractuelle ne consiste pas simplement à attribuer un sens juridique abstrait aux mots utilisés, mais plutôt à saisir ces mots dans leur contexte global. Deuxièmement, cet exercice d'interprétation devrait généralement être considéré comme l'application d'une norme juridique aux faits; autrement dit, l'interprétation contractuelle constitue généralement une question mixte de droit et de fait qui, selon la jurisprudence de la Cour en matière de normes de contrôle, est généralement susceptible de révision selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Comme nous le verrons, ces deux raisons connexes valent pour l'interprétation de tous les types de contrat.

[104] Examinons la première raison. L'interprétation contractuelle ne peut être considérée comme la détermination du sens « juridique » et immuable du texte. Comme « les mots en soi n'ont pas un sens immuable ou absolu », l'interprétation contractuelle consiste rarement à attribuer un sens juridique immuable aux mots employés dans le contrat (*Sattva*, par. 47). Le sens des mots est plutôt souvent fonction du contexte, comme l'objet de l'entente et la nature de la relation entre les parties (par. 48). La prise en compte de pareilles considérations contextuelles — parfois appelées les circonstances ou le fondement factuel — exige que la cour comprenne, à la lumière de ces considérations, le texte de l'entente, et non qu'elle se contente d'attribuer des significations purement juridiques aux mots pris isolément. Par conséquent, tout comme la Cour a indiqué dans *Housen* qu'il faut s'abstenir de conclure trop rapidement que l'application d'une norme juridique aux

in *Sattva* cautioned that interpretation does not often give rise to a pure question of law. Interpretation is rarely a matter of ascribing some immutable legal meaning to the text considered apart from the surrounding circumstances.

[105] A number of appellate courts and my colleague Wagner J. are of the view that this first rationale underlying *Sattva* does not apply to cases interpreting standard form contracts: *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, at paras. 11-13; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, at paras. 28-30; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 273, per McDonald J.A.; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at paras. 40-41; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, at paras. 22-24; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, at para. 34 (CanLII); and *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, at para. 26 (CanLII). I respectfully disagree.

[106] I accept, of course, that standard form contracts generally do not have relevant surrounding circumstances relating to their negotiation because there was in no real sense any negotiation of their terms. However, standard form contracts, like all contracts, have many other surrounding circumstances: they have a purpose, they create a relationship of a particular nature and they frequently operate within a particular market or industry. These factors are all part of the context — of the surrounding circumstances — that must be taken into account in interpreting the text of the contract. As Lord Wilberforce put it in a passage cited with approval in *Sattva*, "In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating": *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.), at p. 574, quoted in *Sattva*, at para. 47. This point is further developed in a short passage from *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West*

faits pose une pure question de droit, elle a précisé dans *Sattva* que l'interprétation ne pose pas souvent une pure question de droit. L'interprétation consiste rarement à attribuer un quelconque sens juridique immuable au texte pris sans égard aux circonstances.

[105] Mon collègue le juge Wagner ainsi que plusieurs cours d'appel estiment que ce premier raisonnement qui sous-tend *Sattva* ne s'applique pas aux affaires où l'on interprète des contrats types (*Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, par. 11-13; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, par. 28-30; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, par. 273, le juge McDonald; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 40-41; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, par. 22-24; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, par. 34 (CanLII); *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, par. 26 (CanLII)). Avec égards, je ne suis pas d'accord.

[106] J'accepte bien sûr qu'il n'existe généralement pas, dans le cas des contrats types, de circonstances pertinentes quant à leur négociation puisque leurs conditions n'ont pas été véritablement négociées. Cependant, à l'instar de tous les autres contrats, les contrats types s'inscrivent dans un contexte beaucoup plus large : ils ont un objet, créent une relation particulière et sont fréquemment utilisés dans une industrie ou un marché donné. Ces facteurs font tous partie du contexte — les circonstances — dont il faut tenir compte pour interpréter le texte du contrat. Pour reprendre les propos de lord Wilberforce, cités avec approbation dans *Sattva*, [TRADUCTION] « [l]orsqu'un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d'autre part une connaissance de l'origine de l'opération, de l'historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités » (*Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.), p. 574, cité dans *Sattva*, par. 47). Cette question est davantage approfondie dans le court extrait suivant tiré d'*Investors Compensation*

Bromwich Building Society, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.), also quoted by the Court in *Sattva*, at para. 48:

> The meaning which a document . . . would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. [p. 115]

[107] All contracts, whether standard form or not, have important contextual elements — elements of their surrounding circumstances — that are generally considered in applying the contractual language to a specific set of occurrences.

[108] Unlike my colleague, I do not read this aspect of *Sattva* as holding that contractual interpretation is not generally a pure question of law simply because it involves assessing a "factual matrix" relating to negotiation. Rather, as I have discussed, *Sattva* sees contractual interpretation as not being a pure question of law because it involves understanding the words used in light of a number of contextual factors beyond negotiation, including the purpose of the agreement, the nature of the relationship, the market in which the parties are operating, and so forth. While the words have a consistent meaning, how they apply to the myriad of situations that may arise will most often turn on these sorts of contextual factors. My colleague's interpretative analysis of the standard form contract before us in this case shows that this is so. That analysis relies on the nature of the particular work alleged to be faulty; the nature and cause of the particular damage in issue; the purpose of the contract; the market in which it operates (i.e. the construction industry); the parties' reasonable expectations; and commercial reality.

[109] The importance of taking these contextual matters into account is the first reason the Court relied on in *Sattva* to explain why contractual interpretation is generally not a pure question of law

Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.), également cité par la Cour dans *Sattva*, par. 48 :

> [TRADUCTION] Le sens d'un document [. . .] qui est transmis à la personne raisonnable n'équivaut pas au sens des mots qui le composent. Le sens des mots fait intervenir les dictionnaires et les grammaires; le sens du document représente ce qu'il est raisonnable de croire que les parties, en employant ces mots compte tenu du contexte pertinent, ont voulu exprimer. [p. 115]

[107] Tous les contrats, qu'ils soient types ou non, comportent des éléments contextuels importants — les circonstances — dont il est généralement tenu compte pour appliquer le libellé du contrat à un ensemble précis de faits.

[108] Contrairement à mon collègue, je n'estime pas que la Cour indique à cet égard dans *Sattva* que l'interprétation contractuelle n'est en général pas une pure question de droit simplement parce qu'elle suppose l'évaluation du « fondement factuel » relatif à la négociation. Au contraire, comme je l'ai expliqué précédemment, la Cour considère dans *Sattva* que l'interprétation contractuelle n'est pas une pure question de droit parce qu'elle implique de comprendre les mots utilisés eu égard à plusieurs facteurs contextuels autres que la négociation, dont l'objet de l'entente, la nature de la relation, le marché dans lequel les parties exercent leurs activités, etc. Le sens des mots ne change pas, mais la façon dont ces mots s'appliquent à la multitude de situations qui peuvent survenir dépendra souvent de ces facteurs contextuels. C'est d'ailleurs ce que démontre l'analyse interprétative du contrat type en l'espèce effectuée par mon collègue. Cette analyse repose sur la nature du travail qui aurait été mal exécuté; la nature et la cause du dommage en question; l'objet du contrat; le marché dans lequel il est employé (en l'occurrence l'industrie de la construction); les attentes raisonnables des parties; la réalité commerciale.

[109] L'importance de prendre en compte ces éléments contextuels est la première raison donnée par la Cour dans *Sattva* pour expliquer pourquoi l'interprétation contractuelle n'est généralement pas une

and applies to standard form contracts as it does to others. While negotiating history will generally not be relevant to such contracts, many other contextual matters are.

[110] Turning to the second related reason given in *Sattva*, it too applies to the interpretation of standard form contracts. That second reason was that "the historical approach to contractual interpretation does not fit well with the definition of a pure question of law identified in *Housen* and [*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748]": para. 49. Rather, contractual interpretation should be understood as generally giving rise to mixed questions of law and fact. As Rothstein J. wrote for the Court, "Contractual 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": para. 50. In short, *Sattva* brought appellate review of contractual interpretation into the general framework for appellate review in civil cases set out in the Court's standard of review jurisprudence.

[111] I see no reason to think that the interpretation of certain types of contracts should be excluded from these general principles that apply to appellate review in all civil cases. A number of appellate courts have reached the same conclusion: *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, at paras. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, at paras. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, at paras. 34-35; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, at paras. 37-42 (CanLII).

[112] It is important to remember that *Housen* did not hold that all applications of a legal standard to the facts should be reviewed for palpable and overriding error. As I have discussed, *Housen* recognized that sometimes the analysis will turn on an extricable

pure question de droit et vaut tant pour les contrats types que pour les autres contrats. Bien que l'historique de la négociation ne soit généralement pas pertinent pour de tels contrats, bien d'autres éléments contextuels le sont.

[110] En ce qui concerne maintenant la deuxième raison connexe donnée dans *Sattva*, elle vaut aussi pour l'interprétation des contrats types. Cette seconde raison était que « l'approche historique de l'interprétation contractuelle ne cadre pas bien avec la définition de la pure question de droit formulée dans les arrêts *Housen* et [*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748] » (par. 49). On devrait plutôt considérer que l'interprétation contractuelle pose généralement des questions mixtes de droit et de fait. Comme le juge Rothstein l'a écrit au nom de la Cour, « [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 » (par. 50). Bref, dans *Sattva*, la Cour a intégré le contrôle en appel de l'interprétation d'un contrat au cadre général de contrôle en appel en matière civile établi dans sa jurisprudence relative aux normes de contrôle.

[111] Je ne vois aucune raison de penser que ces principes généraux applicables au contrôle en appel dans toutes les affaires civiles ne devraient pas régir l'interprétation de certains types de contrat. Plusieurs cours d'appel sont parvenues à la même conclusion (*Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, par. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, par. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, par. 34-35; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, par. 37-42 (CanLII)).

[112] Il importe de se rappeler que la Cour n'a pas jugé, dans *Housen*, que toutes les applications d'une norme juridique aux faits devraient être contrôlées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Comme je l'ai mentionné, la Cour a

pure question of law. *Sattva* adopted this holding. Rothstein J. in *Sattva* acknowledged, echoing *Housen*, that it may sometimes be possible to identify an extricable question of law such as the application of incorrect principles, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. I therefore agree with Wagner J. that "*Sattva* should not be read as holding that contractual interpretation is always a question of mixed fact and law": para. 46. *Sattva* was explicit on this point: para. 53.

[113] However, again echoing *Housen*, Rothstein J. warned that courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation; he noted that "the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare": *Sattva*, at para. 55.

B. *The Proposed Exception Does Not Conform to the General Principles of Appellate Review in Civil Cases*

[114] My colleague proposes an "exception" to *Sattva*'s holding: if an appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation itself is of precedential value and there is no meaningful factual matrix specific to the parties to assist the interpretation process, then the interpretation is a question of law and subject to correctness review (para. 46). I do not support the creation of this "exception".

[115] As I have outlined, the general principles of appellate review in civil cases turn on characterizing the nature of the question being reviewed as one of fact, law or mixed law and fact. The distinction between questions of pure law and questions of mixed law and fact turns on where the question is located along a "spectrum of particularity": *Housen*, at para. 28. Questions of law are concerned with general legal propositions: *Housen*, at para. 28,

reconnu dans *Housen* que l'analyse porte parfois sur une pure question de droit isolable, et a fait sienne cette conclusion dans *Sattva*. Le juge Rothstein y a reconnu, en faisant écho à *Housen*, qu'il peut parfois être possible de dégager une question de droit comme l'application d'un mauvais principe ou l'omission d'examiner un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent. Je souscris par conséquent à l'observation du juge Wagner selon laquelle « [l]'arrêt *Sattva* ne devrait pas être interprété comme prescrivant que l'interprétation contractuelle est toujours une question mixte de fait et de droit » (par. 46). L'arrêt *Sattva* était explicite à cet égard (par. 53).

[113] Or, faisant encore une fois écho à *Housen*, le juge Rothstein a prévenu les tribunaux qu'ils devaient faire preuve de prudence en dégageant des questions de droit isolables dans les litiges portant sur l'interprétation d'un contrat; il a fait remarquer que « rares seront les cas où il sera possible de dégager une question de droit de l'exercice d'interprétation » (*Sattva*, par. 55).

B. *L'exception proposée ne respecte pas les principes généraux de contrôle en appel en matière civile*

[114] Mon collègue propose une « exception » à la conclusion tirée dans *Sattva* : si un appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, l'interprétation retenue a valeur de précédent et l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties, l'interprétation constitue alors une question de droit et est assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte (par. 46). Je ne suis pas en faveur de la création de cette « exception ».

[115] Comme je l'ai souligné, les principes généraux de contrôle en appel dans les affaires civiles s'attachent à la qualification de la nature de la question faisant l'objet du contrôle en tant que question de fait, question de droit ou encore question mixte de droit et de fait. La distinction entre les pures questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait dépend de l'endroit où se situe la question sur le « spectre comportant des degrés variables de

citing *Southam*, at para. 37. As stated in *Housen* and repeated in *Sattva*, examples include applying an incorrect principle, failing to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor: *Sattva*, at para. 53.

[116] As I see it, the three elements of the proposed exception do not assist in deciding whether the question is sufficiently general in nature so as to attract correctness review. Whether or not a contract is a standard form does not, as I see it, tell us anything about the degree of generality of the particular interpretative principle in issue in a particular case. The absence of a "factual matrix" is not of much assistance either. All contracts have a context which is important for their interpretation. As I mentioned earlier, aspects of the transaction such as its purpose and the market or industry in which it operates are important for interpreting all contracts, and so is the nature of the allegedly faulty work and the damage allegedly resulting from it. The absence of facts about negotiations does not mean that there are no contextual matters that inform the interpretative process and therefore tend to make it a mixed question of law and fact.

[117] The third element of the proposed exception — whether the interpretation has precedential value — seems to me to simply ask the critical question, which is concerned with the level of generality of a legal principle, in a different and unhelpful way. Questions of law are reviewed on appeal for correctness because the decisions on such questions have precedential value: these sorts of decisions ensure uniformity among similar cases and serve the law-making function of appellate courts (*Housen*, at paras. 8-9). The more general the principle, the more the precedential value. To ask the question in terms of precedential value rather than the generality of the legal principle in issue seems to me to simply pose the key question in a different way and in one that simply sends the

particularité » (*Housen*, par. 28). Les questions de droit concernent des propositions juridiques générales (*Housen*, par. 28, citant *Southam*, par. 37). Comme la Cour l'a dit dans *Housen* et répété dans *Sattva*, une erreur de droit peut consister, par exemple, à appliquer le mauvais principe ou à négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent (*Sattva*, par. 53).

[116] À mon avis, les trois éléments de l'exception proposée n'aident pas à décider si la question est de nature suffisamment générale pour appeler un contrôle selon la norme de la décision correcte. J'estime que le point de savoir si un contrat est ou non un contrat type ne nous permet de tirer aucune conclusion sur le degré de généralité du principe d'interprétation particulier en cause dans une affaire donnée. L'absence de « fondement factuel » n'est pas non plus d'un grand secours. Tous les contrats ont un contexte qui est important pour leur interprétation. Comme je l'ai mentionné précédemment, des aspects de l'opération comme son objet et l'industrie ou le marché dans lequel elle a lieu sont importants pour interpréter tous les contrats. Il en va de même de la nature du travail qui aurait été mal exécuté et du dommage qui en découlerait. L'absence de faits se rapportant aux négociations ne signifie pas qu'il n'y a aucun élément contextuel éclairant l'exercice d'interprétation, ce qui, par conséquent, tend à indiquer que cette interprétation serait une question mixte de droit et de fait.

[117] Selon moi, le troisième élément de l'exception proposée — le point de savoir si l'interprétation a valeur de précédent — pose simplement de façon différente et peu utile la question cruciale, qui a trait au niveau de généralité du principe juridique. Les questions de droit sont contrôlées en appel selon la norme de la décision correcte parce que les décisions sur ces questions ont valeur de précédent : les décisions de ce genre garantissent l'uniformité entre les affaires similaires et permettent aux cours d'appel d'accomplir leur fonction d'élaboration du droit (*Housen*, par. 8-9). Plus le principe est général, plus sa valeur comme précédent est grande. Poser la question sous l'angle de la valeur de précédent plutôt que du caractère général du principe juridique en cause équivaut, à mon sens, à poser simplement la

analysis back to the question of degree of generality.

[118] As my colleague's interpretive analysis shows, there are important contextual elements — surrounding circumstances — that inform how the text should be applied to the facts. This is not a case where there are no such contextual factors to consider. Focusing on the question of the generality of the legal principle in issue, I do not see a good case for correctness review on that basis either.

[119] The question this case raises, boiled down to its essentials, is this: Is the cost of replacing a window that was scratched by a window cleaner while cleaning it the "cost of making good faulty workmanship" (which is excluded from insurance coverage) or the cost of repairing "physical damage [that] results" from faulty workmanship (which is covered)? The answer proposed by Wagner J. is that it is the cost of repairing the physical damage, because the exclusion applies only to the cost of redoing the faulty work, in this case, recleaning the windows: para. 5. The legal principle is that "making good faulty workmanship" means "the cost of redoing the faulty work". However, this principle does not seem to me to operate at a very high level of generality.

[120] Applying the principle turns on two considerations: the scope of the "faulty work" and the nature of "redoing" it. We could say that the window cleaners' faulty work did not require them to install windows in good condition: para. 81. But this seems to me to be the assertion of the conclusion rather than a reason for it. Presumably, the window cleaners' work was to clean the windows without destroying them; if their faulty work destroyed the windows, why should we say that "redoing" their work does not involve replacing the windows? In short, I am not convinced the principle that the exclusion only relates to "the cost of redoing the faulty

question fondamentale d'une manière différente qui fait uniquement porter l'analyse sur la question du degré de généralité.

[118] Comme le démontre l'analyse interprétative de mon collègue, il existe d'importants éléments contextuels — circonstances — qui nous renseignent sur la façon dont le texte devrait être appliqué aux faits. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où il n'existe pas de tels facteurs contextuels à prendre en considération. En axant mon examen sur le caractère général du principe juridique en cause, je n'estime pas non plus qu'il est justifié de procéder à un contrôle en fonction de la norme de la décision correcte sur cette base.

[119] Ramenée à l'essentiel, la question soulevée en l'espèce est la suivante : le coût de remplacement d'une fenêtre égratignée par un laveur de vitres pendant qu'il était en train de la nettoyer équivaut-il aux « frais engagés pour remédier à une malfaçon » (qui sont exclus de la couverture) ou au coût de la réparation des « dommages matériels [qui] découl[ent] » de la malfaçon (lesquels sont couverts)? La réponse proposée par le juge Wagner est la suivante : il s'agit du coût de la réparation des dommages matériels parce que l'exclusion ne vise que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l'occurrence un nouveau nettoyage des fenêtres (par. 5). Selon le principe juridique, l'expression « remédier à une malfaçon » s'entend « du coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ». Toutefois, ce principe ne me semble pas atteindre un très haut niveau de généralité.

[120] L'application du principe repose sur deux considérations : l'étendue de la « malfaçon » et la nature de sa « nouvelle exécution ». On pourrait avancer que la malfaçon des laveurs de vitres ne les obligeait pas à installer des fenêtres en bon état (par. 81). Cette affirmation me semble toutefois être l'énoncé de la conclusion plutôt que son fondement. On peut présumer que le travail des laveurs de vitres consistait à nettoyer les fenêtres sans les détruire; si, par leur malfaçon, ils ont détruit celles-ci, pourquoi devrait-on dire que la « nouvelle exécution » de leur travail n'implique pas le remplacement des fenêtres? En somme, je ne suis pas convaincu que le principe

work" can operate at a very high level of generality. Rather, its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case.

[121] The extensive jurisprudence cited to us tends to confirm the view that it is difficult to define the scope of the exclusion in general terms. The line basically has to be drawn on a case-by-case basis. For example, in *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (Nfld. C.A.), a contractor was hired by the appellants to construct the framework of a house. Shortly after the contractor completed its contract, the framework was damaged by high winds and, as a result, the house had to be substantially demolished and rebuilt: para. 2. It was uncontested that the loss was caused by the failure of the contractor to install temporary bracing.

[122] The trial judge held that the loss was caused by faulty or improper workmanship and was an excluded peril under clause 9(a) of the appellants' insurance policy with the respondent company. He rejected the appellants' contention that the exclusion clause should be limited to the cost of remedying the improper installation of permanent or temporary bracing: *Greene*, at para. 3.

[123] The Court of Appeal confirmed the trial decision, holding that "the defective or inadequate bracing was to stabilize the house during construction and the resulting accident caused the destruction of that house. I see no error in the decision of the trial judge that the loss suffered by the appellants was the cost of making good faulty or improper workmanship, not 'resultant damage', nor in his analysis of the applicable case law": *Greene*, at para. 16. As I see it, the analysis of this case could easily have gone a different way. The court could have held, as we do in this case, that because the contractor was only responsible for constructing the framework of the house, the exclusion should only be the cost of

selon lequel l'exclusion vise uniquement le « coût de la nouvelle exécution du travail défectueux » peut atteindre un très haut niveau de généralité. Les tribunaux décideront plutôt de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire.

[121] La jurisprudence abondante qui nous a été citée tend à confirmer l'opinion selon laquelle il est difficile de cerner l'étendue de l'exclusion en termes généraux. La ligne doit essentiellement être tracée au cas par cas. Par exemple, dans *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (C.A. T.-N.), un entrepreneur avait été engagé par les appelants pour construire la charpente d'une maison. Peu après que l'entrepreneur eut mené à terme l'exécution de son contrat, la charpente en question a été endommagée par des vents violents. La maison a donc dû être démolie et reconstruite en grande partie (par. 2). Nul ne conteste que la perte était imputable à l'omission de l'entrepreneur d'installer un contreventement temporaire.

[122] Le juge de première instance a statué que la perte résultait d'une malfaçon ou d'un travail défectueux et constituait un risque exclu aux termes de la clause 9a) de la police d'assurance à laquelle les appelants avaient souscrit auprès de la société intimée. Il a rejeté la prétention des appelants selon laquelle la clause d'exclusion devrait viser uniquement les frais engagés pour remédier à l'installation défectueuse d'un contreventement temporaire ou permanent (*Greene*, par. 3).

[123] La Cour d'appel a confirmé la décision de première instance, affirmant que [TRADUCTION] « le contreventement défectueux ou inadéquat devait stabiliser la maison pendant la construction et l'accident qui en a résulté a causé la destruction de cette maison. Je ne relève aucune erreur ni dans la conclusion du juge de première instance que la perte subie par les appelants équivalait aux frais engagés pour remédier à la malfaçon ou au travail défectueux, et non aux "dommages en découlant", ni dans son analyse de la jurisprudence applicable » (*Greene*, par. 16). À mon avis, l'analyse de cette affaire aurait pu facilement donner un résultat différent. La cour aurait pu décider, tout comme nous

redoing the framework of the house, and not the cost of fixing damages to the whole house.

[124] Other examples include *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (Sask. C.A.), where a subcontractor was hired to build and install roof trusses and partially damaged the trusses due to faulty erection procedures. Although the faulty workmanship occurred during the erection procedures, the cost of replacing the trusses themselves ended up also not being covered because the court considered it would be making good faulty workmanship. In *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), the contractual obligation of the contractor responsible for the damage was to install a power-generating boiler. As part of the installation, the plaintiff requested that the contractor perform an acid wash on the boiler. The acid wash ultimately damaged the tubing and the court held that the cost of making good improper workmanship was not only the cost of rewashing the tubing, but also to replace it: para. 37.

[125] I conclude that there are important surrounding circumstances that inform the interpretation of standard form contracts and that the legal principle is not of much precedential value. In short, the issue here involves applying a legal standard to a set of facts and did not give rise to any extricable question of law.

C. *The Merits of the Appeals*

[126] I agree in substance with the trial judge's analysis and conclusion: 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5494. Clackson J. made no legal error because he properly described and applied the Court's decision in *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

en l'espèce, que, comme l'entrepreneur n'était responsable que de la construction de la charpente de la maison, l'exclusion ne devrait viser que le coût de la nouvelle charpente de la maison, et non les frais engagés pour remédier aux dommages causés à l'ensemble de la maison.

[124] On peut également citer d'autres exemples telle l'affaire *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co*. (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Sask.), où un sous-traitant avait été engagé pour fabriquer et installer des fermes de toit. Or, il a partiellement endommagé les fermes parce qu'il avait employé une mauvaise méthode d'installation. Bien que la malfaçon ait eu lieu à l'étape de l'installation, le coût de remplacement des fermes elles-mêmes a finalement été exclu lui aussi parce que la cour a considéré qu'un tel remplacement équivaudrait à remédier à une malfaçon. Dans *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), l'obligation contractuelle de l'entrepreneur responsable du dommage consistait à installer une chaudière génératrice de courant. Dans le cadre de ce contrat, le demandeur a demandé à l'entrepreneur de nettoyer la chaudière à l'acide. Ce nettoyage a endommagé la tuyauterie. La cour a statué que les frais engagés pour remédier à la malfaçon représentaient non seulement le coût d'un nouveau nettoyage de la tuyauterie, mais aussi le coût de son remplacement (par. 37).

[125] Je conclus qu'il existe des circonstances importantes qui nous éclairent sur l'interprétation des contrats types et que le principe juridique n'a pas une grande valeur comme précédent. Bref, le litige en l'espèce porte sur l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et il n'a posé aucune question de droit isolable.

C. *Le bien-fondé des pourvois*

[126] Je souscris pour l'essentiel à l'analyse et à la conclusion du juge de première instance (2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5494). Le juge Clackson n'a commis aucune erreur de droit parce qu'il a correctement décrit et appliqué l'arrêt *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

[127] The trial judge considered the competing interpretations of the relevant policy provisions. The insureds' position was that excluding the cost of "making good" faulty cleaning simply excludes the cost of redoing the cleaning properly. The insurers' position was that "making good" faulty cleaning extends to the damage done by the faulty cleaning. The trial judge found that both of these interpretations were reasonable as the policy did not clearly suggest one alternative over the other. The judge then took into consideration the general rules of contract construction: he looked at the context, the language of the contract, as well as the nature and purpose of an all risks policy, which helped him to determine the reasonable expectations of the parties. It remains that, according to him, these rules did not produce a clear result. He therefore applied the *contra proferentem* principle, interpreted the clause against the insurers and held that the exclusion did not apply. I see no reviewable error in this analysis.

III. Disposition

[128] I would allow the appeals, set aside the order of the Court of Appeal (2015 ABCA 121, 599 A.R. 363) and restore the order of the trial judge with costs to the appellants throughout.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant Ledcor Construction Limited: Supreme Advocacy, Ottawa; Stacey Boothman, Vancouver.

Solicitors for the appellant Station Lands Ltd.: Dentons Canada, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

[127] Le juge de première instance a examiné les interprétations opposées des dispositions pertinentes de la police. Les assurées faisaient valoir qu'en excluant les frais engagés pour « remédier » au nettoyage défectueux, on excluait simplement le coût d'un nouveau nettoyage adéquat. Les assureurs soutenaient quant à eux que le fait de « remédier » au nettoyage défectueux s'étendait aux dommages causés par ce nettoyage. Le juge de première instance a conclu que ces deux interprétations étaient raisonnables puisque la police ne privilégiait clairement aucune de ces interprétations aux dépens de l'autre. Le juge a ensuite pris en considération les règles générales d'interprétation des contrats et examiné le contexte, le libellé du contrat ainsi que la nature et l'objet d'une police d'assurance tous risques, ce qui l'a aidé à établir les attentes raisonnables des parties. Par contre, il a estimé que ces règles ne conduisaient pas à un résultat clair. Il a donc appliqué le principe *contra proferentem*, soit interprété la clause contre les assureurs, et jugé que l'exclusion ne s'appliquait pas. Je ne décèle aucune erreur susceptible de révision dans cette analyse.

III. Dispositif

[128] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel (2015 ABCA 121, 599 A.R. 363) et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance avec dépens en faveur des appelantes devant toutes les cours.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelante Ledcor Construction Limited : Supreme Advocacy, Ottawa; Stacey Boothman, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Station Lands Ltd. : Dentons Canada, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs des intimées : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Igloo Vikski Inc. *Respondent*

Indexed as: Canada (Attorney General) *v.* Igloo Vikski Inc.

2016 SCC 38

File No.: 36258.

2016: March 29; 2016: September 29.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Customs and excise — International trade — Tariff classification of goods — Importation of hockey gloves — Whether goods should be classified as "gloves, mittens and mitts" or "other articles of plastics and articles of other materials" under Harmonized Commodity Description and Coding System — Whether Canadian International Trade Tribunal's interpretation and application of Rules 1 and 2 of General Rules for Interpretation of Harmonized System were reasonable — Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System.

The importer arranged to import hockey gloves made of textiles and plastics, bound together by stitching. The Canada Border Services Agency classified five models of gloves as "gloves, mittens and mitts" under tariff item No. 6216.00.00 of the Harmonized Commodity Description and Coding System ("Harmonized System"), incorporated into the Schedule to the *Customs Tariff*. The remaining model was classified under tariff item No. 3926.20.92 as "other articles of plastics".

The Canadian International Trade Tribunal ("CITT" or "Tribunal") dismissed the importer's appeal, concluding that the gloves were classifiable as "gloves, mittens and mitts". The Federal Court of Appeal, however, allowed

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Igloo Vikski Inc. *Intimée*

Répertorié : Canada (Procureur général) *c.* Igloo Vikski Inc.

2016 CSC 38

N° du greffe : 36258.

2016 : 29 mars; 2016 : 29 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Douanes et accise — Commerce international — Classement de marchandises en vue de la détermination du tarif — Importation de gants de hockey — Les marchandises doivent-elles être classées comme des « gants, mitaines et moufles » ou comme « autres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières » en application du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises? — L'interprétation et l'application par le Tribunal canadien du commerce extérieur des Règles 1 et 2 des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé étaient-elles raisonnables? — Tarif des douanes, L.C. 1997, c. 36, annexe, Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé.

L'importateur a pris des arrangements pour importer des gants de hockey confectionnés de matières textiles et plastiques cousues ensemble. L'Agence des services frontaliers du Canada a classé cinq modèles de gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00, à savoir « gants, mitaines et moufles », du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (le « Système harmonisé »), qui figure en annexe au *Tarif des douanes*. L'autre modèle a été classé dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir « autres ouvrages en matières plastiques ».

Le Tribunal canadien du commerce extérieur (le « TCCE » ou le « Tribunal ») a rejeté l'appel interjeté par l'importateur et est arrivé à la conclusion que les gants devaient être classés comme des « gants, mitaines et

the importer's appeal and remitted the matter back to the CITT.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The tariff classification exercise begins with Rule 1 of the General Rules for the Interpretation of the Harmonized System, which directs that the classification of goods must initially be determined with reference only to the headings within a chapter, as well as any applicable Section or Chapter Notes. Where the goods are unfinished or where they are comprised of a mix of materials or substances, Rule 2 is applied in conjunction with Rule 1 to determine the *prima facie* classification of such goods. Rule 2(a) deems unfinished goods to be finished goods, and directs that they be classified using Rule 1 as if they were goods in a complete or finished state. Rule 2(b) applies where a good consists of a mixture of more than one substance, and states that a reference to goods of a given material or substance in a heading shall be taken to include goods consisting wholly or partly of such material or substance. If, having applied Rules 1 and 2, the good is *prima facie* classifiable under only one heading, then the inquiry ends and the good is classified under that heading. If, however, the good is *prima facie* classifiable under more than one heading, then Rule 3 applies, by operation of Rule 2(b), to resolve the classification dispute. If the application of Rules 1, 2 and 3 does not lead to the classification of a good under a single heading, Rules 4, 5 and 6 are applied to determine the classification of the good.

While the General Rules are commonly described as cascading in nature, this metaphor does not quite capture how the General Rules are to be applied. It is more helpful to understand that order as a function of a hierarchy rather than a cascade. Rule 1 does not lose all relevance where Rule 2 is applied. Where Rule 2 applies, it applies together with Rule 1 to identify the heading(s) under which an incomplete or composite good can be *prima facie* classified.

The CITT concluded that the gloves were not classifiable under heading 39.26 using Rule 1 because they were not made by sewing or sealing sheets of plastic together, as directed by the Explanatory Note to heading 39.26 of the *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System*. The CITT found that the gloves met the description of heading 62.16 using Rule 1. Since the gloves contained plastic padding that was more than mere trimming, the CITT applied Rule 2(b) of

moufles ». La Cour d'appel fédérale a cependant accueilli l'appel interjeté par l'importateur et renvoyé l'affaire au TCCE.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : L'appel est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : L'exercice de classement commence par la Règle 1 des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé, suivant laquelle le classement des marchandises se fait initialement selon les termes des positions d'un chapitre, ainsi que de toute Note de Section ou de Chapitre applicable. Dans le cas d'un article non fini ou fait d'un mélange de matières, il faut appliquer la Règle 2 en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position dans laquelle la marchandise paraît devoir être classée. La Règle 2a) assimile l'article non fini à l'article fini et dispose qu'il est classé en application de la Règle 1 comme s'il s'agissait d'un article complet ou fini. La Règle 2b) s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer le classement d'un article fait d'un mélange de matières. Elle dispose que la mention dans une position d'ouvrages en une matière déterminée se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière. Si l'application des Règles 1 et 2 aboutit à une seule position, l'article est classé dans cette position et l'analyse prend fin. Or, si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d'une position, il faut appliquer la Règle 3, comme le prévoit la Règle 2b), pour résoudre le conflit. Si l'application des Règles 1, 2 et 3 n'aboutit pas au classement d'un article dans une seule position, il faut appliquer les Règles 4, 5 et 6 pour déterminer le classement de la marchandise.

Si on dit couramment des Règles générales qu'elles sont structurées en cascade, cette métaphore ne décrit pas vraiment la manière dont les Règles s'appliquent. L'ordre relève plus de la hiérarchie que de la cascade. La Règle 1 n'est pas écartée par l'application de la Règle 2. Dans les cas où la Règle 2 s'applique, c'est en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position ou les positions dans lesquelles un article incomplet ou composite paraît devoir être classé.

Le TCCE a conclu que les gants ne pouvaient être classés dans la position 39.26 par application de la Règle 1, car ils n'étaient pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, comme le prévoit la Note explicative accompagnant la position 39.26 des *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*. Le TCCE est arrivé à la conclusion que les gants répondaient aux termes de la position 62.16 par application de

the General Rules, as directed by the Explanatory Note to heading 62.16, which led the CITT to extend the scope of the heading in order to classify the goods as "gloves, mittens and mitts".

The Federal Court of Appeal found that the CITT had misinterpreted the General Rules by requiring that the goods must meet the description of a heading by applying Rule 1 before Rule 2(b) can be used to extend that heading to cover goods made of mixed substances. Once the CITT concluded that the goods did not meet the description of the heading in 39.26, it should have applied Rule 2(b) of the General Rules to extend that heading to cover the gloves. Then, because the goods were *prima facie* classifiable under both headings 39.26 and 62.16, Rule 3 should have been employed to determine the proper classification of the gloves.

In concluding that the CITT misapplied the General Rules, the Federal Court of Appeal misapprehended their structure. It did not appreciate the conjunctive nature of the application of Rules 1 and 2 to a determination of the heading(s) under which a good is *prima facie* classifiable. Further, the Federal Court of Appeal erred in supposing that Rule 2(b) can be applied to extend the scope of a heading to include a particular good where no part of that good falls within the heading. While Rule 2(b) deems a reference in a heading to a material to include a mixture of that material with other substances, the Section, Chapter Notes, and Explanatory Notes still apply when classifying that good as if it were made exclusively of the material referenced by the heading. Read as a whole, the CITT's decision was reasonable. The CITT neither misapplied the General Rules, nor interpreted heading 39.26 and its Explanatory Note in an unreasonable manner.

Per Côté J. (dissenting): The Tribunal's decision falls well outside the range of reasonable interpretations. It contradicts the cascading nature of the General Rules, it is internally contradictory, and it interprets the Explanatory Notes in a manner that is irreconcilable with their words.

While the standard of review of reasonableness is applicable here, this appeal deals with the interpretation of a statute that was enacted to implement the *International Convention on the Harmonized Commodity Description*

la Règle 1. Le TCCE, estimant que les gants comportaient du rembourrage en plastique qui excédait le rôle de simples garnitures, a appliqué la Règle 2b) des Règles générales, comme le prévoit la Note explicative accompagnant la position 62.16, ce qui l'a mené à étendre la portée de la position de manière à classer les marchandises comme des « gants, mitaines et moufles ».

La Cour d'appel fédérale a conclu que le TCCE avait mal interprété les Règles générales en exigeant que les articles répondent aux termes d'une position en application de la Règle 1 avant que n'intervienne la Règle 2b) pour étendre la portée de cette position de manière à y inclure les matières mélangées. Le TCCE, après avoir déterminé que les marchandises ne correspondaient pas aux termes de la position 39.26, aurait dû appliquer la Règle 2b) des Règles générales pour étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants. Ensuite, comme les marchandises paraissaient devoir être classées dans deux positions, soit 39.26 et 62.16, il aurait fallu appliquer la Règle 3 pour déterminer le classement des gants.

En concluant que le TCCE avait mal appliqué les Règles générales, la Cour d'appel fédérale a mal saisi l'économie de ces Règles. Elle n'a pas compris que les Règles 1 et 2 doivent être appliquées en tandem lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle position un article paraît devoir être classé. En outre, la Cour d'appel fédérale a fait erreur en supposant que la Règle 2b) s'applique pour étendre la portée d'une position de manière à y inclure un article dont aucune partie ne peut y être classée. Si aux termes de la Règle 2b) la mention d'une matière dans une position est assimilée à la mention de cette matière mélangée ou associée à d'autres matières, il demeure que les Notes de Sections ou de Chapitres et les Notes explicatives s'appliquent au classement de l'article comme s'il était constitué à l'état pur de la matière mentionnée dans la position. Globalement, la décision du TCCE était raisonnable. Le TCCE n'a pas mal appliqué les Règles générales ni donné au libellé de la position 39.26 et à sa Note explicative une interprétation déraisonnable.

La juge Côté (dissidente) : La décision du Tribunal ne fait aucunement partie des interprétations raisonnables. Elle va à l'encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales, elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des Notes explicatives une lecture qui est incompatible avec leur libellé.

Bien que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique en l'espèce, la présente affaire porte sur l'interprétation de la loi de mise en œuvre de la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation*

and Coding System. Given the *Convention* parties' intention of creating a uniform classification scheme, the range of reasonable statutory interpretations in this context is narrow.

First, the Tribunal erred by requiring as a condition to the application of Rule 2(b) that the goods must first meet the description in the heading pursuant to Rule 1. The distinction between a conjunctive or hierarchical application of the General Rules as opposed to a cascading application is, in this case, irrelevant. A good does not need to first meet the description in a heading pursuant to Rule 1 in order for Rule 2(b) to apply. Such a reading is inconsistent with the text of Rule 2(b). It is precisely because certain goods consisting of more than one material or substance cannot be classified under a heading using Rule 1 alone that Rule 2(b) applies. The function of Rule 2(b) is to extend headings referring to a material under Rule 1 to include goods that are composed only partly of the material.

Second, the Tribunal failed to apply Rules 1 and 2(b) consistently to headings No. 39.26 and No. 62.16. The Tribunal had to apply Rule 2(b) in order for heading No. 62.16 to apply to the gloves since the gloves included plastic that constituted more than mere trimming. Therefore, Rule 1 alone was not sufficient to classify the gloves in heading No. 62.16 nor in any heading, and the Tribunal had to resort to Rule 2(b). In this context, the Tribunal's refusal to apply Rules 1 and 2(b) consistently to both headings No. 39.26 and No. 62.16 is internally contradictory and therefore unreasonable.

Third, the Tribunal's interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26 is unreasonable. While the Explanatory Note contains non-exhaustive language, the Tribunal concluded that heading No. 39.26 only includes articles of plastics that are made by "sewing or sealing sheets of plastics". Such a restrictive interpretation was contrary to both an ordinary and contextual reading of the Explanatory Note.

Cases Cited

By Brown J.

Referred to: *Miller v. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966; *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services*

et de codification des marchandises. Compte tenu de l'intention des parties à la *Convention* à l'égard de la création d'un régime uniforme de classement, le nombre d'interprétations raisonnables est par conséquent limité.

Premièrement, le Tribunal a exigé à tort comme prérequis que les marchandises satisfassent d'abord à la description de la position, conformément à la Règle 1, pour que la Règle 2b) s'applique. La distinction entre une application conjonctive ou hiérarchique des Règles générales et une application dite « en cascade » importe peu en l'espèce. Une marchandise ne doit pas, pour que la Règle 2b) s'applique, satisfaire d'abord aux termes de la position pour le classement en fonction de la Règle 1. Une telle lecture est incompatible avec le libellé de la Règle 2b). C'est précisément parce que certaines marchandises faites d'un mélange de matières ou de substances ne peuvent être classées dans une position en fonction de la Règle 1 seule que la Règle 2b) s'applique. La Règle 2b) a pour fonction d'élargir la portée des positions qui mentionnent une matière de sorte qu'elles puissent servir au classement, en fonction de la Règle 1, de marchandises constituées partiellement de cette matière.

Deuxièmement, le Tribunal n'a pas appliqué les Règles 1 et 2b) de manière uniforme aux positions n^{os} 39.26 et 62.16. Le Tribunal devait appliquer la Règle 2b) pour que les gants puissent être classés dans la position n^{o} 62.16 puisque ceux-ci comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures. Par conséquent, la Règle 1 ne pouvait être appliquée seule pour le classement des gants dans la position n^{o} 62.16 ni dans aucune autre position, et le Tribunal a dû recourir à la Règle 2b). Dans ce contexte, le refus du Tribunal d'appliquer les Règles 1 et 2b) de manière uniforme aux positions n^{os} 39.26 et 62.16 est intrinsèquement contradictoire et donc déraisonnable.

Troisièmement, l'interprétation par le Tribunal de la Note explicative accompagnant la position n^{o} 39.26 est déraisonnable. Même si la Note explicative est rédigée en termes non exhaustifs, le Tribunal a conclu que la position n^{o} 39.26 ne vise que les articles confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles ». Une telle interprétation restrictive est contraire tant à une interprétation selon le contexte qu'à une interprétation selon le sens ordinaire des mots de la Note explicative.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêts mentionnés : *Miller c. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966; *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada*

Agency, President) (2011), 15 T.T.R. (2d) 336; *Minister of National Revenue v. Yves Ponroy Canada* (2000), 259 N.R. 38; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 FCA 45, 469 N.R. 313; *Canada (Border Services Agency) v. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 FCA 3, 456 N.R. 174; *Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FCA 153; *Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, rev'd 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572; *Helly Hansen Leisure Canada Inc. v. Canada Border Services Agency*, 2009 FCA 345, 397 N.R. 323; *Canada Customs and Revenue Agency v. Agri Pack*, 2005 FCA 414, 345 N.R. 1; *Funtastic Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528; *Canada Border Services Agency v. Outils Gladu Inc.*, 2009 FCA 215, 393 N.R. 58; *Rona Corporation Inc. v. Canada (Border Services Agency)* (2008), 12 T.T.R. (2d) 295; *Primaplas Pty. Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029.

By Côté J. (dissenting)

Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc. (1999), 240 N.R. 381; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President)* (2011), 15 T.T.R. (2d) 336; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029.

Statutes and Regulations Cited

Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 59(1)(a), 60(1).

Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, ss. 10(1), 11, Schedule, General Rules for the Interpretation of the Harmonized System; tariff items 0302.13.40, 3926.20.92, 6216.00.00, 9506.99.90.

Border Services Agency, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.); *Canada (Ministre du Revenu national) c. Yves Ponroy Canada*, 2000 CanLII 15801; *Cycles Lambert Inc. c. Canada Border Services Agency*, 2015 CAF 45; *Canada (Agence des services frontaliers) c. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 CAF 3; *Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CAF 153; *Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, inf. par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572; *Helly Hansen Leisure Canada Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 345; *Canada (Agence des douanes et du revenu) c. Agri Pack*, 2005 CAF 414; *Funtastic Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528; *Outils Gladu Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 215; *Rona Corporation Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2008 CanLII 13335; *Primaplas Pty. Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc., 1999 CanLII 7719; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Services Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.); *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029.

Lois et règlements cités

Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, c. 1 (2e suppl.), art. 59(1)a), 60(1).

Tarif des douanes, L.C. 1997, c. 36, art. 10(1), 11, annexe, Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé; nos tarifaires 0302.13.40, 3926.20.92, 6216.00.00, 9506.99.90.

Treaties and Other International Instruments

International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System, Can. T.S. 1988 No. 38.
Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, art. 31.

Authors Cited

Dryden, Ken. *The Game*. Toronto: Macmillan of Canada, 1983.
Phipson on Evidence, 15th ed. by Howard M. N. et al. London: Sweet & Maxwell, 2000.
Prabhu, Mohan. *Canada's Laws on Import and Export: An Overview*. Toronto: Irwin Law, 2014.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
World Customs Organization. *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System*, 5th ed. Brussels: Customs Co-operation Council, 2012.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Near and Scott JJ.A.), 2014 FCA 266, [2014] F.C.J. No. 1134 (QL), 2014 CarswellNat 4603 (WL Can.), setting aside a decision of the Canadian International Trade Tribunal, 2013 CanLII 4408, [2013] C.I.T.T. No. 4 (QL), 2013 CarswellNat 6770 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Jan E. Brongers and *Michael Taylor*, for the appellant.

Michael Kaylor and *Jennifer Klinck*, for the respondent.

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

BROWN J. —

I. Introduction

[1] In wintertime ice hockey is the delight of everyone.[1] Across the country, countless players of

[1] "In summertime village cricket is the delight of everyone" (*Miller v. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966 (C.A.), at p. 976, per Lord Denning M.R.).

Traités et autres instruments internationaux

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 nº 37, art. 31.
Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises, R.T. Can. 1988 nº 38.

Doctrine et autres documents cités

Dryden, Ken. *The Game*, Toronto, Macmillan of Canada, 1983.
Organisation mondiale des douanes. *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, 5e éd., Bruxelles, Conseil de coopération douanière, 2012.
Phipson on Evidence, 15th ed. by Howard M. N. et al., London, Sweet & Maxwell, 2000.
Prabhu, Mohan. *Canada's Laws on Import and Export : An Overview*, Toronto, Irwin Law, 2014.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Near et Scott), 2014 CAF 266, [2014] A.C.F. nº 1134 (QL), 2014 CarswellNat 6196 (WL Can.), qui a annulé une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, 2013 CanLII 4408, [2013] T.C.C.E. nº 4 (QL), 2013 CarswellNat 6771 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Jan E. Brongers et *Michael Taylor*, pour l'appelant.

Michael Kaylor et *Jennifer Klinck*, pour l'intimée.

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

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] L'hiver, le hockey fait la joie des petits et des grands[1]. Chaque jour, d'un bout à l'autre du pays,

[1] [TRADUCTION] « En été, les parties de cricket au village font la joie des petits et des grands » (*Miller c. Jackson*, [1977] 1 Q.B. 966 (C.A.), p. 976, le lord Denning, maître des rôles).

all ages take to ice rinks and frozen ponds daily to shoot pucks at the net. Often the puck is stopped or turned aside by a goaltender blocking it with a blocker or catching it with a catcher. This is notoriously difficult business.[2] The goaltender's attention must remain fixed on the play, and not on off-ice matters. His or her focus must not drift to thoughts of the crowd, missed shots or taunts from opponents. And, certainly, the goaltender should strain to avoid being distracted by the question before the Court in this appeal — being whether, for customs tariff classification purposes, he or she blocks and catches the puck with a "glove, mitten or mitt", or with an "article of plastics".

[2] Having considered this question, the Canadian International Trade Tribunal ("CITT") concluded that certain blockers and catchers imported by the respondent Igloo Vikski Inc. were each classifiable as a "glove, mitten or mitt". The Federal Court of Appeal, however, held that those blockers and catchers are also classifiable, *prima facie*, as "articles of plastics". It referred the matter back to the CITT so that it could apply what the Court of Appeal considered the appropriate analysis for resolving duplicative *prima facie* classifications. For the reasons that follow, I am of the respectful view that, in so doing, the Federal Court of Appeal erred. I would therefore allow the appeal and restore the decision of the CITT.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background*

(1) Canada's System of Tariff Classification

[3] This appeal presents the Court's first opportunity to consider the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, which implements Canada's obligations as a party to the *International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding*

[2] Ken Dryden, *The Game* (1983).

d'innombrables joueurs de tous âges profitent des patinoires et étangs gelés pour s'exercer à lancer la rondelle dans le filet. Souvent, le disque est arrêté ou dévié de sa trajectoire par un gardien à l'aide d'un gant bloqueur ou d'un gant attrape-rondelle. Comme on le sait, ce n'est pas une mince affaire[2]. Le gardien doit se concentrer sur le jeu, et non sur ce qui se passe de l'autre côté de la bande. Il ne doit penser ni à la foule, ni aux tirs ratés, ni aux provocations des joueurs de l'équipe adverse. Et, certainement, il ne devrait pas se laisser distraire par la question dont la Cour est saisie en l'espèce, à savoir si, aux fins du classement visant à déterminer le tarif des douanes applicable, il utilise des « gants, des mitaines ou des moufles » ou des « matières plastiques » pour arrêter les tirs.

[2] Le Tribunal canadien du commerce extérieur (« TCCE ») est arrivé à la conclusion que certains gants bloqueurs et gants attrape-rondelles importés par Igloo Vikski Inc., intimée en l'espèce, devaient être classés comme des « gants, mitaines ou moufles ». Cependant, la Cour d'appel fédérale a conclu que ces articles paraissaient également devoir être classés comme des « matières plastiques ». Elle a renvoyé l'affaire au TCCE pour qu'il applique ce qui, selon elle, constituait la bonne analyse pour trancher les cas de marchandises qui paraissent devoir être classées dans plus d'une position. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel fédérale a fait erreur. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision du TCCE.

II. Résumé des faits et de l'instance

A. *Contexte*

(1) Système canadien de classement pour l'application du tarif douanier

[3] Le présent pourvoi donne pour la première fois l'occasion à la Cour d'examiner le *Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36, qui met en œuvre les obligations du Canada comme partie à la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et*

[2] Ken Dryden, *The Game* (1983).

System, Can. T.S. 1988 No. 38. The *Convention* governs the Harmonized Commodity Description and Coding System (the "Harmonized System") by which approximately 5,000 commodity groups of imported goods are classified.

[4] The Harmonized System was developed by the World Customs Organization, an intergovernmental body of which Canada is a member. To foster stability and predictability in classification practices internationally, it is used as a standard tariff classification system by all parties to the *Convention*, including Canada: see *Customs Tariff*, s. 10(1) and the Schedule thereto. At the same time, it permits states parties to set their own rates of duty on those goods in conformance to their individual international trade obligations: M. Prabhu, *Canada's Laws on Import and Export: An Overview* (2014), at p. 79.

[5] The Harmonized System uses an eight-digit classification system for tariff classifications, which is incorporated into the Schedule to the *Customs Tariff*. That system proceeds, within sections of the Schedule, from general to specific classifications via chapters, headings, subheadings and tariff items. For example, within Section I ("Live Animals; Animal Products") is found the eight-digit tariff item No. 0302.13.40, applicable to fresh or chilled sockeye salmon. The first two digits of that tariff item (03) denote the item as falling within Chapter 3 ("Fish and Crustaceans, Molluscs and Other Aquatic Invertebrates"); the first four digits (03.02) denote the heading ("Fish, fresh or chilled, excluding fish fillets . . ."); the first six digits (0302.13) denote the subheading ("Pacific Salmon"); and the full eight-digit tariff item denotes the specific good ("Sockeye").

[6] The Schedule to the *Customs Tariff* also contains "General Rules for the Interpretation of the Harmonized System". Section 10(1) of the *Customs Tariff* directs that "the classification of imported goods under a tariff item shall, unless otherwise

de codification des marchandises, R.T. Can. 1988 nº 38. La *Convention* régit le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (le « Système harmonisé ») qui préside au classement d'environ 5000 groupes de marchandises importées.

[4] Conçu par l'Organisation mondiale des douanes, un organisme intergouvernemental auquel le Canada a adhéré, le Système harmonisé favorise la stabilité et la prévisibilité en matière de classement à l'échelle internationale. Il fait office de norme pour le classement des marchandises dans les dispositions tarifaires pour toutes les parties à la *Convention*, dont le Canada (voir le *Tarif des douanes*, par. 10(1) et annexe), mais permet aux États parties d'établir leurs propres taux de droits de douane applicables à ces marchandises selon leurs propres obligations commerciales internationales (M. Prabhu, *Canada's Laws on Import and Export : An Overview* (2014), p. 79).

[5] Le Système harmonisé est un système à huit chiffres qui régit le classement des marchandises en vue de l'application du tarif douanier. Il figure en annexe au *Tarif des douanes*. Il procède, au sein des diverses sections de l'annexe, du général au spécifique, soit des chapitres aux positions, sous-positions et numéros tarifaires. Par exemple, dans la section I (« Animaux vivants et produits du règne animal »), se trouve le numéro tarifaire 0302.13.40 qui s'applique au saumon rouge frais ou réfrigéré. Les deux premiers chiffres du numéro tarifaire (03) indiquent que l'article relève du chapitre 3 (« Poissons et crustacés, mollusques et autres invertébrés aquatiques »); les quatre premiers (03.02) correspondent à la position « Poissons frais ou réfrigérés, à l'exception des filets de poissons et autre chair de poissons . . . »; les six premiers chiffres (0302.13) correspondent à la sous-position « Saumons du Pacifique »; le numéro tarifaire à huit chiffres correspond à la marchandise spécifique (« Rouge »).

[6] L'annexe au *Tarif des douanes* présente également les « Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé ». Aux termes du par. 10(1) du *Tarif des douanes*, « le classement des marchandises importées dans un numéro tarifaire est effectué, sauf

provided, be determined in accordance with the General Rules".

[7] The General Rules are comprised of six rules governing the classification of goods under the Harmonized System. According to the jurisprudence of the Federal Court of Appeal and the CITT, these rules are to be applied in a "cascading" fashion. As I explain below, however, the term "cascading" does not quite describe their application. While it is the case that the General Rules are to be applied in a set order, it is more helpful to understand that order as a function of a hierarchy rather than a cascade: Prabhu, at p. 82.

[8] In addition to the Harmonized System and the General Rules, the *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System* (5th ed. 2012) published and amended from time to time by the World Customs Organization also inform the classification of imported goods. Specifically, s. 11 of the *Customs Tariff* provides that, in interpreting the headings and subheadings employed by the Harmonized System, "regard shall be had" to the *Explanatory Notes*. While, therefore, the *Explanatory Notes* (unlike the Harmonized System and the General Rules themselves) are not binding, they must be at least considered in determining the classifications of goods imported into Canada.

(2) Facts of This Appeal

[9] Between November 2003 and December 2005, Igloo Vikski imported six models of ice hockey goaltender gloves, comprising three models of "blockers" (designed to be worn on the same hand used by the goaltender to hold his or her hockey stick) and three models of "catchers" (designed to be worn on the goaltender's other hand). Externally, the gloves are composed of various types of textiles and plastics, bound together by stitching. While the inner padding of the blockers consists mainly of plastic, the inner padding of the catchers is composed of both plastic and textiles.

[10] The Canada Border Services Agency ("CBSA") classified the gloves under tariff item No. 6216.00.00 as "[g]loves, mittens [or] mitts".

indication contraire, en conformité avec les Règles générales ».

[7] Les Règles générales, au nombre de six, régissent le classement des marchandises en fonction du Système harmonisé. Selon la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale et du TCCE, ces règles s'appliquent « en cascade ». Comme je l'expliquerai, le terme « en cascade » ne décrit cependant pas tout à fait le processus. Certes, les Règles générales s'appliquent dans un ordre prédéterminé, mais cet ordre relève plus de la hiérarchie que de la cascade (Prabhu, p. 82).

[8] Outre le Système harmonisé et les Règles générales, les *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* (5e éd. 2012) et leurs modifications, publiées par l'Organisation mondiale des douanes, éclairent le classement des marchandises importées. Ainsi, l'art. 11 du *Tarif des douanes* dispose que, pour l'interprétation des positions et sous-positions du Système harmonisé, « il est tenu compte » des *Notes explicatives*. Si les *Notes explicatives* — contrairement au Système harmonisé et aux Règles générales — ne sont pas impératives, il faut à tout le moins les prendre en considération dans le classement des marchandises importées au Canada.

(2) Faits

[9] Entre novembre 2003 et décembre 2005, Igloo Vikski a importé six modèles de gants de gardien de but pour le hockey sur glace, à savoir trois modèles de « gants bloqueurs » (conçus pour être portés par le gardien dans la main qui tient le bâton) et trois modèles de « gants attrape-rondelles » (conçus pour être portés dans l'autre main). Les composants extérieurs des gants sont confectionnés de diverses matières textiles et plastiques cousues ensemble. Si le rembourrage des gants bloqueurs est surtout composé de plastique, celui des gants attrape-rondelles est fait des deux matières.

[10] L'Agence des services frontaliers du Canada (l'« ASFC ») a classé les gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00, qui correspond à « [g]ants,

Igloo Vikski applied for a refund of a portion of the duties paid on these gloves, arguing they should have been classified under tariff item 9506.99.90, which applies to various types of sporting equipment. In response, the CBSA issued re-determinations under s. 59(1)(a) of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), stating that the gloves could not be classified as proposed by Igloo Vikski. It further affirmed that four models of the gloves were properly classified under tariff item 6216.00.00, while the two other models should be classified under tariff item 3926.20.92 as mittens or non-disposable gloves.

[11] Igloo Vikski then requested a further re-determination pursuant to s. 60(1) of the *Customs Act*, arguing that all of the gloves should be classified under tariff item 3926.20.92, the heading of which (39.26) refers to "[o]ther articles of plastics and articles of other materials of headings 39.01 to 39.14". The CBSA rejected this request for re-classification, determining this time that five of the gloves were properly classified under tariff item 6216.00.00, while the remaining model was classified under tariff item 3926.20.92. Igloo Vikski appealed the CBSA's classification decisions to the CITT.

B. *Decision of the CITT*

[12] The CITT dismissed Igloo Vikski's appeal: 2013 CanLII 4408. Relying upon the Explanatory Note to heading 39.26, it interpreted heading 39.26 as capturing only articles of apparel or clothing accessories made by sewing or sealing sheets of plastic together. The same tribunal member had adopted this interpretation in another case involving the customs classification of hockey gloves, and followed that reasoning in this case: see *Sher-Wood Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President)* (2011), 15 T.T.R. (2d) 336. Since the gloves at issue were not made by sewing or sealing sheets of plastic together, the CITT concluded they were not classifiable under heading 39.26.

mitaines et moufles ». Igloo Vikski a demandé le remboursement d'une portion des droits payés pour l'importation de ces gants au motif qu'ils auraient dû être classés dans le numéro tarifaire 9506.99.90, qui concerne divers articles de sport. L'ASFC a par la suite procédé à une révision en vertu de l'al. 59(1)a) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, c. 1 (2e suppl.), et a conclu que les gants ne pouvaient être classés dans le numéro proposé par Igloo Vikski. Elle a également confirmé le classement de quatre modèles de gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00 et conclu que les deux autres devaient être classés dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir comme moufles (mitaines) ou gants non jetables.

[11] Igloo Vikski a alors demandé le réexamen de la décision, en vertu du par. 60(1) de la *Loi sur les douanes*, au motif cette fois-ci que tous les gants devaient être classés dans le numéro tarifaire 3926.20.92. La position 39.26 correspond à « [a]utres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières des nos 39.01 à 39.14 ». L'ASFC a rejeté la demande de réexamen du classement et a confirmé, cette fois, le classement de cinq des gants dans le numéro tarifaire 6216.00.00 et conclu au classement du dernier modèle dans le numéro tarifaire 3926.20.92. Igloo Vikski a interjeté appel auprès du TCCE des décisions de l'ASFC relatives au classement.

B. *Décision du TCCE*

[12] Le TCCE a rejeté l'appel interjeté par Igloo Vikski (2013 CanLII 4408). Sur le fondement de la Note explicative accompagnant la position 39.26, il a conclu que cette dernière ne s'applique qu'aux vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles. La membre de ce tribunal avait déjà adopté cette interprétation dans une autre affaire portant sur le classement de gants de hockey aux fins de détermination du tarif et a repris le même raisonnement en l'espèce (voir *Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Service Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.)). Les gants en question n'étant pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, le TCCE a conclu qu'ils ne pouvaient être classés dans la position 39.26.

[13] The CITT then considered whether the gloves were classifiable under heading 62.16. While it found that they conformed to the type of goods ("[g]loves, mittens [or] mitts") described in that heading, it recognized that the Explanatory Note to heading 62.16 directed it to apply the General Rules if the articles contained non-textile material that constituted "more than mere trimming". Since the hockey gloves contained plastic padding that was more than mere trimming, the CITT applied Rule 2(b) of the General Rules (which, as I will explain, applies where a good consists of a mixture of more than one substance), which led the CITT to "extend the scope" of the heading in order to classify the goods as "[g]loves, mittens [or] mitts" (paras. 74-75 and 77). It therefore affirmed the CBSA's classification and dismissed the appeal.

C. *Federal Court of Appeal*

[14] The Federal Court of Appeal (Scott J.A.; Pelletier and Near JJ.A. concurring) allowed Igloo Vikski's appeal: 2014 FCA 266. Applying the standard of review of reasonableness, it found the CITT's decision to be unreasonable because it misapplied the General Rules and contained logical contradictions.

[15] More particularly, the Court of Appeal found that the CITT had erred by stating that the goods must meet the description of a heading by applying Rule 1 before Rule 2(b) can be used to extend that heading to cover goods made of mixed substances. It said that this contradicted the "cascading" nature of the General Rules: para. 11 (CanLII). In the Court of Appeal's view, because the gloves were made of mixed substances, once the CITT concluded that the goods did not meet the description of the heading in 39.26, it should have applied Rule 2(b) of the General Rules to extend that heading to cover the hockey gloves. Then, because the goods were *prima facie* classifiable under both headings 39.26 and 62.16, Rule 3 (which, as discussed below, is employed to resolve the classification of goods which are *prima facie* classifiable under two or more headings) should have been

[13] Le TCCE s'est ensuite demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16. Il a conclu que même si les gants correspondaient aux termes de la position (« [g]ants, mitaines et moufles »), suivant la Note explicative accompagnant la position 62.16, il faut appliquer les Règles générales si les vêtements comportent des matériaux non textiles qui « excèdent le rôle de simples garnitures ». Puisque les gants de hockey comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures, le TCCE a appliqué la Règle 2b) des Règles générales (qui, comme je l'expliquerai, s'applique lorsqu'un ouvrage est constitué de plus d'une matière), ce qui a mené le TCCE à « étendre la portée » de la position « [g]ants, mitaines [ou] moufles » de manière à y inclure les articles (par. 74-75 et 77). Il a ainsi confirmé le classement effectué par l'ASFC et rejeté l'appel.

C. *Cour d'appel fédérale*

[14] La Cour d'appel fédérale (le juge Scott avec l'appui des juges Pelletier et Near) a accueilli l'appel interjeté par Igloo Vikski (2014 CAF 266). Ayant appliqué la norme de la décision raisonnable, elle a conclu au caractère déraisonnable de la décision du TCCE parce qu'il avait mal appliqué les Règles générales et que ses motifs comportaient des contradictions sur le plan de la logique.

[15] Tout particulièrement, selon la Cour d'appel, le TCCE s'était trompé en affirmant que les articles devaient correspondre aux termes d'une position en application de la Règle 1 avant que n'intervienne la Règle 2b) pour étendre la portée de cette position de manière à y inclure les matières mélangées. Elle a conclu qu'une telle démarche allait à l'encontre de la structure « en cascade » des Règles générales (par. 11 (CanLII)). À son avis, comme les gants étaient faits de matières mélangées, le TCCE, après avoir déterminé que les marchandises ne correspondaient pas aux termes de la position 39.26, aurait dû appliquer la Règle 2b) des Règles générales pour étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants de hockey. Ensuite, comme les marchandises paraissaient devoir être classées dans deux positions, soit 39.26 et 62.16, il aurait fallu appliquer la Règle 3 (qui, comme nous

employed to determine the proper classification of the gloves. The Court of Appeal therefore remitted the matter back to the CITT so that it could undertake that Rule 3 analysis.

III. Analysis

A. *Standard of Review*

[16] The Federal Court of Appeal has uniformly held, and neither party disputes, that the standard of review applicable to a tariff classification decision of the CITT is reasonableness: see, e.g., *Minister of National Revenue v. Yves Ponroy Canada* (2000), 259 N.R. 38 (F.C.A.), at para. 4; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 FCA 45, 469 N.R. 313, at paras. 18-19; *Canada (Border Services Agency) v. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 FCA 3, 456 N.R. 174, at para. 5.

[17] I agree that reasonableness is the applicable standard of review here. As the Federal Court of Appeal has noted, the CITT has specific expertise in interpreting "the very complex customs tariff and the international and national rules for its interpretation": *Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FCA 153, at para. 7 (CanLII). The questions of law at issue in this appeal are of "a very technical nature" which the CITT will often be better equipped than a reviewing court to answer: *Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.), at para. 5.

[18] Reasonableness review is concerned with the reasonableness of the substantive outcome of the decision, and with the process of articulating that outcome. The reasoning must exhibit "justification, transparency and intelligibility within the decision-making process": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47. The substantive outcome and the reasons, considered together, must serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes: *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury*

le verrons, entre en jeu dans ce type de cas) pour déterminer le classement des gants. La Cour d'appel a renvoyé l'affaire au TCCE pour qu'il reprenne l'analyse et applique cette fois la Règle 3.

III. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[16] La Cour d'appel fédérale a conclu à l'unanimité que la norme de contrôle applicable à une décision du TCCE en matière de classement visant à déterminer le tarif applicable est celle de la décision raisonnable, et les parties ne le contestent pas (voir p. ex. *Canada (Ministre du Revenu national) c. Yves Ponroy Canada*, 2000 CanLII 15801 (C.A.F.), par. 4; *Cycles Lambert Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, 2015 CAF 45, par. 18-19 (CanLII); *Canada (Agence des services frontaliers) c. SAF-HOLLAND Canada Ltd.*, 2014 CAF 3, par. 5 (CanLII)).

[17] Je conviens que la norme applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Comme le souligne la Cour d'appel fédérale, le TCCE jouit d'une expertise spécialisée dans « l'interprétation du tarif douanier, lequel est fort complexe, ainsi que les principes internationaux et nationaux qui en régissent l'interprétation » (*Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CAF 153, par. 7 (CanLII)). Les questions de droit que soulève l'instance sont « très technique[s] ». Le TCCE est souvent mieux outillé qu'une cour de révision pour les trancher (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719 (C.A.F.), par. 5).

[18] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable s'intéresse au caractère raisonnable du résultat concret de la décision ainsi qu'au raisonnement qui l'a produit. Le raisonnement doit démontrer « la justification de la décision, [. . .] la transparence et [. . .] l'intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). Le résultat concret et les motifs, examinés ensemble, doivent servir à démontrer que le résultat appartient aux issues possibles (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Nerre-et-Labrador (Conseil du Trésor)*,

Board), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14. While the adequacy of a tribunal's reasons is not on its own a discrete basis for judicial review, the reasons should "adequately explain the bases of [the] decision": *Newfoundland Nurses*, at para. 18, quoting from *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, at para. 163 (per Evans J.A., dissenting), rev'd 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572.

B. *The Structure of the General Rules*

[19] This appeal ultimately turns on the application of the General Rules when determining the classification of goods under the Harmonized System. The General Rules operate as follows.

[20] The classification exercise begins with Rule 1, which directs that the classification of goods must initially be determined with reference only to the headings within a chapter, as well as any applicable Section or Chapter Notes.[3]

[21] Classification may be determinable on an application of Rule 1 alone. For example, if one wished to import a live cow into Canada, the cow would be classified under heading 01.02 ("Live bovine animals") based solely on Rule 1. There would be no need to consider the other Rules when determining the appropriate classification of the cow. It is, therefore, only where Rule 1 does not conclusively determine the classification of the good that the other General Rules become relevant to the classification process: see, e.g., *Helly Hansen Leisure Canada Inc. v. Canada Border Services Agency*, 2009 FCA 345, 397 N.R. 323, at para. 17; *Canada Customs and Revenue Agency v. Agri Pack*, 2005 FCA 414, 345 N.R. 1, at para. 41; *Funtastic Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528, at para. 48 (AustLII).

[3] Rule 1 states:

> The titles of Sections, Chapters and sub-Chapters are provided for ease of reference only; for legal purposes, classification shall be determined according to the terms of the headings and any relative Section or Chapter Notes and, provided such headings or Notes do not otherwise require, according to the following provisions.

2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14). Si l'insuffisance des motifs d'un tribunal administratif ne justifie pas à elle seule le contrôle judiciaire, il faut néanmoins que les motifs « expliquent de façon adéquate le fondement de sa décision » (*Newfoundland Nurses*, par. 18, citant *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, par. 163 (le juge Evans, dissident), inf. par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572).

B. *Économie des Règles générales*

[19] En fin de compte, le présent pourvoi porte sur l'application des Règles générales lorsqu'il s'agit de déterminer le classement de marchandises selon le Système harmonisé. Suit une description de la procédure relative aux Règles générales.

[20] L'exercice commence par la Règle 1, suivant laquelle le classement des marchandises se fait initialement selon les termes des positions d'un chapitre, ainsi que toute Note de Section ou de Chapitre applicable[3].

[21] Il est possible de déterminer le classement d'une marchandise par la seule application de la Règle 1. Par exemple, aux fins d'importation au Canada, une vache vivante serait classée dans la position 01.02 (« Animaux vivants de l'espèce bovine ») sur le fondement exclusif de la Règle 1. Nul besoin d'appliquer les autres Règles pour déterminer le classement de la vache. C'est donc seulement lorsque la Règle 1 ne permet pas d'arrêter de manière concluante le classement d'une marchandise qu'il faudra recourir aux autres Règles générales (voir p. ex. *Helly Hansen Leisure Canada Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 345, par. 17 (CanLII); *Canada (Agence des douanes et du revenu) c. Agri Pack*, 2005 CAF 414, par. 41 (CanLII); *Funtastic Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2008] AATA 528, par. 48 (AustLII)).

[3] La Règle 1 est ainsi libellée :

> Le libellé des titres de Sections, de Chapitres ou de Sous-Chapitres est considéré comme n'ayant qu'une valeur indicative, le classement étant déterminé légalement d'après les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres et, lorsqu'elles ne sont pas contraires aux termes desdites positions et Notes, d'après les Règles suivantes.

[22] In some cases, applying Rule 1 alone does not settle the classification of a good. Where the goods are unfinished or where they are comprised of a mix of materials or substances (and where no heading specifically describes the unfinished or composite good as such),[4] Rule 2 is applied in conjunction with Rule 1 to determine the *prima facie* classification of such goods.

[23] Rule 2 is a deeming provision. Rule 2(a) deems unfinished goods to be finished goods, and directs that they be classified using Rule 1 as if they were goods in a complete or finished state.[5] Explanatory Notes (III) and (V) to Rule 1 elaborate upon this process:

(III) The second part of [Rule 1] provides that classification shall be determined:

(a) according to the terms of the headings and any relevant Section or Chapter Notes, and

(b) where appropriate, **provided the headings or Notes do not otherwise require**, according to the provisions of Rules 2, 3, 4, and 5.

. . .

(V) In provision (III) (b):

(a) The expression "provided such headings or Notes do not otherwise require" is intended to make it quite clear that the terms of the headings and any relative Section or Chapter Notes are paramount, i.e., they are the first consideration in determining classification.

[22] Il arrive parfois que la Règle 1 ne permette pas à elle seule de déterminer le classement d'une marchandise. Dans le cas d'un article non fini ou fait d'un mélange de matières — qui n'est pas déjà prévu expressément par les termes d'une position[4] — il faut appliquer la Règle 2 en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position dans laquelle la marchandise paraît devoir être classée.

[23] La Règle 2 crée une présomption. La Règle 2a) assimile l'article non fini à l'article fini et dispose qu'il est classé en application de la Règle 1 comme s'il s'agissait d'un article complet ou fini[5]. Les Notes explicatives III) et V) accompagnant la Règle 1 donnent les précisions suivantes :

III) La deuxième partie de la Règle [1] prévoit que le classement est déterminé :

a) d'après les libellés des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres, et

b) au besoin, **lorsqu'elles ne sont pas contraires aux termes desdites positions et Notes**, d'après les dispositions des Règles 2, 3, 4 et 5.

. . .

V) Dans la disposition III) b) :

a) La phrase *lorsqu'elles ne sont pas contraires aux termes desdites positions et Notes* est destinée à préciser, sans laisser d'équivoque, que les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres l'emportent, pour la détermination du classement, sur toute autre

[4] An example of a heading that specifically describes an unfinished good is 64.06 ("Parts of footwear"), and an example of a heading that specifically describes a composite good is 59.06 ("Rubberized textile fabrics"). Where a good falls within one of those headings, there would be no need to apply Rule 2, as the heading specifically contemplates the incomplete or composite nature of the good in question. Rule 1's direction that the classification of goods should be determined according to the terms of the headings therefore suffices.

[5] Rule 2(a) states:

> Any reference in a heading to an article shall be taken to include a reference to that article incomplete or unfinished, provided that, as presented, the incomplete or unfinished article has the essential character of the complete or finished article. It shall also be taken to include a reference to that article complete or finished (or falling to be classified as complete or finished by virtue of this rule), presented unassembled or disassembled.

[4] Par exemple, les termes de la position 64.06 prévoient un article non fini (« Parties de chaussures »), et ceux de la position 59.06, un article composite « Tissus caoutchoutés »). Si un article peut être classé dans l'une de ces deux positions, il n'est pas nécessaire d'appliquer la Règle 2, car les termes de la position tiennent expressément compte de la nature incomplète ou composite de l'article en question. La directive énoncée à la Règle 1 selon laquelle le classement d'un article est déterminé d'après les termes des positions suffit donc.

[5] La Règle 2a) est ainsi rédigée :

> Toute référence à un article dans une position déterminée couvre cet article même incomplet ou non fini à la condition qu'il présente, en l'état, les caractéristiques essentielles de l'article complet ou fini. Elle couvre également l'article complet ou fini, ou à considérer comme tel en vertu des dispositions qui précèdent, lorsqu'il est présenté à l'état démonté ou non monté.

> For example, in Chapter 31, the Notes provide that certain headings relate **only** to particular goods. Consequently those headings cannot be extended to include goods which otherwise might fall there by reason of the operation of Rule 2 (b).
>
> (b) The reference to Rule 2 in the expression "according to the provisions of Rules 2, 3, 4 and 5" means that:
>
> (1) goods presented incomplete or unfinished (e.g., a bicycle without saddle and tyres), and
>
> (2) goods presented unassembled or disassembled (e.g., a bicycle, unassembled or disassembled, all components being presented together) whose components could individually be classified in their own right (e.g., tyres, inner tubes) or as "parts" of those goods,
>
> are to be classified as if they were those goods in a complete or finished state, **provided the terms of Rule 2 (a) are satisfied and the headings or Notes do not otherwise require**. [Emphasis in original.]

The effect of these Explanatory Notes is two-fold. They reiterate that Rule 1 requires that the headings and Section or Chapter Notes are the first consideration in determining classification. And, they explain that Rule 2(a) requires that incomplete goods are classified based on the headings and Section or Chapter Notes as if they were completed goods (assuming they are not classifiable under Rule 1 as falling within a heading that specifically describes unfinished goods).

> considération. Par exemple, au Chapitre 31, les Notes disposent que certaines positions ne couvrent *que* des marchandises déterminées. Il en résulte que la portée de ces positions ne peut être élargie pour couvrir les marchandises qui, autrement, en relèveraient par application de la Règle 2 b).
>
> b) Le renvoi à la Règle 2 dans l'expression « d'après les dispositions des Règles 2, 3, 4 et 5 » signifie que :
>
> 1) les marchandises présentées à l'état incomplet ou non fini (une bicyclette sans selle et sans pneumatiques, par exemple), et
>
> 2) les marchandises présentées à l'état démonté ou non monté (une bicyclette, à l'état démonté ou non monté, tous ses composants étant présentés ensemble, par exemple), dont les composants pourraient, à titre individuel, être classés à leurs positions propres (les pneumatiques, les chambres à air, par exemple) ou en tant que parties de cette marchandise,
>
> doivent être classées comme présentées à l'état complet ou fini, **pour autant que les dispositions de la Règle 2 a) soient satisfaites et qu'elles ne soient pas contraires aux termes desdites positions et Notes**. [En italique et en caractère gras dans l'original.]

Les Notes explicatives ont un double effet. Elles rappellent que, suivant la Règle 1, les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres constituent la première considération dans la détermination du classement. En outre, elles précisent qu'aux termes de la Règle 2a), le classement des articles incomplets est déterminé selon les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres comme si ces articles étaient complets (si toutefois les articles ne sont pas déjà classés, par application de la Règle 1, dans une position décrivant expressément des articles non finis).

[24] Rule 2(b) applies where a good consists of a mixture of more than one substance, and states that a reference to goods of a given material or substance in a heading shall be taken to include goods consisting

[24] La Règle 2b) s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer le classement d'un article fait d'un mélange de matières. Elle dispose que la mention dans une position d'ouvrages en une matière déterminée

wholly or partly of such material or substance.[6] This Rule therefore applies in conjunction with Rule 1 to determine the heading(s) under which the composite good is *prima facie* classifiable.

[25] Explanatory Notes (XI) to (XIII) to Rule 2(b) explain the effect of this Rule:

(XI) The effect of the Rule is to extend any heading referring to a material or substance to include mixtures or combinations of that material or substance with other materials or substances. The effect of the Rule is also to extend any heading referring to goods of a given material or substance to include goods consisting partly of that material or substance.

(XII) It does not, however, widen the heading so as to cover goods which cannot be regarded, as required under Rule 1, as answering the description in the heading; this occurs where the addition of another material or substance deprives the goods of the character of goods of the kind mentioned in the heading.

(XIII) As a consequence of this Rule, mixtures and combinations of materials or substances, and goods consisting of more than one material or substance, if prima facie classifiable under two or more headings, must therefore be classified according to the principles of Rule 3.

[26] In brief, Rule 2(b) deems the reference in a heading to a material or substance to be a reference to a combination of that material or substance with other materials or substances. This is, however, subject to the *caveat* in Explanatory Note (XII) that Rule 2(b) does not extend ("widen") a heading so as to cover goods which cannot be regarded as

[6] Rule 2(b) states:

> Any reference in a heading to a material or substance shall be taken to include a reference to mixtures or combinations of that material or substance with other materials or substances. Any reference to goods of a given material or substance shall be taken to include a reference to goods consisting wholly or partly of such material or substance. The classification of goods consisting of more than one material or substance shall be according to the principles of Rule 3.

se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière[6]. On applique cette Règle en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position (ou les positions) dans laquelle l'article composite paraît devoir être classé.

[25] Les Notes explicatives XI) à XIII) accompagnant la Règle 2b) expliquent ainsi l'effet de cette dernière :

XI) L'effet de la Règle est d'étendre la portée des positions qui mentionnent une matière déterminée de manière à y inclure cette matière mélangée ou bien associée à d'autres matières. Cet effet est également d'étendre la portée des positions qui mentionnent des ouvrages en une matière déterminée de manière à y inclure ces ouvrages partiellement constitués de cette matière.

XII) Elle n'élargit cependant pas la portée des positions qu'elle concerne jusqu'à pouvoir y inclure des articles qui ne répondent pas, ainsi que l'exige la Règle 1, aux termes des libellés de ces positions, ce qui est le cas lorsque l'adjonction d'autres matières ou substances a pour effet d'enlever à l'article le caractère d'une marchandise reprise dans ces positions.

XIII) Il s'ensuit que des matières mélangées ou associées à d'autres matières, et des ouvrages constitués par deux matières ou plus sont susceptibles de relever de deux positions ou plus, et doivent dès lors être classés conformément aux dispositions de la Règle 3.

[26] Bref, la Règle 2b) assimile la mention d'une matière dans une position à la mention de cette matière mélangée à d'autres. Toutefois, la Note explicative XII) vient préciser que la Règle 2b) n'étend (« élargit ») pas la portée d'une position jusqu'à pouvoir y inclure des articles ne répondant pas aux termes du libellé de la position. Par conséquent, le

[6] La Règle 2b) est ainsi libellée :

> Toute mention d'une matière dans une position déterminée se rapporte à cette matière soit à l'état pur, soit mélangée ou bien associée à d'autres matières. De même, toute mention d'ouvrages en une matière déterminée se rapporte aux ouvrages constitués entièrement ou partiellement de cette matière. Le classement de ces produits mélangés ou articles composites est effectué suivant les principes énoncés dans la Règle 3.

answering the description in the heading. The mixed or composite good is therefore "described" by that heading unless the addition of the other material or substance would deprive the good of the character of goods of the kind described in the heading.

[27] Applied conjunctively, Rules 1 and 2 determine the heading(s) under which an unfinished or (as here) a composite good is *prima facie* classifiable. If, having applied Rules 1 and 2, the good is *prima facie* classifiable under only one heading, then the inquiry ends and the good is classified under that heading. If, however, the good is *prima facie* classifiable under more than one heading — either because it is described by more than one heading under Rule 1 or because it is *prima facie* classifiable under more than one heading by applying Rules 1 and 2 together — then Rule 3 applies, by operation of Rule 2(b), to resolve the classification dispute.[7] Rule 3(a) states that, where by application of Rule 2(b) or for any other reason, goods are *prima facie* classifiable under two or more headings, then the heading with the most

produit mélangé ou l'article composite « répond » aux termes du libellé de la position, à moins que l'adjonction d'une autre matière ou substance n'enlève à l'article le caractère d'une marchandise reprise dans la position.

[27] Appliquées en tandem, les Règles 1 et 2 permettent de déterminer la position (ou les positions) dans laquelle un article non fini ou composite — comme en l'espèce — paraît devoir être classé. Si l'application des Règles 1 et 2 aboutit à une seule position, l'article est classé dans cette position et l'analyse prend fin. Or, si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d'une position, parce que la marchandise correspond aux termes de plus d'une position lorsqu'on applique la Règle 1 ou parce qu'elle paraît devoir être classée dans plus d'une position lorsqu'on applique les Règles 1 et 2, il faut appliquer la Règle 3, comme le prévoit la Règle 2b), pour résoudre le conflit[7]. Aux termes de la Règle 3a), si une marchandise paraît devoir être classée dans plus d'une position par application de la Règle 2b) ou dans tout autre cas, la

[7] Rule 3 states:

> When by application of Rule 2 (b) or for any other reason, goods are, *prima facie*, classifiable under two or more headings, classification shall be effected as follows:
>
> (a) The heading which provides the most specific description shall be preferred to headings providing a more general description. However, when two or more headings each refer to part only of the materials or substances contained in mixed or composite goods or to part only of the items in a set put up for retail sale, those headings are to be regarded as equally specific in relation to those goods, even if one of them gives a more complete or precise description of the goods.
>
> (b) Mixtures, composite goods consisting of different materials or made up of different components, and goods put up in sets for retail sale, which cannot be classified by reference to [Rule] 3 (a), shall be classified as if they consisted of the material or component which gives them their essential character, insofar as this criterion is applicable.
>
> (c) When goods cannot be classified by reference to [Rule] 3 (a) or 3 (b), they shall be classified under the heading which occurs last in numerical order among those which equally merit consideration.

[7] La Règle 3 est ainsi libellée :

> Lorsque des marchandises paraissent devoir être classées sous deux ou plusieurs positions par application de la Règle 2 b) ou dans tout autre cas, le classement s'opère comme suit :
>
> a) La position la plus spécifique doit avoir la priorité sur les positions d'une portée plus générale. Toutefois, lorsque deux ou plusieurs positions se rapportent chacune à une partie seulement des matières constituant un produit mélangé ou un article composite ou à une partie seulement des articles dans le cas de marchandises présentées en assortiments conditionnés pour la vente au détail, ces positions sont à considérer, au regard de ce produit ou de cet article, comme également spécifiques même si l'une d'elles en donne par ailleurs une description plus précise ou plus complète.
>
> b) Les produits mélangés, les ouvrages composés de matières différentes ou constitués par l'assemblage d'articles différents et les marchandises présentées en assortiments conditionnés pour la vente au détail, dont le classement ne peut être effectué en application de la Règle 3 a), sont classés d'après la matière ou l'article qui leur confère leur caractère essentiel lorsqu'il est possible d'opérer cette détermination.
>
> c) Dans le cas où les Règles 3 a) et 3 b) ne permettent pas d'effectuer le classement, la marchandise est classée dans la position placée la dernière par ordre de numérotation parmi celles susceptibles d'être valablement prises en considération.

specific description is to be preferred. If applying Rule 3(a) does not resolve the classification (because the headings are equally specific), Rule 3(b) provides that classification must occur according to the material or component that gives the goods their essential character. And, if that does not lead to a single classification, then Rule 3(c) states that the goods must be classified under the heading which occurs last in numerical order among those under consideration.

[28] If the application of Rules 1, 2 and 3 does not lead to the classification of a good under a single heading, Rule 4 provides a failsafe "likeness" rule, by which the good is classified under the heading that is appropriate to the good to which it is "most akin".[8] Rule 5 deals with classification of cases and packing materials, and is not relevant to this appeal. Rule 6 applies once goods are classified under a heading, and directs the application of the General Rules when classifying goods under a subheading within that heading. Again, that concern does not arise here.

[29] The General Rules are commonly described as "cascading" in nature: see, e.g., *Agri Pack*, at para. 14; *Canada Border Services Agency v. Outils Gladu Inc.*, 2009 FCA 215, 393 N.R. 58, at para. 7. But this metaphor does not quite capture how the General Rules are to be applied. A "cascade" tends to suggest that the analysis progresses in a single, sequential direction — for example, first, to Rule 1, then (where Rule 1 fails to resolve the matter) to Rule 2, without returning to Rule 1. While the General Rules are hierarchical in the sense that any classification exercise must begin with Rule 1 (since Explanatory Note (V) to Rule 1 describes its classification methodology as "paramount"), Rule 1, as I have explained, does not lose all relevance where Rule 2 is applied. Nor is it an error to consider whether a good meets the description of a heading — that is, to apply Rule 1 — when Rule 2 is also applied. Indeed, Rule 2 would have no purpose were

[8] Rule 4 provides:

> Goods which cannot be classified in accordance with the above Rules shall be classified under the heading appropriate to the goods to which they are most akin.

position la plus spécifique a la priorité. Si le conflit de classement ne se résout pas par application de la Règle 3a) (aucune position n'étant plus spécifique que les autres), la Règle 3b) intervient. Elle dispose que le classement s'effectue selon la matière ou l'article qui confère aux produits mélangés leur caractère essentiel. Et s'il n'en résulte pas un classement unique, il faut appliquer la Règle 3c), selon laquelle la marchandise est classée dans la position placée la dernière par ordre de numérotation parmi celles qui sont prises en considération.

[28] Si l'application des Règles 1, 2 et 3 n'aboutit pas au classement d'un article dans une seule position, la Règle 4, qui prévoit que les marchandises sont classées dans la position afférente aux articles « les plus analogues », permettra de trancher la question[8]. La Règle 5 porte sur le classement des étuis et contenants et n'est pas pertinente pour le présent pourvoi. La Règle 6 régit le classement dans une sous-position suivant les Règles générales. La question ne se pose pas non plus en l'espèce.

[29] On dit couramment des Règles générales qu'elles sont structurées « en cascade » (voir p. ex. *Agri Pack*, par. 14; *Outils Gladu Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2009 CAF 215, par. 7 (CanLII)). Cependant, cette métaphore ne décrit pas vraiment la manière dont les Règles s'appliquent. Une « cascade » rend l'idée d'une analyse linéaire — par exemple, on commence par la Règle 1, puis (si le classement ne peut être déterminé par application de cette disposition), on passe à la Règle 2, sans revenir à la première. Si les Règles générales sont hiérarchiques en ce sens que tout exercice de classement débute par la Règle 1 (vu la Note explicative V) accompagnant la Règle 1 qui précise que les méthodologies de classement de cette dernière « l'emportent »), cette disposition n'est pas écartée par l'application de la Règle 2, comme je l'ai expliqué. De plus, il n'est pas erroné de se demander si une marchandise correspond aux termes d'une

[8] La Règle 4 est ainsi libellée :

> Les marchandises qui ne peuvent pas être classées en vertu des Règles visées ci-dessus sont classées dans la position afférente aux articles les plus analogues.

it not applied in conjunction with Rule 1, since its function is to guide the application of Rule 1 when the good in question is incomplete or a composite of different materials. Where Rule 2 applies, it applies together with Rule 1 to identify the heading(s) under which an incomplete or composite good can be *prima facie* classified. The terms of the heading(s) and any relevant Section or Chapter Notes are thereby applied to the incomplete or composite good as if it were a complete or uniform good, and it is classified as such: see, e.g., *Rona Corporation Inc. v. Canada (Border Services Agency)* (2008), 12 T.T.R. (2d) 295, at pp. 300 et seq.; *Primaplas Pty. Ltd. v. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40, at para. 51 (AustLII).

position — c'est-à-dire appliquer la Règle 1 — en appliquant la Règle 2. En fait, la deuxième n'aurait aucune utilité sans la première, car elle sert à éclairer l'application de la Règle 1 dans les cas où un article est incomplet ou composé de diverses matières. Dans les cas où la Règle 2 s'applique, c'est en tandem avec la Règle 1 pour déterminer la position (ou les positions) dans laquelle un article incomplet ou composite paraît devoir être classé. Il faut appliquer les termes des positions et des Notes de Section ou de Chapitre à l'article non fini ou composite comme s'il s'agit d'un article fini ou fait de matière à l'état pur et le classer comme tel (voir p. ex. *Rona Corporation Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2008 CanLII 13335, par. 15 et suiv.; *Primaplas Pty. Ltd. c. Chief Executive Officer of Customs*, [2016] FCAFC 40, par. 51 (AustLII).

C. *The CITT's Reasoning*

[30] As the Federal Court of Appeal has noted, the *Customs Tariff* bears little resemblance to ordinary legislation and care must be taken when reviewing decisions of the CITT interpreting its unique and complex scheme:

> [The *Customs Tariff*] is legislation of such a specialized nature and expressed in terms that have so little to do with traditional legislation that for all practical purposes the court is being asked to give legal meaning to technical words that are well beyond its customary mandate. Furthermore, there are unique Canadian and international rules of interpretation applicable to the Customs Tariff that bear little resemblance to the traditional canons of statutory construction. Therefore, considerable deference should be accorded to the Tribunal's decisions and litigants who appeal tariff decisions to this court should be aware that they have a tough hill to climb. [*Schrader Automotive*, at para. 5]

Considerable prudence must therefore be exercised when reviewing the CITT's interpretation and application of the *Customs Tariff*.

[31] The CITT considered whether the gloves could be classified under heading 62.16 (as determined

C. *Motifs du TCCE*

[30] Comme la Cour d'appel fédérale le fait remarquer, le *Tarif des douanes* ne ressemble guère aux lois ordinaires. Il faut donc contrôler avec précaution les décisions du TCCE qui interprètent ce régime particulier et complexe. Pour reprendre ses propos :

> [Le *Tarif des douanes*] est une loi [. . .] très technique. Elle porte sur un domaine tellement spécialisé et elle est rédigée dans des termes qui ont tellement peu à voir avec le libellé des lois traditionnelles, qu'à toutes fins pratiques, la demande faite à la Cour consiste à donner un sens juridique à des mots techniques qui débordent complètement son mandat habituel. De plus, il existe des règles d'interprétation canadiennes et internationales uniques, applicables au Tarif des douanes, qui sont fort différentes des règles d'interprétation traditionnelles. En conséquence, il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard des décisions du Tribunal. Les plaideurs qui interjettent appel devant la Cour d'une décision touchant le tarif doivent être conscients qu'ils devront surmonter des obstacles imposants. [*Schrader Automotive*, par. 5]

Par conséquent, une grande prudence est de mise dans l'examen de l'interprétation et de l'application par le TCCE du *Tarif des douanes*.

[31] Le TCCE s'est demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16 (comme l'ASFC

by the CBSA) or heading 39.26 (as submitted by Igloo Vikski). Igloo Vikski had argued that the classification must be resolved using Rule 3(b) which, as the preceding discussion shows, would necessarily require that the hockey gloves were *prima facie* classifiable under *both* headings 62.16 and 39.26 — that is, as gloves, mittens or mitts, *and* as articles of plastics.

[32] The CITT found that the hockey gloves met the description of heading 62.16 as "[g]loves, mittens and mitts". It went on to consider whether the Explanatory Note to heading 62.16 should direct it to consider any other Rule when classifying the goods (paras. 49-50). Before doing so, however, it first addressed Igloo Vikski's arguments relating to heading 39.26.

[33] Igloo Vikski had conceded before the CITT that the gloves were not *prima facie* classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone (para. 54). Instead, it argued that the gloves were *prima facie* classifiable under heading 39.26 using a combination of Rules 1 and 2(b). To be clear, I do not view this concession as binding Igloo Vikski in any legal sense, but rather as an acknowledgement of the obvious fact that the gloves — which are composed of a mixture of plastics and textiles — are not composed solely of plastics and are therefore not classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone.

[34] The CITT rejected Igloo Vikski's argument, stating that the Explanatory Note to heading 39.26 precluded the gloves from being *prima facie* classifiable under that heading. The relevant portion of the Explanatory Note to heading 39.26 states:

> This heading covers articles, not elsewhere specified or included, of plastics (as defined in Note 1 to the Chapter) or of other materials of headings 39.01 to 39.14.

l'avait décidé) ou dans la position 39.26 (comme Igloo Vikski a fait valoir). Selon Igloo Vikski, il fallait appliquer la Règle 3b) pour déterminer le classement. Comme le démontre ce qui précède, il faudrait dans ce cas que les gants de hockey paraissent devoir être classés *à la fois* dans la position 62.16 et dans la position 39.26 — c'est-à-dire comme gants, mitaines ou moufles *et* comme matières plastiques.

[32] Le TCCE a conclu que les gants de hockey répondaient aux termes de la position 62.16 (« [g]ants, mitaines et moufles »). Il a ensuite consulté la Note explicative accompagnant la position 62.16 pour voir s'il devait tenir compte d'une autre Règle pour déterminer le classement de ces marchandises (par. 49-50). Toutefois, il a auparavant examiné les arguments d'Igloo Vikski intéressant la position 39.26.

[33] Igloo Vikski a concédé devant le TCCE que les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 par la seule application de la Règle 1 (par. 54). Or, selon elle, les gants paraissaient devoir être classés dans la position 39.26 par application combinée des Règles 1 et 2b). Par souci de clarté, permettez-moi de préciser qu'à mon avis, Igloo Vikski n'est pas liée sur le plan juridique par cette concession; elle énonçait plutôt une évidence, à savoir que les gants, qui sont composés à la fois de matières plastiques et de matières textiles, ne sont pas composés seulement de matières plastiques et ne pouvaient donc être classés dans la position 39.26 par seule application de la Règle 1.

[34] Le TCCE a rejeté l'argument d'Igloo Vikski, estimant que si l'on tient compte de la Note explicative accompagnant la position 39.26, on ne peut conclure que les gants paraissent devoir être classés dans cette position. Les passages pertinents de la Note explicative sont ainsi libellés :

> La présente position couvre les ouvrages non dénommés ni compris ailleurs en matières plastiques (tels qu'ils sont définis à la Note 1 du présent Chapitre) ou en autres matières des n^{os} 39.01 à 39.14. Sont donc notamment compris ici :

They include:

(1) Articles of apparel and clothing accessories (**other than** toys) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies' bibs, raincoats, dress-shields, etc. Detachable plastic hoods remain classified in this heading if presented with the plastic raincoats to which they belong. [Emphasis in original.]

The Explanatory Note goes on to list 11 more examples of what is included in heading 39.26, none of which is relevant to this appeal.

[35] The CITT interpreted this Explanatory Note to mean that an article of apparel and clothing accessories may only be classified in this heading if it is made by sewing or sealing sheets of plastic together (para. 55). The gloves at issue were not made by sewing or sealing sheets of plastic together (para. 56). Therefore, despite the presence of plastics in the gloves, Rule 2(b) could not be used to extend heading 39.26 to cover the gloves because the Explanatory Note precluded their classification under this heading (paras. 61 and 66-67).

[36] The CITT then returned to heading 62.16. As I have already noted, the Explanatory Note to heading 62.16 states that the presence of additional materials in the goods does not affect their classification in this heading so long as the additional materials do not constitute "more than mere trimming". Where additional materials constitute more than mere trimming, the Explanatory Note directs that classification proceed according to the General Rules.[9]

1) Les vêtements et accessoires du vêtement (**autres que** les jouets) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures, les bavoirs pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. Les capuchons amovibles en matières plastiques, présentés avec les imperméables en matières plastiques auxquels ils sont destinés, restent classés dans la présente position. [En caractère gras dans l'original.]

La Note explicative énumère 11 autres exemples d'articles classés dans la position 39.26. Aucun de ces exemples n'est pertinent dans le présent pourvoi.

[35] Selon le TCCE, il faut interpréter la Note explicative ainsi : un vêtement ou un accessoire du vêtement n'est classé dans la position que s'il est confectionné par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles (par. 55). Les gants en question ne sont pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles (par. 56). Par conséquent, même si les gants comportent des matières plastiques, la Règle 2b) ne peut servir à élargir la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants, car la Note explicative fait obstacle à leur classement dans cette position (par. 61 et 66-67).

[36] Le TCCE s'est penché à nouveau sur la position 62.16. Comme je l'ai signalé, la Note explicative accompagnant la position 62.16 précise que les autres matières que comportent les articles n'influent pas sur le classement dans cette position, à moins que les parties « excèdent le rôle de simples garnitures ». Suivant la Note explicative, si d'autres matières excèdent le rôle de simples garnitures, le classement s'effectue conformément aux Règles générales[9].

[9] The Explanatory Note to heading 62.16 states:

> The classification of goods in this Chapter is not affected by the presence of parts or accessories of, for example, knitted or crocheted fabrics, furskin, feather, leather, plastics or metal. Where, however, the presence of such materials constitutes **more than mere trimming** the articles are classified in accordance with the relative Chapter Notes (particularly Note 4 to Chapter 43 and Note 2 (b) to Chapter 67, relating to the presence of furskin and feathers, respectively), or failing that, according to the General Interpretive Rules. [Emphasis in original.]

[9] La Note explicative accompagnant la position 62.16 est ainsi libellée :

> Les articles du présent Chapitre peuvent comporter des parties ou accessoires : en bonneterie, en matière plastique, en cuir, en pelleteries, en métal, en plumes, par exemple. Toutefois, lorsque ces parties **excèdent** le rôle de simples garnitures, les vêtements et accessoires du vêtement sont classés conformément aux Notes spéciales des Chapitres (voir, en particulier, la Note 4 du Chapitre 43 et la Note 2 b) du Chapitre 67 en ce qui concerne respectivement la présence de pelleteries et de parties en plumes) ou, à défaut, conformément aux Règles générales interprétatives. [En caractère gras dans l'original.]

[37] Having already found that the hockey gloves met the description of heading 62.16, the CITT recognized that the Explanatory Note directed it to apply Rule 2(b) to assess whether that heading could be extended to cover the gloves notwithstanding the inclusion of plastic materials, since they constituted more than mere trimming (para. 71). It considered Explanatory Note (XII) to Rule 2(b), observing that "Rule 2 (b) does not allow extending the terms of a heading to the point where Rule 1 is ignored" (para. 79), but ultimately concluded — employing the language of Explanatory Note (XII) — that "the presence of the plastic components in the goods in issue does not deprive them of their character as gloves of textile fabrics" (para. 81). The gloves were not *prima facie* classifiable as articles of plastics under heading 39.26, but they were classifiable under heading 62.16 as gloves, mittens or mitts. And, since heading 62.16 was the *only* heading under which the gloves were *prima facie* classifiable, the CITT held that this was the appropriate classification for the gloves, and it dismissed Igloo Vikski's appeal.

D. *The Alleged Errors*

[38] The Federal Court of Appeal identified what it considered to be errors in the CITT's reasoning which, it said, renders the decision unreasonable. Specifically, it held that the CITT had misapplied the General Rules by requiring that a good be described by a heading using Rule 1 before Rule 2 can be applied. Igloo Vikski adopts this argument on appeal, and also says that the CITT misinterpreted the Explanatory Note to heading 39.26.

(1) Misapplication of the General Rules

[39] The Federal Court of Appeal held that the CITT misapplied the General Rules by requiring as "a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods in issue need first to meet the description in a heading pursuant to Rule 1" (para. 11). It also found that the CITT had erred by failing to apply Rule 2(b) to extend heading 39.26 to

[37] Le TCCE, ayant conclu que les gants de hockey correspondaient aux termes de la position 62.16, a reconnu qu'il fallait, conformément à la Note explicative, appliquer la Règle 2b) pour déterminer s'il était possible d'étendre la portée de la position de manière à y inclure les gants, même s'ils comportaient des matières plastiques, car celles-ci excédaient le rôle de simples garnitures (par. 71). À propos de la Note explicative XII) accompagnant la Règle 2b), il a signalé que « la Règle 2 b) ne permet pas d'étendre la portée du libellé d'une position jusqu'à exclure la Règle 1 » (par. 79), mais a fini par conclure, en reprenant le libellé de la Note explicative XII), que « la présence de matières plastiques dans les marchandises en cause n'a pas pour effet d'enlever leur caractère de gants en matières textiles » (par. 81). Les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 (matières plastiques); ils pouvaient cependant être classés dans la position 62.16 (gants, mitaines et moufles). Vu que la position 62.16 était la *seule* dans laquelle les gants paraissaient devoir être classés, le TCCE, concluant que c'était le bon classement, a rejeté l'appel interjeté par Igloo Vikski.

D. *Erreurs soulevées*

[38] La Cour d'appel fédérale a soulevé ce qui, selon elle, constitue des erreurs dans le raisonnement du TCCE qui, à son avis, ont pour effet de rendre la décision déraisonnable. Plus précisément, elle était d'avis que le TCCE avait mal interprété les Règles générales en estimant qu'il fallait appliquer la Règle 1 et déterminer si l'article correspond aux termes d'une position, avant d'appliquer la Règle 2. Igloo Vikski a fait sien cet argument en appel et fait aussi valoir que le TCCE a mal interprété la Note explicative accompagnant la position 39.26.

(1) Application erronée des Règles générales

[39] De l'avis de la Cour d'appel fédérale, le TCCE a mal appliqué les Règles générales, « puisqu'aucune condition préalable à l'application de la Règle 2b) n'exige que les marchandises en cause doivent premièrement correspondre à la description de la position visée en vertu de la Règle 1 » (par. 11). Selon elle, le TCCE avait également commis une erreur en

cover the gloves, and that the CITT's decision was therefore unreasonable.

[40] In reaching this decision, the Federal Court of Appeal in my respectful view misapprehended the structure of the General Rules. More precisely, it did not appreciate the conjunctive nature of the application of Rules 1 and 2 to a determination of the heading(s) under which a good is *prima facie* classifiable.

[41] As I have already explained, Rules 1 and 2 are not mutually exclusive classification rules. Rule 1 simply provides that classification must be done according to the headings and relevant Section and Chapter Notes. Rule 2 deems that certain references in headings include unfinished goods or goods composed of different materials. Where Rule 2 applies, it informs the content of the headings by which Rule 1 directs that the appropriate classification is to be determined.

[42] While in some respects the CITT's reasons lack perfect clarity, reasonableness review does not require perfection. The CITT's decision is reasonable if its reasons "allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes": *Newfoundland Nurses*, at para. 16.

[43] My review of the CITT's reasons satisfies me that they meet this standard. Those reasons show:

1. The CITT considered whether the gloves fell within either heading 62.16 (as "[g]loves, mittens and mitts") or heading 39.26 (as "articles of plastics"), and it found that they met the description of heading 62.16.

2. The CITT recognized that the Explanatory Note directed it to Rule 2(b) because of the presence of plastics in the gloves constituting more than mere trimming.

omettant d'appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants. La décision de la TCCE était donc déraisonnable.

[40] Soit dit en tout respect, ce faisant, la Cour d'appel fédérale a mal saisi l'économie des Règles générales. Plus précisément, elle n'a pas compris que les Règles 1 et 2 doivent être appliquées en tandem lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle position (ou positions) un article paraît devoir être classé.

[41] Comme je l'ai expliqué, les Règles 1 et 2 ne s'excluent pas l'une l'autre. La Règle 1 prévoit simplement que le classement est déterminé d'après les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres pertinentes. La Règle 2 assimile le renvoi à un article complet dans une position à un renvoi à un article non fini ou constitué de matières diverses. Lorsque la Règle 2 s'applique, elle vient éclairer les termes des positions d'après lesquels le classement doit s'effectuer en application de la Règle 1.

[42] Certes, à certains égards les motifs du TCCE ne sont pas parfaitement limpides, mais le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n'exige pas la perfection. La décision du TCCE est raisonnable si ses motifs « permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles » (*Newfoundland Nurses*, par. 16).

[43] Mon analyse des motifs du TCCE me convainc qu'ils répondent à ce critère. Ils démontrent les éléments suivants :

1. Le TCCE s'est demandé si les gants pouvaient être classés dans la position 62.16 (« [g]ants, mitaines et moufles ») ou dans la position 39.26 (« matières plastiques ») et a conclu qu'ils répondaient aux termes de la position 62.16.

2. Le TCCE a reconnu qu'aux termes de la Note explicative, il devait appliquer la Règle 2b), car les gants comportaient des parties en matière plastique qui excédaient le rôle de simples garnitures.

3. In considering whether the goods met the description of heading 39.26 as articles of plastics, the CITT concluded — having reference to the Explanatory Note to heading 39.26 — that only items of clothing or accessories which were made by sewing or sealing sheets of plastic together could be classified under heading 39.26. As the gloves could not meet the description in the heading, so understood, there was therefore no basis for applying Rule 2(b) to extend that heading.

[44] This is a reasonable application of the General Rules. Further, the Federal Court of Appeal erred in supposing that Rule 2(b) can be applied to extend the scope of a heading to include a particular good where no part of that good falls within the heading. While Rule 2(b) deems a reference in a heading to a material to include a mixture of that material with other substances, the Section, Chapter Notes, and Explanatory Notes still apply when classifying that good as if it were made exclusively of the material referenced by the heading. Yet, the Federal Court of Appeal's statement that "it is not a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods in issue need first to meet the description in a heading pursuant to Rule 1" (para. 11) implicitly suggests otherwise, as does my colleague, Côté J. This is because it holds open the possibility that a good could be classified by operation of Rule 2(b) under a heading (here, heading 39.26), even though — when the Explanatory Note thereto or the relevant Section or Chapter Notes are accounted for — the good does not meet the description of the heading (as an "articl[e] of plastics") and is therefore not *prima facie* classifiable under Rule 1.

[45] With respect, this reasoning is contrary to the application of the General Rules. For Rule 2(b) to apply, the goods under consideration must, in

3. Après avoir étudié la question de savoir si les marchandises répondaient aux termes de la position 39.26 et constituaient des matières plastiques, le TCCE est arrivé à la conclusion — sur le fondement de la Note explicative accompagnant la position 39.26 — que seuls les vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles relèvent de cette position. Comme les gants ne répondaient pas aux termes de cette position, comme il faut l'entendre, il n'y avait pas lieu d'appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position.

[44] Il s'agit d'une application raisonnable des Règles générales. En outre, la Cour d'appel fédérale a fait erreur en supposant que la Règle 2b) s'applique pour étendre la portée d'une position de manière à y inclure un article dont aucune partie ne peut y être classée. Si aux termes de la Règle 2b) la mention d'une matière dans une position est assimilée à la mention de cette matière mélangée ou associée à d'autres matières, il demeure que les Notes de Sections ou de Chapitres et les Notes explicatives s'appliquent au classement de l'article comme s'il était constitué à l'état pur de la matière mentionnée dans la position. Et pourtant, l'affirmation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle « aucune condition préalable à l'application de la Règle 2b) n'exige que les marchandises en cause doivent premièrement correspondre à la description de la position visée en vertu de la Règle 1 » (par. 11) indique implicitement le contraire, comme l'estime également ma collègue, la juge Côté. En effet, suivant cette affirmation, une marchandise pourrait être classée par application de la Règle 2b) dans une position (en l'occurrence la position 39.26), même si, compte tenu de la Note explicative accompagnant cette position ou les Notes de Section ou de Chapitre pertinentes, la marchandise ne répond pas aux termes de la position (il ne s'agit pas d'une « matièr[e] plastiqu[e] ») et ne paraît donc pas devoir être classée dans cette position conformément à la Règle 1.

[45] Soit dit en tout respect, ce raisonnement est contraire à la bonne application des Règles générales. Pour que la Règle 2b) s'applique, la marchandise

accordance with Rule 1, meet the description contained in that heading in whole or in part (once the relevant Chapter, Section, or Explanatory Notes are taken into account) — in this case, as "[g]loves, mittens [or] mitts" under heading 62.16, or as "articles of plastics" under heading 39.26. To be clear, a good *must* be described in whole or in part by a heading — even if it may ultimately not be classified under that heading because of its unfinished or composite nature — before Rule 2 can be applied. This is consistent with the process of reasoning applied by the CITT to this case, and the reasonableness of its decision is unassailable on this basis.

(2) Misinterpretation of the Explanatory Note to Heading 39.26

[46] This leaves Igloo Vikski's objection to the CITT's interpretation of the Explanatory Note to heading 39.26. Igloo Vikski says that the CITT's interpretation was unreasonable because it transformed language of "inclusion" into language of "exclusion". It submits that this error led the CITT to treat heading 39.26 differently from heading 62.16, thereby resulting in an unreasonable decision as a whole.

[47] I do not agree. While an alternate interpretation to that given by the CITT to the Explanatory Note is available, this does not mean that the CITT's interpretation was necessarily unreasonable.

[48] Certainly, the Explanatory Note to heading 39.26 contains inclusive language. Having stated that the heading covers articles "of other materials of headings 39.01 to 39.14", it then proceeds to describe those "other materials":

> They include:
>
> (1) Articles of apparel and clothing accessories (**other than** toys) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies' bibs, raincoats, dress shields, ... [Emphasis in original.]

en question doit, conformément à la Règle 1, répondre aux termes de la position, en tout ou en partie (compte tenu des Notes explicatives ou des Notes de Chapitre ou de Section pertinentes), en l'occurrence, correspondre à des « [g]ants, mitaines [ou] moufles » (position 62.16) ou à des « matières plastiques » (position 39.26). Précisons qu'il *faut* d'abord que l'article réponde, en tout ou en partie, aux termes d'une position — même si en dernière analyse il pourrait être classé dans une autre position en raison de son état non fini ou composite — avant que n'intervienne la Règle 2. Le raisonnement du TCCE en l'espèce va dans le même sens. Le caractère raisonnable de sa décision est donc inattaquable sur ce plan.

(2) Interprétation erronée de la Note explicative accompagnant la position 39.26

[46] Reste l'objection formulée par Igloo Vikski contre l'interprétation par le TCCE de la Note explicative accompagnant la position 39.26. Igloo Vikski prétend que cette interprétation est déraisonnable au motif qu'elle transforme des termes d'« inclusion » en termes d'« exclusion ». L'intimée fait valoir que cette erreur a amené le TCCE à traiter différemment les positions 39.26 et 62.16, ce qui s'est traduit par une décision déraisonnable dans l'ensemble.

[47] Je ne suis pas d'accord. Le fait qu'une autre interprétation de la Note explicative est possible ne rend pas celle du TCCE déraisonnable pour autant.

[48] Certes, la Note explicative accompagnant la position 39.26 est rédigée en termes d'« inclusion ». Elle dispose que la position couvre les ouvrages « en autres matières des n^{os} 39.01 à 39.14 » et décrit ensuite ces « autres matières » :

> Sont donc notamment compris ici :
>
> 1) Les vêtements et accessoires du vêtement (**autres que** les jouets) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures, les bavoirs pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. . . [En caractère gras dans l'original.]

[49] The Explanatory Note *overall* begins with inclusive language ("[t]hey include"), but para. (1) of the Note *specifically* does not. The examples listed in para. (1) ("e.g., aprons, belts, . . .") illustrate the types of articles that meet the criteria of "[a]rticles of apparel and clothing accessories . . . made by sewing or sealing sheets of plastics". The addition of such examples does not, however, render those criteria non-exhaustive. In *Sher-Wood*, the CITT interpreted para. (1) as exclusive in nature — that is, only those articles of clothing or accessories which can meet the general description in para. (1) are classifiable under heading 39.26. In this case, the CITT adopted the same interpretation (para. 55), meaning that only articles of clothing or accessories made by sewing or sealing sheets of plastic together may be classified under heading 39.26, because that is the only type of clothing or accessories described. This led ultimately to the CITT's conclusion that it could not use Rule 2(b) to extend heading 39.26 to cover the gloves (paras. 55 and 66-69): *even if* the gloves were comprised entirely of plastics, they could not be classified under heading 39.26 as they were not made by sewing or sealing sheets of plastic together.

[49] La Note explicative commence *globalement* par des termes généraux (« [s]ont donc notamment compris ici »), mais ce n'est pas le cas *particulier* du par. 1) de la Note. Les exemples énumérés au par. 1) (« notamment les tabliers, les ceintures . . . ») illustrent le type d'ouvrages correspondant aux critères de « vêtements et accessoires du vêtement [. . .] confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles ». L'ajout de ces exemples n'a pas pour effet de rendre ces critères non exhaustifs. Dans l'affaire *Sher-Wood*, le TCCE a conclu que le par. 1) est exclusif, c'est-à-dire que seuls les vêtements et accessoires du vêtement qui répondent aux termes généraux au par. 1) peuvent être classés dans la position 39.26. En l'espèce, le TCCE a adopté la même interprétation (par. 55) : seuls les vêtements et accessoires du vêtement confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles peuvent être classés dans la position 39.26, car c'est le seul type de vêtements ou d'accessoires du vêtement qui y est décrit. C'est ainsi que le TCCE a conclu qu'il ne pouvait appliquer la Règle 2b) pour étendre la portée de la position 39.26 de manière à y inclure les gants (par. 55 et 66-69), et ce *même si* les gants étaient confectionnés entièrement de matières plastiques, car ils n'étaient pas confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles.

[50] While another interpretation of the effect of the inclusive language preceding the list of 12 items in the Explanatory Note was available to the CITT (specifically, that it directs that the description contained within each list item is non-exclusive, as well as the list itself), the CITT's interpretation is far from unreasonable. Even accepting that the term "include" typically denotes that a non-exhaustive list is to follow (*National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1041, per La Forest J.), which the CITT does not deny in its reasons, the non-exhaustive quality of each list item in this case can reasonably be seen as a distinct matter. It is reasonable to interpret that list item as stating exhaustively its own criteria — meaning, in this case, that if an article of clothing or accessories

[50] Quoiqu'une autre interprétation de l'effet des termes d'inclusion de la phrase liminaire précédant la liste de 12 éléments de la Note explicative ait été possible (à savoir que ces termes révélaient le caractère non exclusif à la fois de la liste et de ses éléments), celle du TCCE est loin d'être déraisonnable. Même si l'on accepte que le terme « notamment [compris] » indique généralement une liste non exhaustive (*Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1041, le juge La Forest), ce que les motifs du TCCE ne démentent pas, on peut aussi raisonnablement estimer que le caractère exhaustif ou non de chaque élément de la liste en l'espèce constitue une question distincte. Il est raisonnable d'arriver à la conclusion que cet élément précis énonce un critère

is to be classified in heading 39.26, it must be made by sewing or sealing sheets of plastic together.

IV. Conclusion

[51] Read as a whole, the CITT's decision classifying the gloves under heading 62.16 was reasonable. The CITT neither misapplied the General Rules, nor interpreted heading 39.26 and its Explanatory Note in an unreasonable manner. I would allow the appeal and restore the classification decision of the CITT.

[52] The Attorney General of Canada is entitled to her costs in this Court and at the Federal Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

[53] CÔTÉ J. (dissenting) — I apply the same standard of review as my colleague Brown J., i.e. reasonableness, however, I disagree with his conclusion that the Canadian International Trade Tribunal's interpretation is reasonable. Indeed, I find that the Tribunal's decision falls well outside the range of reasonable interpretations. It is not justifiable because it contradicts the cascading nature of the General Rules for the Interpretation of the Harmonized System (comprised in the Schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), it is internally contradictory, and it interprets the World Customs Organization's *Explanatory Notes to the Harmonized Commodity Description and Coding System* in a manner that is irreconcilable with their words. Consequently, I would dismiss the appeal.

[54] At issue in the present appeal is the classification of five models of ice hockey goaltender gloves. Igloo Vikski Inc. ("Igloo Vikski") had initially contested the classification of six models of gloves. On further redetermination, however, the Canada Border

exhaustif — c'est-à-dire, en l'occurrence, que pour être classé dans la position 39.26, un vêtement ou un accessoire du vêtement doit être confectionné par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles.

IV. Conclusion

[51] Globalement, la décision du TCCE ayant classé les gants dans la position 62.16 était raisonnable. Le TCCE n'a pas mal appliqué les Règles générales ni donné au libellé de la position 39.26 et à sa Note explicative une interprétation déraisonnable. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de rétablir la décision du TCCE sur le classement.

[52] Le procureur général du Canada a droit aux dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

Version française des motifs rendus par

[53] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — J'applique la norme de contrôle de la décision raisonnable, tout comme mon collègue, le juge Brown, mais je ne partage pas sa conclusion selon laquelle la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur était raisonnable. En effet, j'estime que la décision du Tribunal ne fait aucunement partie des interprétations raisonnables. Elle n'est pas justifiable, car elle va à l'encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé (comprises dans l'annexe au *Tarif des douanes*, L.C. 1997, c. 36), elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des *Notes explicatives du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* de l'Organisation mondiale des douanes une lecture qui est incompatible avec leur libellé. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

[54] La question en litige en l'espèce concerne le classement de cinq modèles de gants de gardiens de but pour le hockey sur glace. Igloo Vikski Inc. (« Igloo Vikski ») avait d'abord contesté le classement de six modèles. Toutefois, après avoir procédé

Services Agency ("CBSA") reclassified one model (GBX5) as "Other articles of plastics" under tariff item No. 3926.20.92, which is titled "Mittens; Non-disposable gloves" and includes the item "Gloves, specially designed for use in sports". The CBSA concluded that the remaining five models were properly classified under tariff item No. 6216.00.00, which is titled "Gloves, mittens and mitts". Igloo Vikski appealed the classification of the remaining five models on the basis they should also be reclassified under tariff item No. 3926.20.92 as "Gloves, specially designed for use in sports".

à une révision, l'Agence des services frontaliers du Canada (l'« ASFC ») a reclassé un modèle de gants (GBX5) comme appartenant à la catégorie des « Autres ouvrages en matières plastiques », dans le numéro tarifaire 3926.20.92, intitulé « Moufles (mitaines); Gants non jetables », qui comprend la catégorie « Gants, conçus spécialement pour usages sportifs ». L'ASFC a conclu que les cinq autres modèles avaient été classés à bon droit dans le numéro tarifaire 6216.00.00 (« Gants, mitaines et moufles »). Igloo Vikski a interjeté appel du classement de ces cinq modèles, faisant valoir qu'ils auraient dû être classés aussi dans le numéro tarifaire 3926.20.92, à savoir « Gants, conçus spécialement pour usages sportifs ».

I. Standard of Review

[55] The standard of review of reasonableness is applicable in this case since it is well established that the Canadian International Trade Tribunal is a highly specialized tribunal and the question before this Court falls within its expertise. As I will discuss below, the *Customs Tariff* is a technical piece of legislation that involves unique Canadian and international rules of interpretation (*Minister of National Revenue (Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.), at para. 5). That being said, I wish to say a couple of things about reasonableness review that will be relevant to my review of the merits.

I. Norme de contrôle

[55] La norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique en l'espèce, car il est bien établi que le Tribunal canadien du commerce extérieur est un tribunal hautement spécialisé, et la question dont nous sommes saisis s'inscrit dans son domaine d'expertise. Comme je l'explique plus loin, le *Tarif des douanes* est une loi technique qui fait intervenir des règles d'interprétation uniques tant canadiennes qu'internationales (*Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719 (C.A.F.), par. 5). Cela dit, je souhaite faire quelques commentaires à propos de la norme de contrôle de la décision raisonnable qui éclaireront mon analyse au fond.

[56] My colleague acknowledges that reasonableness review is concerned with two aspects: ". . . the reasonableness of the substantive outcome of the decision, and . . . the process of articulating that outcome" (para. 18). These two aspects were described by a majority of this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190:

[56] Mon collègue reconnaît que le contrôle selon la norme de la décision raisonnable s'intéresse à deux aspects : « . . . au caractère raisonnable du résultat concret de la décision ainsi qu'au raisonnement qui l'a produit » (par. 18). Ces deux aspects sont décrits par les juges majoritaires de la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 :

A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency

La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance

and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

The majority in *Dunsmuir* further explained that deference under the reasonableness standard "does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations" (para. 48). An indefensible process of reasoning cannot be saved by the mere fact that the outcome itself may be, in the end, an available one. In *Dunsmuir*, the majority concluded that the decision was unreasonable because the reasoning process was "deeply flawed" and "relied on and led to a construction of the statute that fell outside the range of admissible statutory interpretations" (para. 72).

[57] Moreover, while reasonableness is a single standard of review, it takes its colour from the context (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59) and "must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors" (*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18). In the statutory context, for example, "[w]here the ordinary tools of statutory interpretation lead to a single reasonable interpretation and the administrative decision maker adopts a different interpretation, its interpretation will necessarily be unreasonable" (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 38).

[58] In the present case, we are dealing with the interpretation of a statute that was enacted to implement the *International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System*, Can. T.S. 1988 No. 38. The *Convention* is aimed at achieving uniformity and consistency in tariff classifications across jurisdictions and provides a set of rules the states parties must apply when classifying imported goods. The Attorney General states

de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Les juges majoritaires dans cette affaire expliquent par ailleurs que la déférence qui s'impose lors du contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne signifie pas « que les cours de justice doivent s'incliner devant les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations » (par. 48). Un raisonnement indéfendable ne saurait être validé par le simple fait qu'au bout du compte, son issue faisait partie des options possibles. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires concluent au caractère déraisonnable de la décision parce que le raisonnement qui l'a produit était « foncièrement défectueux » et « s'appuyait et débouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables » (par. 72).

[57] En outre, même si la norme de la décision raisonnable constitue une norme de contrôle unique, elle s'adapte au contexte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59), et « le caractère raisonnable de la décision s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents » (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18). En matière d'interprétation législative, par exemple, « [l]orsque les méthodes habituelles d'interprétation législative mènent à une seule interprétation raisonnable et que le décideur administratif en retient une autre, celle-ci est nécessairement déraisonnable » (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 38).

[58] La présente affaire porte sur l'interprétation de la loi de mise en œuvre de la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises*, R.T. Can. 1988 n^{o} 38. La *Convention* a pour objet d'assurer l'uniformité du classement tarifaire d'un pays à l'autre et prévoit des règles à l'intention des États parties pour le classement des marchandises importées. Le procureur général affirme que [TRADUCTION]

that "[t]hese rules are designed to ensure that each individual imported good is classified within one, and only one, heading and subheading. The signatories to the Convention recognized that it would be beneficial to have a common international system for classifying goods that can be used to establish customs tariffs and to compile trade statistics. In particular, such a system facilitates negotiations between nations on customs and tariffs" (A.F., at para. 6 (footnote omitted)). Given the *Convention* parties' intention of creating a uniform classification scheme, I find that the range of reasonable statutory interpretations in this context is narrow.

[59] My colleague points out that this appeal deals not with the interpretation of the *Customs Tariff*, but rather "the application of the General Rules when determining the classification of goods under the Harmonized System" (para. 19). The General Rules are part of the *Customs Tariff* (see s. 10(1) of the *Customs Tariff* and the Schedule), and they cannot be applied in this context without first being interpreted. My colleague's discussion of the hierarchical rather than cascading nature of the General Rules at para. 29 suggests as much.

II. Concession

[60] Before turning to the merits, I will first address the matter of Igloo Vikski's concession. The Tribunal concluded that "Igloo Vikski conceded that the terms of heading No. 39.26 do not describe the goods in issue" (2013 CanLII 4408, at para. 66). My colleague, at para. 33, says that Igloo Vikski had conceded before the Tribunal "that the gloves were not *prima facie* classifiable under heading 39.26 using Rule 1 alone. Instead, it argued that the gloves were *prima facie* classifiable under heading 39.26 using a combination of Rules 1 and 2(b)" (citation omitted).

[61] The Tribunal member in the present case had previously considered the tariff classification of ice hockey skater gloves in a similar case, *Sher-Wood*

« [c]es règles sont conçues de sorte que chaque marchandise importée ne soit classée que dans une seule position et sous-position. Les signataires de la Convention reconnaissent l'utilité d'un système international commun de classement des marchandises qui permet d'établir des tarifs des douanes et des statistiques sur le commerce. Plus particulièrement, un tel système facilite les négociations entre les nations en matière de commerce et de tarifs » (m.a., par. 6 (note en bas de page omise)). Comme les parties à la *Convention* avaient l'intention de créer un régime de classement uniforme, je suis d'avis, à la lumière de ce contexte, que le nombre d'interprétations raisonnables est limité.

[59] Mon collègue indique que le présent pourvoi porte non pas sur l'interprétation du *Tarif des douanes*, mais sur « l'application des Règles générales lorsqu'il s'agit de déterminer le classement de marchandises selon le Système harmonisé » (par. 19). Les Règles générales font partie du *Tarif des douanes* (voir le par. 10(1) du *Tarif des douanes* et l'annexe) et, dans ce contexte, elles ne peuvent être appliquées sans d'abord être interprétées. C'est ce qui ressort de l'analyse à laquelle mon collègue procède au par. 29 de ses motifs, au sujet de la nature des Règles générales, qui s'appliquent à son avis de manière hiérarchique et non en cascade.

II. Concession

[60] Avant de me pencher sur le fond du litige, je désire aborder la question de la concession faite par Igloo Vikski. Selon le Tribunal, « Igloo Vikski a reconnu que le libellé de la position n^{o} 39.26 ne décrit pas les marchandises en cause » (2013 CanLII 4408, par. 66). Mon collègue affirme, au par. 33 de ses motifs, qu'Igloo Vikski a concédé devant le Tribunal « que les gants ne paraissaient pas devoir être classés dans la position 39.26 par la seule application de la Règle 1. Or, selon elle, les gants paraissaient devoir être classés dans la position 39.26 par application combinée des Règles 1 et 2b) » (référence omise).

[61] La membre du Tribunal a examiné le classement visant à déterminer le tarif applicable aux gants de joueurs de hockey sur glace dans une

Hockey Inc. v. Canada (Border Services Agency, President) (2011), 15 T.T.R. (2d) 336. In *Sher-Wood*, she concluded that, "as it relates to articles of apparel and clothing accessories, heading No. 39.26 only includes certain articles of plastics, *i.e.* those that are made by 'sewing or sealing sheets of plastics'" (p. 362). Before the same Tribunal member, Igloo Vikski did not dispute this interpretation of heading No. 39.26 (paras. 54-55).

[62] A concession, to be considered as such, has to be of a clear nature. Assuming — without deciding — that it is a concession, it should be accorded little to no weight in the context of these proceedings as it was merely Igloo Vikski's opinion on a matter of law (*Phipson on Evidence* (15th ed. 2000), at para. 28-11), namely the proper interpretation of heading No. 39.26. In addition, Igloo Vikski's position throughout these proceedings has been that the gloves should be classified pursuant to Rule 3(b), which requires in this case that the gloves be *prima facie* classifiable under both headings No. 39.26 and No. 62.16. The issue of whether the gloves are classifiable under heading No. 39.26 was the subject of a fulsome debate in the proceedings below and before this Court, and should be addressed.

III. The Tribunal's Decision Was Unreasonable

[63] The Tribunal's decision falls outside the range of reasonable interpretations because, as I already said, it contradicts the cascading nature of the General Rules, it is internally contradictory, and it interprets the *Explanatory Notes* in a manner that is irreconcilable with their words.

[64] Turning to the first error in the Tribunal's reasons, as identified by the Federal Court of Appeal, with respect, my colleague mischaracterizes the issue in this case. The distinction between a conjunctive or hierarchical application of the General Rules as opposed to a cascading application is, in this case, irrelevant. The issue is not whether an application of Rule 2(b) requires that Rule 1 be

affaire semblable (*Sher-Wood Hockey Inc. c. President of the Canada Border Services Agency*, 2011 CarswellNat 7160 (WL Can.)). Elle a conclu dans *Sher-Wood* qu'« en ce qui concerne les vêtements et les accessoires du vêtement, la position nº 39.26 ne couvre que certains ouvrages en matières plastiques, c.-à-d. ceux qui sont confectionnés par "couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles" » (par. 73). Devant elle, Igloo Vikski n'a pas contesté cette interprétation de la position nº 39.26 (par. 54-55).

[62] Pour être considérée comme telle, une concession doit être claire. S'il s'agit effectivement d'une concession — et je ne me prononce pas sur ce point —, il ne faut y accorder que peu ou pas de poids en l'espèce, car ce n'est que l'opinion d'Igloo Vikski sur un point de droit (*Phipson on Evidence* (15e éd. 2000), par. 28-11), c'est-à-dire la bonne interprétation de la position nº 39.26. En outre, Igloo Vikski a fait valoir, et ce dès le début de l'instance, que les gants devaient être classés conformément à la Règle 3b), qui exige en l'occurrence que les gants paraissent devoir être classés dans les positions nos 39.26 et 62.16. La question de savoir si les gants peuvent être classés dans la position nº 39.26 a fait l'objet de débats approfondis devant les juridictions inférieures et devant notre Cour. Cette question doit être examinée et décidée.

III. La décision du Tribunal est déraisonnable

[63] La décision du Tribunal n'appartient pas aux interprétations raisonnables, car, je le répète, elle va à l'encontre de la nature dite « en cascade » des Règles générales, elle est intrinsèquement contradictoire et elle fait des *Notes explicatives* une lecture incompatible avec leur libellé.

[64] Quant à la première erreur dans les motifs du Tribunal soulevée par la Cour d'appel fédérale, je suis d'avis que mon collègue a mal caractérisé la question en l'espèce. La distinction entre une application conjonctive ou hiérarchique des Règles générales et une application dite « en cascade » importe peu en l'espèce. La question ne consiste pas à décider si l'application de la Règle 2b) emporte que l'on

forgotten. I agree with my colleague that this is not an available interpretation of the General Rules since Rule 2(b) functions to extend the headings under Rule 1 and, therefore, cannot operate independently of Rule 1. Rather, the error, as identified by the Federal Court of Appeal, is that the Tribunal required as a prerequisite condition to the application of Rule 2(b) that the goods must first meet the description in the heading pursuant to Rule 1.

[65] I agree with the Federal Court of Appeal that this is an error because a good does not need to first meet the description in a heading pursuant to Rule 1 in order for Rule 2(b) to apply. Such a reading is inconsistent with the text of Rule 2(b). It is precisely because certain goods consisting of more than one material or substance cannot be classified under a heading using Rule 1 alone that Rule 2(b) applies. The function of Rule 2(b) is to extend headings referring to a material under Rule 1 to include goods that are composed only partly of the material. In this regard, I agree with my colleague's finding that "[f]or Rule 2(b) to apply, the goods under consideration must, in accordance with Rule 1, meet the description contained in that heading in whole or in part" (para. 45 (emphasis added)). In this case, it is clear that the gloves were composed "in part" of plastics; it was accepted by the parties that the padding in the gloves was made predominantly of plastics (Tribunal's decision, at para. 51).

[66] Despite this, the Tribunal failed to follow the line of inquiry described in the Explanatory Notes to Rule 2(b). The Tribunal did not apply Rule 2(b) to heading No. 39.26 to determine whether Rule 2(b) could extend the heading to include the gloves (per Explanatory Note (XI) to Rule 2(b)), and whether doing so would impermissibly widen the heading to cover goods that cannot be regarded as answering the description in the heading (per Explanatory Note (XII)). According to Explanatory Note (XII),

fasse fi de la Règle 1. Je suis d'accord avec lui pour dire qu'il ne s'agit pas d'une interprétation possible des Règles générales, puisque la Règle 2b) sert à élargir la portée d'une position pour le classement en fonction de la Règle 1 et ne s'applique donc pas indépendamment de cette dernière. Or, l'erreur que la Cour d'appel fédérale reproche au Tribunal est d'avoir exigé comme prérequis que les marchandises satisfassent d'abord à la description de la position, conformément à la Règle 1, pour que la Règle 2b) s'applique.

[65] Je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale selon lequel il s'agit d'une erreur, car une marchandise ne doit pas, pour que la Règle 2b) s'applique, satisfaire d'abord aux termes de la position pour le classement en fonction de la Règle 1. Une telle lecture est incompatible avec le libellé de la Règle 2b). C'est précisément parce que certaines marchandises faites d'un mélange de matières ou de substances ne peuvent être classées dans une position en fonction de la Règle 1 seule que la Règle 2b) s'applique. La Règle 2b) a pour fonction d'élargir la portée des positions qui mentionnent une matière de sorte qu'elles puissent servir au classement, en fonction de la Règle 1, de marchandises constituées partiellement de cette matière. À cet égard, je partage l'avis de mon collègue selon qui « [p]our que la Règle 2b) s'applique, la marchandise en question doit, conformément à la Règle 1, répondre aux termes de la position, en tout ou en partie » (par. 45 (je souligne)). En l'espèce, les gants étaient manifestement faits « en partie » de matières plastiques; les parties ont d'ailleurs convenu que le rembourrage des gants était constitué pour l'essentiel de matières plastiques (motifs du Tribunal, par. 51).

[66] Malgré tout, le Tribunal n'a pas suivi la démarche décrite dans les Notes explicatives accompagnant la Règle 2b). Il n'a pas appliqué la Règle 2b) à la position nº 39.26 pour voir si la portée de cette dernière pouvait être étendue de manière à y inclure les gants (suivant la Note explicative XI) accompagnant la Règle 2b)) et si cela aurait eu pour effet d'élargir la portée de cette position jusqu'à pouvoir y inclure des articles qui ne répondent pas aux termes des libellés de cette position, ce qui n'est pas permis (suivant la

such impermissible widening would occur if the addition of another material deprived the gloves of the character of the goods of the kind mentioned in the heading. Instead of conducting this analysis, the Tribunal treated Rule 1 as a prerequisite to Rule 2(b), and simply concluded that since the gloves did not answer the description in heading No. 39.26 pursuant to Rule 1 alone, Rule 2(b) could not extend the scope of the heading to include the gloves (para. 69). The Tribunal's finding that Rule 1 must be satisfied as a prerequisite to the application of Rule 2(b) is contrary to the Explanatory Notes to Rule 2(b) and is therefore unreasonable.

Note explicative XII)). Ainsi, si on applique la Note explicative XII), il y a élargissement intolérable de la portée des positions si l'adjonction d'autres matières a pour effet d'enlever aux gants le caractère d'une marchandise reprise dans la position. Le Tribunal, au lieu de procéder à cette analyse, a considéré la Règle 1 comme un préalable à la Règle 2b) et a simplement conclu que, puisque les gants ne répondaient pas aux termes de la position n^{o} 39.26 par l'application de la Règle 1 seule, la Règle 2b) ne pouvait élargir la portée de cette position de manière à y inclure les gants (par. 69). La conclusion du Tribunal, selon laquelle il faut que la Règle 1 puisse s'appliquer avant d'appliquer la Règle 2b), est contraire aux Notes explicatives et n'est donc pas raisonnable.

[67] The Tribunal's error in failing to apply Rule 2(b) to extend heading No. 39.26 is made even more apparent when compared to the Tribunal's application of Rule 2(b) to extend heading No. 62.16. This brings me to the second error identified by the Federal Court of Appeal. As my colleague observes, the Tribunal had to apply Rule 2(b) in order for heading No. 62.16 to apply to the gloves since the gloves included plastic that constituted more than mere trimming (paras. 36-37). In other words, Rule 1 alone was not sufficient to classify the gloves in heading No. 62.16 nor in *any* heading, and the Tribunal had to resort to Rule 2(b). In this context, the Tribunal's refusal to apply Rules 1 and 2(b) consistently to both headings No. 39.26 and No. 62.16 is internally contradictory and therefore unreasonable.

[67] Cette erreur du Tribunal — qui n'a pas appliqué la Règle 2b) de manière à étendre la portée de la position n^{o} 39.26 — ressort encore davantage du fait qu'il a appliqué la Règle 2b) pour étendre la portée de la position n^{o} 62.16. Ce qui m'amène à la deuxième erreur soulevée par la Cour d'appel fédérale. Comme mon collègue le fait remarquer, le Tribunal devait appliquer la Règle 2b) pour que les gants puissent être classés dans la position n^{o} 62.16 puisque ceux-ci comportent du rembourrage en plastique qui excède le rôle de simples garnitures (par. 36-37). Autrement dit, la Règle 1 ne pouvait être appliquée seule pour le classement des gants dans la position n^{o} 62.16 ni dans *aucune* autre position, et le Tribunal a dû recourir à la Règle 2b). Dans ce contexte, le refus du Tribunal d'appliquer les Règles 1 et 2b) uniformément aux positions n^{os} 39.26 et 62.16 est intrinsèquement contradictoire et donc déraisonnable.

[68] Third, the Tribunal's interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26 is unreasonable. That Explanatory Note reads:

[68] Troisièmement, l'interprétation par le Tribunal de la Note explicative accompagnant la position n^{o} 39.26 est déraisonnable. La Note est ainsi rédigée :

This heading covers articles, not elsewhere specified or included, of plastics (as defined in Note 1 to the Chapter) or of other materials of headings 39.01 to 39.14.

La présente position couvre les ouvrages non dénommés ni compris ailleurs en matières plastiques (tels qu'ils sont définis à la Note 1 du présent Chapitre) ou en autres matières des n^{os} 39.01 à 39.14. Sont donc notamment compris ici :

They include:

(1) Articles of apparel and clothing accessories (**other than** toys) made by sewing or sealing sheets of plastics, e.g., aprons, belts, babies' bibs, raincoats, dress-shields, etc. Detachable plastic hoods remain classified in this heading if presented with the plastic raincoats to which they belong. [Bold emphasis in original; underlining added.]

[69] The Tribunal relied on its own interpretation in *Sher-Wood*, where it concluded that as it relates to articles of apparel and clothing accessories, heading No. 39.26 only includes articles of plastics that are made by "sewing or sealing sheets of plastics" (*Sher-Wood*, at pp. 351 and 362).

[70] In my view, the Tribunal's interpretation is unreasonable as it is contrary to the words of the Explanatory Note. On a plain reading, the words "they include" (in French "*sont . . . notamment compris*") clearly indicate that what follows is a non-exhaustive list. The list does not limit what can be classified under heading No. 39.26; it merely describes what types of articles are included.

[71] In *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, this Court had to interpret a standard mortgage clause. La Forest J., writing for the majority, considered the meaning of the word "including" (in French, "*notamment*") where it follows a general term and is used to introduce a list of specific examples. La Forest J. held that "include" or "including" are "terms of extension, designed to enlarge the meaning of preceding words, and not to limit them" (p. 1041). He further explained that "the natural inference is that the drafter will provide a specific illustration of a subset of a given category of things in order to make it clear that that category extends to things that might otherwise be expected to fall outside it" (p. 1041). Similarly, Professor Ruth Sullivan states that "[t]he purpose of a list of examples following the word 'including' is normally to emphasize the broad range of general

1) Les vêtements et accessoires du vêtement (**autres que** les jouets) confectionnés par couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles, notamment les tabliers, les ceintures les bavoirs pour bébés, les imperméables et les dessous-de-bras. Les capuchons amovibles en matières plastiques, présentés avec les imperméables en matières plastiques auxquels ils sont destinés, restent classés dans la présente position. [En caractère gras dans l'original; je souligne.]

[69] Le Tribunal a repris en l'espèce l'interprétation qu'il avait donnée dans *Sher-Wood*, où il concluait que la position n° 39.26, lorsqu'il s'agit de vêtements ou d'accessoires du vêtement, ne vise que les articles confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles » (*Sher-Wood*, par. 44 et 73).

[70] À mon avis, cette interprétation est déraisonnable, car elle est contraire au libellé de la Note explicative. Dans son sens ordinaire, l'expression « sont [. . .] notamment compris » (« *they include* » en anglais) indique clairement qu'une liste non exhaustive suit. La liste sert, non pas à limiter les articles susceptibles d'être classés dans la position n° 39.26, mais à décrire simplement le genre d'articles compris.

[71] Dans l'arrêt *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, la Cour était appelée à interpréter une clause hypothécaire type. Écrivant au nom des juges majoritaires, le juge La Forest a analysé la signification du terme « *including* » (« notamment » en français) dans les cas où il suit un terme général dans la phrase liminaire et sert à présenter une liste de termes spécifiques. Selon le juge La Forest, les termes « *include* » et « *including* » sont « des termes d'extension, destinés à élargir le sens des termes précédents, et non à les limiter » (p. 1041). Il poursuit en disant qu'« il est naturel de déduire que le rédacteur donnera une illustration précise d'un sous-ensemble d'une catégorie de choses donnée pour montrer clairement que cette catégorie comprend des choses dont, par ailleurs, on pourrait s'attendre à ce qu'elles n'en fassent pas partie » (p. 1041). Dans la même

language and to ensure that it is not inappropriately read down so as to exclude something that is meant to be included" (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 74).

[72] A contextual interpretation of the Explanatory Note to heading No. 39.26, consistent with the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, which informs the interpretation of international instruments, further supports this view. According to Article 31 of the *Vienna Convention*, "[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." When the Explanatory Note to heading No. 39.26 is read in relation to other Explanatory Notes, it is evident that the drafters used clearly restrictive language where they intended to exclude goods from a heading. Take, for example, the Explanatory Note 3 to Chapter 39, one of the chapters that is presently at issue:

3. Headings 39.01 to 39.11 apply only to goods of a kind produced by chemical synthesis, falling in the following categories:

   (a) Liquid synthetic polyolefins of which less than 60 % by volume distils at 300 °C, after conversion to 1,013 millibars when a reduced-pressure distillation method is used (headings 39.01 and 39.02);

   (b) Resins, not highly polymerised, of the coumarone-indene type (heading 39.11);

   (c) Other synthetic polymers with an average of at least 5 monomer units;

   (d) Silicones (heading 39.10);

   (e) Resols (heading 39.09) and other prepolymers. [Emphasis added.]

veine, la professeure Ruth Sullivan indique que [TRADUCTION] « [l]'objet d'une liste d'exemples après le terme "including" consiste normalement à mettre en évidence la grande variété de termes généraux et à éviter qu'elle ne soit interprétée restrictivement à tort de sorte qu'un élément qui doit être inclus en soit exclu » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 74).

[72] Une interprétation contextuelle de la Note explicative accompagnant la position nº 39.26 conforme à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 nº 37, laquelle éclaire l'interprétation des instruments internationaux, étaye également cette conclusion. Aux termes de l'art. 31 de la *Convention de Vienne*, « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. » Il ressort de la Note explicative accompagnant la position nº 39.26, lorsqu'on la compare à d'autres Notes explicatives, que les rédacteurs ont employé des termes manifestement restrictifs lorsqu'ils entendaient exclure des marchandises du classement dans une position. Par exemple, la Note explicative 3 accompagnant le Chapitre 39, l'un des chapitres en cause en l'espèce, est ainsi libellée :

3. N'entrent dans les nos 39.01 à 39.11 que les produits obtenus par voie de synthèse chimique et relevant des catégories ci-après :

   a) les polyoléfines synthétiques liquides dont moins de 60 % en volume distillent à 300 ºC rapportés à 1.013 millibars de mercure par application d'une méthode de distillation à basse pression (nos 39.01 et 39.02);

   b) les résines faiblement polymérisées du type coumarone-indène (nº 39.11);

   c) les autres polymères synthétiques comportant au moins 5 motifs monomères, en moyenne;

   d) les silicones (nº 39.10);

   e) les résols (nº 39.09) et les autres prépolymères. [Je souligne.]

[73] Another example is the Explanatory Note 1(u) to Chapter 95 ("Toys, games and sports requisites; parts and accessories thereof"):

> 1. This Chapter does not cover:
>
> . . .
>
> (u) Racket strings, tents or other camping goods, or gloves, mittens and mitts (classified according to their constituent material); . . . . [Emphasis added.]

[74] Unlike the expressions "apply only" and "does not cover", the term "include" in the Explanatory Note to heading No. 39.26 is open-ended and non-exhaustive. Therefore, read in context, the term "include" does not demonstrate an intention to restrict the heading to the list that follows. In other words, just because the gloves are not made by "sewing or sealing sheets of plastics" does not mean they are excluded from heading No. 39.26. The Tribunal's restrictive interpretation was contrary to both an ordinary and contextual reading of the Explanatory Note and is therefore unreasonable.

[75] For the above reasons, I would dismiss the appeal and confirm the decision of the Federal Court of Appeal to refer the matter back for adjudication, based on an analysis which takes into account the complete application of Explanatory Notes (XI) to (XIII) to Rule 2(b).

Appeal allowed with costs, CÔTÉ J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Power Law, Vancouver.

[73] La Note explicative 1u) accompagnant le Chapitre 95 (« Jouets, jeux, articles pour divertissements ou pour sports; leurs parties et accessoires ») constitue un autre exemple :

> 1. Le présent Chapitre ne comprend pas :
>
> . . .
>
> u) les cordes pour raquettes, les tentes, les articles de campement et les gants, mitaines et moufles, en toutes matières (régime de la matière constitutive); . . . [Je souligne.]

[74] Contrairement aux expressions restrictives « [n]'entrent [. . .] que » et « ne comprend pas », l'expression « notamment compris » qui figure dans la Note explicative accompagnant la position nº 39.26 est ouverte et non exhaustive. Par conséquent, compte tenu du contexte, l'expression ne dénote pas une intention de restreindre aux éléments énumérés les marchandises susceptibles d'être classées dans la position. Autrement dit, ce n'est pas parce que les gants ne sont pas confectionnés par « couture ou collage à partir de matières plastiques en feuilles » qu'ils doivent être exclus du classement dans la position nº 39.26. L'interprétation restrictive adoptée par le Tribunal est contraire tant à une interprétation selon le contexte qu'à une interprétation selon le sens ordinaire des mots de la Note explicative et est donc déraisonnable.

[75] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer la décision de la Cour d'appel fédérale qui avait renvoyé l'affaire au Tribunal pour qu'il procède à une nouvelle analyse en tenant compte cette fois de l'application des Notes explicatives XI) à XIII) accompagnant la Règle 2b).

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge CÔTÉ *est dissidente.*

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Power Law, Vancouver.

Conférence des juges de paix magistrats du Québec, Christine Auger, Jacques Barbès, Réjean Bédard, Dominique Benoît, Georges Benoît, Michel Boissonneault, Suzanne Bousquet, Sylvie Desmeules, Julie Dionne, Marie-Chantal Doucet, Louis Duguay, Gaby Dumas, Nathalie Duperron Roy, Réna Émond, Pierre Fortin, Louise Gallant, Marie-Josée Hénault, François Kouri, Jean-Georges Laliberté, Robert Lanctôt, Luc Marchildon, Sylvie Marcotte, Nicole Martin, Danielle Michaud, Gilles Michaud, Lucie Morissette, Monique Perron, Jean-Gilles Racicot, Gaétan Ratté, Marc Renaud, Rosaire Vallières, Pierre Verrette, Johanne White, Gilles Pigeon, Léopold Goulet, Yannick Couture, Marie-Claude Bélanger and Patricia Compagnone *Appellants*

v.

Attorney General of Quebec and Minister of Justice of Quebec *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Conférence des juges de la Cour du Québec

and

Association of Justices of the Peace of Ontario *Interveners*

Indexed as: Conférence des juges de paix magistrats du Québec *v.* Quebec (Attorney General)

2016 SCC 39

File No.: 36165.

2016: January 18; 2016: October 14.

Conférence des juges de paix magistrats du Québec, Christine Auger, Jacques Barbès, Réjean Bédard, Dominique Benoît, Georges Benoît, Michel Boissonneault, Suzanne Bousquet, Sylvie Desmeules, Julie Dionne, Marie-Chantal Doucet, Louis Duguay, Gaby Dumas, Nathalie Duperron Roy, Réna Émond, Pierre Fortin, Louise Gallant, Marie-Josée Hénault, François Kouri, Jean-Georges Laliberté, Robert Lanctôt, Luc Marchildon, Sylvie Marcotte, Nicole Martin, Danielle Michaud, Gilles Michaud, Lucie Morissette, Monique Perron, Jean-Gilles Racicot, Gaétan Ratté, Marc Renaud, Rosaire Vallières, Pierre Verrette, Johanne White, Gilles Pigeon, Léopold Goulet, Yannick Couture, Marie-Claude Bélanger et Patricia Compagnone *Appelants*

c.

Procureure générale du Québec et Ministre de la justice du Québec *Intimées*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, Conférence des juges de la Cour du Québec

et

Association des juges de paix de l'Ontario *Intervenants*

Répertorié : Conférence des juges de paix magistrats du Québec *c.* Québec (Procureure générale)

2016 CSC 39

N° du greffe : 36165.

2016 : 18 janvier; 2016 : 14 octobre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Constitutional law — Judicial independence — Financial security — Justices of peace — Judicial reform — Provincial legislation amending status of justices of peace, including employment conditions, remuneration and pension plan — Whether new judicial office created — Whether committee review of remuneration and pension plan necessary and if so, when should review occur — Whether legislation infringes constitutional guarantee of judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Constitution Act, 1867, preamble — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace, S.Q. 2004, c. 12, ss. 27, 30 and 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Juges de paix — Réforme judiciaire — Statut des juges de paix, dont les conditions d'emploi, la rémunération et le régime de retraite, modifié par législation provinciale — Y a-t-il eu création d'une nouvelle charge judiciaire? — Un examen de la rémunération et du régime de retraite par un comité est-il nécessaire et, dans l'affirmative, à quel moment l'examen doit-il intervenir? — La loi porte-t-elle atteinte à la garantie constitutionnelle d'indépendance judiciaire? — Dans l'affirmative, l'atteinte se justifie-t-elle? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix, L.Q. 2004, c. 12, art. 27, 30 et 32 — Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

Constitutional law — Judicial independence — Financial security — Pensions — Justices of peace — Judicial reform — Section 178 of Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16, mandates participation of justices of peace in public service pension plan — Whether pension plan, as part of overall remuneration, meets minimum constitutional threshold required for judicial office.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Sécurité financière — Régime de retraite — Juges de paix — Réforme judiciaire — Participation des juges de paix au régime de retraite de la fonction publique imposée par l'art. 178 de la Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16 — Le régime de retraite, qui s'inscrit dans la rémunération globale, satisfait-il au seuil constitutionnel minimal qu'exige une charge judiciaire?

In 2004, the Quebec government reformed its justices of the peace regime in response to a Court of Appeal judgment declaring that the existing regime violated the tenure security guarantee of judicial independence. Six sitting justices of the peace were transitioned to the new regime, with the same remuneration as before; however, justices newly appointed to that office received a lower remuneration. None of the legislative provisions affecting remuneration were put to a reviewing committee before 2007, which then made recommendations only on a forward-looking basis. The government followed up on these recommendations by making executive Order 932-2008. In 2008, the Conférence des juges de paix magistrats du Québec and its individual members (presiding justices of the peace ("PJPs")) challenged ss. 27, 30 and 32 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace* (the "amending Act") and executive Order 932-2008, as infringing the financial security guarantee of judicial independence. In addition, the PJPs argued that s. 178 of

En 2004, le gouvernement du Québec a procédé à une réforme du régime applicable aux juges de paix en réponse au jugement de la Cour d'appel déclarant que ce régime ne respectait pas la garantie d'inamovibilité qu'exige l'indépendance judiciaire. Six juges de paix ont été transférés au nouveau régime tout en conservant leur rémunération; toutefois les juges de paix nouvellement nommés touchaient un traitement moins élevé. Aucune des dispositions législatives touchant à la rémunération n'a été soumise à l'examen d'un comité de la rémunération avant 2007; le comité n'a alors fait que des recommandations pour l'avenir. Le gouvernement a adopté le Décret 932-2008 pour donner suite aux recommandations. En 2008, la Conférence des juges de paix magistrats du Québec et ses membres (les juges de paix magistrats (« JPM ») ont contesté les art. 27, 30 et 32 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix* (la « Loi modificatrice ») et le Décret 932-2008 au motif qu'ils ne respectaient pas la garantie de

the *Courts of Justice Act* ("*CJA*"), which mandates their participation in the public service Pension Plan of Management Personnel, also infringes the financial security guarantee. Both the Superior Court and the Court of Appeal, in turn, found no violation of judicial independence because the provisions were part of a reform resulting in the creation of a new judicial office.

Held: The appeal should be allowed in part. Sections 27, 30 and 32 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace* are unconstitutional.

A judicial reform may raise questions of judicial independence both for judges occupying offices that are reformed or abolished, and for judges appointed to newly created positions. Any measure that affects remuneration will automatically trigger the institutional dimension of financial security. The initial remuneration for the new office must meet the constitutional minimum required to ensure judicial integrity. Without committee review of the initial remuneration, there is no guarantee that the constitutional minimum is met. A review is also required where the new judges were transferred from an old judicial office. The government should not be able to replace one office with another, adjust the jurisdiction, transfer the judges and change the remuneration, without any safeguards. Because sitting judges are in an existing relationship with the government, their relationship is more susceptible to the risk of manipulation. This warrants additional protection for sitting judges. Thus, while the government retains the discretion to set the remuneration of newly appointed judges, it cannot change the remuneration of sitting judges until after committee review.

To protect judicial independence when a new judicial office is created, all remuneration must be reviewed within a reasonable time. A reasonable time refers to the time required to implement a judicial reform, to establish the appropriate review committee and to ensure proper participation by the new judges. It will generally be measured in months, and not in years.

In the context of a judicial reform, the same reasons that justify deferring committee review of the remuneration for newly appointed judges apply equally to sitting judges who are transferred to a new office. Requiring prior review for sitting judges would create delays for

sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire. En outre, les JPM soutenaient que l'art. 178 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (« *LTJ* »), en les obligeant à participer au régime de retraite du personnel d'encadrement de la fonction publique, ne respectait pas non plus la garantie de sécurité financière. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que les dispositions ne menaçaient pas l'indépendance judiciaire, car elles s'inscrivaient dans le cadre d'une réforme ayant abouti à la création d'une nouvelle charge judiciaire.

Arrêt : L'appel est accueilli en partie. Les articles 27, 30 et 32 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix* sont inconstitutionnels.

Il se peut qu'une réforme judiciaire suscite des interrogations concernant l'indépendance judiciaire à l'égard non seulement des juges dont la charge a été modifiée ou abolie, mais aussi de ceux qui sont nommés à une charge nouvellement créée. Toute mesure ayant une incidence sur la rémunération des juges mettra automatiquement en jeu la dimension institutionnelle de la sécurité financière. La rémunération initiale de la nouvelle charge doit satisfaire au minimum constitutionnel requis pour assurer l'intégrité judiciaire. À défaut d'examen de la rémunération initiale par un comité, il n'existe aucune garantie que le minimum constitutionnel est respecté. Un examen s'impose également lorsque les nouveaux juges sont transférés d'une ancienne charge judiciaire. Le gouvernement ne saurait simplement remplacer une charge par une autre, en modifier la juridiction, transférer les juges et réduire leur rémunération, sans garantie. Comme les juges en exercice entretiennent déjà des rapports avec le gouvernement, le risque de manipulation est aggravé, ce qui justifie une protection supplémentaire dans leur cas. Ainsi, bien que le gouvernement puisse, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, fixer la rémunération des nouveaux juges, il ne peut modifier le traitement des juges en exercice tant que le comité n'a pas procédé à l'examen.

Pour protéger l'indépendance judiciaire lorsqu'il y a création d'une charge judiciaire, toute rémunération doit être examinée dans un délai raisonnable. Un délai raisonnable s'entend du temps qu'il faut pour effectuer une réforme judiciaire, mettre sur pied le comité d'examen et assurer une participation adéquate des nouveaux juges. Il se calcule de façon générale en mois et non en années.

Dans le contexte d'une réforme judiciaire, les raisons qui justifient que soit reportée la tenue d'un comité d'examen de la rémunération dans le cas des juges nouvellement nommés s'appliquent tout autant aux juges en exercice qui sont transférés à une nouvelle charge.

judicial reforms that are in the public interest, potentially prolong an unconstitutional judicial regime, undermine judicial independence and negatively impact public perception. The principle of judicial independence exists for the benefit of the public, not for the judge. Viewed from the perspective of the public, a review within a reasonable time for all judges is an effective safeguard for financial security, even if some judges were previously serving in another judicial office.

In determining whether a judicial office has merely been changed, or a new judicial office has been created, the judicial function and the conditions of employment, including tenure, financial security, selection and administrative independence, are relevant considerations. In this case, the 2004 reform created a new judicial office. The PJPs have a different jurisdiction than under the previous regime: they do not have jurisdiction to preside over bail hearings and do not hear summary prosecutions under Part XXVII of the *Criminal Code*. In addition, the PJPs now benefit from greater judicial independence guarantees: they enjoy tenure until the age of 70; their remuneration and other benefits are subject to periodic committee review; their selection criteria are set out in the *CJA*; and finally, they are integrated into the Court of Québec and are thus subject to the authority of its Chief Judge.

Because the reform created a new judicial office, the remuneration of all the judges appointed to it (whether they were appointed for the first time or transferred from another office) needed to be reviewed retroactively, within a reasonable time after their appointment. Section 32 of the amending Act prohibits any review of the remuneration before 2007, although the judicial office was established in 2004. This contravenes the constitutional requirement that the initial remuneration of judges occupying a new office be reviewed by a committee within a reasonable time after their appointment. There were no compelling reasons why a review could not proceed before 2007. Three years is not a reasonable time. As such, s. 32 of the amending Act infringes the financial security guarantee of judicial independence. In addition, as ss. 27 and 30 provide for a freeze in the remuneration of the sitting judges and the establishment of the remuneration of the newly appointed judges, respectively, without referencing the need to retroactively submit the remuneration to a committee, these sections also infringe judicial independence. Finally, s. 27 infringes judicial independence

Exiger un examen préalable dans le cas de juges en exercice retarderait la mise en œuvre des réformes judiciaires fondées sur l'intérêt public et risquerait de prolonger un régime judiciaire inconstitutionnel, de porter atteinte à l'indépendance judiciaire et de miner la perception du public. Le principe de l'indépendance judiciaire existe au profit du public et non du juge. Pour le public, la tenue dans un délai raisonnable d'un examen portant sur la situation de tous les juges protège efficacement la sécurité financière, même si certains juges occupaient antérieurement une autre charge judiciaire.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si une charge a simplement été modifiée ou si une nouvelle charge a été créée, les fonctions de la charge judiciaire et les conditions d'emploi, dont l'inamovibilité, la sécurité financière, la sélection et l'indépendance administrative, constituent des considérations pertinentes. En l'espèce, la réforme de 2004 a créé une nouvelle charge judiciaire. La juridiction des JPM se distingue de celle que prévoyait l'ancien régime : les JPM n'ont pas compétence pour présider les enquêtes sur mise en liberté sous caution et ne peuvent instruire les poursuites sommaires intentées en vertu de la partie XXVII du *Code criminel*. En outre, dorénavant, les JPM bénéficient de garanties d'indépendance judiciaire plus étendues : ils peuvent siéger jusqu'à l'âge de 70 ans, leur traitement et les autres avantages sont soumis périodiquement à l'examen d'un comité, leurs critères de sélection sont énoncés dans la *LTJ* et, enfin, ils relèvent de la Cour du Québec et sont donc soumis à l'autorité du juge en chef de ce tribunal.

Comme la réforme a créé une nouvelle charge judiciaire, le traitement initial de tous les juges nommés à cette charge (pour la première fois ou après un transfert d'une autre charge) devait être examiné rétroactivement, dans un délai raisonnable après leur nomination. L'article 32 de la Loi modificatrice interdit tout examen de la rémunération avant 2007, bien que la charge judiciaire ait été créée en 2004. Il s'agit là d'un manquement à l'exigence constitutionnelle selon laquelle la rémunération initiale des juges occupant une nouvelle charge est examinée par un comité dans un délai raisonnable après leur nomination. Aucune raison valable n'explique pourquoi l'examen ne pouvait être tenu avant 2007. Un délai de trois ans ne constitue pas un délai raisonnable. En conséquence, l'art. 32 de la Loi modificatrice porte atteinte à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire. En outre, étant donné que les art. 27 et 30 prévoient respectivement un gel de la rémunération des juges transférés et l'établissement de la rémunération des juges nouvellement nommés, mais n'exigent pas l'examen rétroactif de la rémunération par un comité, ces dispositions

because it freezes the remuneration of sitting judges before a committee has reviewed this remuneration, contrary to the financial security guarantee. As for the salary gap between the sitting judges and those newly appointed, the gap, by itself, did not infringe the financial security guarantee.

As ss. 27, 30 and 32 of the amending Act did not provide for retroactive committee review within a reasonable time, these sections infringe the institutional financial security guarantee of judicial independence, and are thus contrary to s. 11(*d*) of the *Charter* and the preamble to the *Constitution Act, 1867*. This infringement of judicial independence is not justified under s. 1 of the *Charter*, because there is no evidence of a dire and exceptional financial emergency. Therefore, ss. 27, 30 and 32 are unconstitutional. Because the infringement arises from the lack of committee review between 2004 and 2007, a review for this period is required for all PJPs as a remedy. The committee must consider all factors bearing on remuneration, including the remuneration of the previous judicial office. While the guarantee of judicial independence was compromised between 2004 and 2007, however, the judicial decisions rendered by the PJPs throughout that period are valid.

Since the government complied with its constitutional obligation to periodically submit PJPs remuneration to a committee from 2007 onwards, public confidence in judicial independence was in no way undermined for that later period. As such, there was no violation of judicial independence after 2007 and no defect in the executive Order 932-2008. Moreover, any impact that the lack of committee review from 2004 to 2007 may have had on PJPs remuneration after 2007 cannot be said to have raised constitutional concerns.

Finally, s. 178 of the *CJA* is valid. While the Pension Plan of Management Personnel may not be as beneficial as that of the judges of the Court of Québec, as part of overall remuneration, it meets the minimum constitutional threshold required for the office of a judge such that the PJPs are not perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation.

portent également atteinte à l'indépendance judiciaire. Enfin, l'art. 27 porte atteinte à l'indépendance judiciaire en ce sens qu'il a pour effet de geler la rémunération de juges en exercice avant qu'un comité n'examine la question, ce qui est contraire aux exigences de la garantie de sécurité financière. En ce qui concerne l'écart salarial entre les juges transférés et les juges nouvellement nommés, en soi, cet écart salarial n'a pas porté atteinte à la garantie de sécurité financière.

Étant donné que les art. 27, 30 et 32 de la Loi modificatrice n'exigent pas l'examen rétroactif de la rémunération par un comité dans un délai raisonnable, ces dispositions portent atteinte à la garantie de sécurité financière institutionnelle qu'exige l'indépendance judiciaire et ne respectent pas l'al. 11*d*) de la *Charte* ainsi que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette atteinte à l'indépendance judiciaire n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* en l'absence de preuve d'une crise financière exceptionnellement grave. En conséquence, les art. 27, 30 et 32 sont inconstitutionnels. Comme l'atteinte découle de l'absence d'examen par un comité entre 2004 et 2007, un examen de la rémunération de tous les JPM par un comité est ordonné pour cette période, à titre de réparation. Le comité doit tenir compte de tous les facteurs ayant une incidence sur la rémunération, y compris la rémunération associée à la charge judiciaire antérieure. Même si la garantie d'indépendance judiciaire a été compromise entre 2004 et 2007, les décisions judiciaires rendues par les JPM durant cette période sont valides.

Comme le gouvernement s'est conformé dès 2007 à son obligation constitutionnelle de soumettre périodiquement à l'examen d'un comité la rémunération des JPM, la confiance du public à l'égard de l'indépendance judiciaire n'a en aucun cas été minée depuis. Il n'y a donc pas eu d'atteinte à l'indépendance judiciaire après 2007, et le Décret 932-2008 n'est entaché d'aucun vice. De surcroît, si tant est que l'absence d'examen, entre 2004 et 2007, ait eu sur la rémunération des JPM après 2007 une incidence, on ne peut dire que cette dernière ait soulevé des préoccupations d'ordre constitutionnel.

Enfin, l'art. 178 de la *LTJ* est valide. Bien que le régime de retraite du personnel d'encadrement ne soit pas aussi avantageux que celui des juges de la Cour du Québec, considéré dans le cadre de la rémunération globale, il respecte le seuil minimal constitutionnel requis pour une charge judiciaire de sorte que les JPM ne soient pas perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de la manipulation financière.

Cases Cited

Referred to: *Pomerleau v. The Queen*, 2003 CanLII 33471; *Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Masters' Association of Ontario v. Ontario*, 2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196; *Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Pension Plan of Management Personnel, CQLR, c. R-12.1.
Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace, S.Q. 2004, c. 12, ss. 1, 26, 27, 30, 32, 35.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(*d*).
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 92(14), 96, 101.
Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16, Part III.1, ss. 161, 162, 163, 165, 166, 169, 173, 175, 176, 178, 246.29, 246.42, Sch. V.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part XXVII.
Décret 689-2004, (2004) 136 G.O. 2, 3531.
Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.

Authors Cited

Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 38, nº 75, 1re sess., 37e lég., 20 mai 2004, p. 4543.
Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 38, nº 54, 1re sess., 37e lég., 28 mai 2004, p. 18.
Quebec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du Comité de la rémunération des juges*, présidé par Alban D'Amours, 23 décembre 2010 (en ligne: http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/remjuges2011.pdf).
Quebec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du comité de la rémunération des juges*, présidé par

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Pomerleau c. La Reine*, [2004] R.J.Q. 83; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Masters' Association of Ontario c. Ontario*, 2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196; *Ontario Deputy Judges Assn. c. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11*d*).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie XXVII.
Décret 689-2004, (2004) 136 G.O. 2, 3531.
Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 92(14), 96, 101.
Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix, L.Q. 2004, c. 12, art. 1, 26, 27, 30, 32, 35.
Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement, RLRQ, c. R-12.1.
Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16, partie III.1, art. 161, 162, 163, 165, 166, 169, 173, 175, 176, 178, 246.29, 246.42, ann. V.

Doctrine et autres documents cités

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 38, nº 75, 1re sess., 37e lég., 20 mai 2004, p. 4543.
Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 38, nº 54, 1re sess., 37e lég., 28 mai 2004, p. 18.
Québec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du Comité de la rémunération des juges*, présidé par Alban D'Amours, 23 décembre 2010 (en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/remjuges2011.pdf).
Québec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du comité de la rémunération des juges*, présidé par

Daniel Johnson, avril 2008 (en ligne: http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rem-juge3.pdf).

Quebec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du Comité de la rémunération des juges*, présidé par Michel Clair, 30 septembre 2013 (en ligne: http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/remjuges2013.pdf).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond, Bouchard and Vauclair JJ.A.), 2014 QCCA 1654, [2014] AZ-51107397, [2014] Q.J. No. 9733 (QL), 2014 CarswellQue 14611 (WL Can.), affirming a decision of Mongeon J., 2012 QCCS 1021, [2012] R.J.Q. 729, [2012] AZ-50840226, [2012] J.Q. nº 2260 (QL), 2012 CarswellQue 2373 (WL Can.). Appeal allowed in part.

Raymond Doray and *Loïc Berdnikoff*, for the appellants.

Sébastien Rochette and *Brigitte Bussières*, for the respondents.

François Joyal and *Catherine Lawrence*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sarah Kraicer and *Josh Hunter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Joël Mercier and *Christine Baudouin*, for the intervener Conférence des juges de la Cour du Québec.

J. Thomas Curry and *Paul-Erik Veel*, for the intervener the Association of Justices of the Peace of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS, WAGNER AND CÔTÉ JJ. —

I. Introduction

[1] Legislatures have the constitutional power over the creation, transformation and abolition of judicial offices. However, legislatures must exercise this

Daniel Johnson, avril 2008 (en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rem-juge3.pdf).

Québec. Comité de la rémunération des juges. *Rapport du Comité de la rémunération des juges*, présidé par Michel Clair, 30 septembre 2013 (en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/remjuges2013.pdf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Bouchard et Vauclair), 2014 QCCA 1654, [2014] AZ-51107397, [2014] J.Q. nº 9733 (QL), 2014 CarswellQue 9133 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Mongeon, 2012 QCCS 1021, [2012] R.J.Q. 729, [2012] AZ-50840226, [2012] J.Q. nº 2260 (QL), 2012 CarswellQue 2373 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie.

Raymond Doray et *Loïc Berdnikoff*, pour les appelants.

Sébastien Rochette et *Brigitte Bussières*, pour les intimées.

François Joyal et *Catherine Lawrence*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sarah Kraicer et *Josh Hunter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joël Mercier et *Christine Baudouin*, pour l'intervenante la Conférence des juges de la Cour du Québec.

J. Thomas Curry et *Paul-Erik Veel*, pour l'intervenante l'Association des juges de paix de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS, WAGNER ET CÔTÉ —

I. Introduction

[1] Les législatures disposent du pouvoir constitutionnel de créer des charges judiciaires, de les modifier et de les abolir. Cependant, elles doivent exercer

power in a way that complies with the constitutional principle of judicial independence.

[2] In 2004, the government of Quebec reformed its regime of justices of the peace in response to a Court of Appeal judgment declaring that the existing regime violated the tenure security guarantee of judicial independence. The new regime created two categories of justices of the peace. Six sitting justices were transitioned to the new tenured category, maintaining their remuneration. However, the government set the starting remuneration of the new category well below the previous levels; therefore, judges newly appointed into that office received a significantly lower remuneration than their sitting counterparts. None of the provisions affecting remuneration were put to a remuneration committee (or commission) before 2007; the committee made recommendations only on a forward-looking basis.

[3] In 2008, the appellants — the Conférence des juges de paix magistrats du Québec and its individual members — made an application in the Superior Court. They argued that the transitional provisions relating to the setting and review of remuneration, specifically ss. 27, 30 and 32 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace*, S.Q. 2004, c. 12 ("Act"), and executive Order 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681, violate the financial security guarantee of judicial independence. They also argued that their participation in the public service Pension Plan of Management Personnel mandated by s. 178 of the *Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16 ("*CJA*"), violates the financial security guarantee.

[4] The courts below found no violation of judicial independence because the provisions were part of a reform resulting in the creation of a new judicial office.

ce pouvoir conformément au principe constitutionnel d'indépendance judiciaire.

[2] En 2004, le gouvernement du Québec a procédé à une réforme du régime applicable aux juges de paix en réponse au jugement de la Cour d'appel déclarant que ce régime ne respectait pas la garantie d'inamovibilité qu'exige l'indépendance judiciaire. Le nouveau régime créait deux catégories de juges de paix. Six juges de paix ayant été nommés sous l'ancien régime sont passés à l'une des nouvelles catégories, une charge inamovible, tout en conservant leur traitement. Or, le gouvernement avait fixé le traitement initial de cette nouvelle catégorie bien en deçà de la rémunération de la charge précédente; les juges de paix nouvellement nommés touchaient donc un traitement beaucoup moins élevé que leurs homologues en exercice. Aucune des dispositions touchant à la rémunération n'a été soumise à l'examen d'un comité — ou commission — de la rémunération avant 2007; le comité n'a alors fait que des recommandations pour l'avenir.

[3] En 2008, les appelants — la Conférence des juges de paix magistrats du Québec et ses membres — se sont adressés à la Cour supérieure. Ils soutenaient que les dispositions transitoires relatives à la détermination de leur traitement et à l'examen de ce dernier, à savoir les art. 27, 30 et 32 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix*, L.Q. 2004, c. 12 (« Loi »), et le Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681, ne respectaient pas la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire. Ils soutenaient également que leur participation au régime de retraite du personnel d'encadrement imposée par l'art. 178 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16 (« *LTJ* »), ne respectait pas la garantie de sécurité financière.

[4] Les juridictions inférieures ont conclu que les dispositions contestées ne menaçaient pas l'indépendance judiciaire, car elles s'inscrivaient dans le cadre d'une réforme ayant abouti à la création d'une nouvelle charge judiciaire.

[5] For the reasons that follow, we would allow the appeal in part. In our view, committee review of remuneration is required for any new judicial office, although it can be done retroactively within a reasonable time after the appointments. This is so even where those appointed to the new judicial office were transferred from a previous judicial office. Because ss. 27, 30 and 32 of the Act did not provide for retroactive committee review within a reasonable time after the appointments, these sections violate the financial security guarantee of judicial independence. The constitutional questions and our answers to them are set out in the Appendix to the reasons.

II. Facts

[6] Before 2004, Quebec's justice of the peace system comprised two categories of justices: justices of the peace with limited powers, who were public servants, and justices of the peace with expanded powers ("JPEPs"), who were authorized to exercise a wide array of judicial functions.

[7] In *Pomerleau v. The Queen*, 2003 CanLII 33471, the Quebec Court of Appeal held that the existing system was unconstitutional because it did not guarantee the independence of justices of the peace. Since justices of the peace with limited powers were subject to removal, the court declared that they did not have the required minimum guarantees of independence. The Court of Appeal refused to suspend the effects of that declaration.

[8] Six months after *Pomerleau*, the National Assembly adopted the Act, which replaced Part III.1 of the *CJA*, entitled "Justices of the Peace", with a new part. The new part created the offices of "presiding justice of the peace" ("PJP") and "administrative justice of the peace". The key provisions of the Act are set out in the Appendix.

[9] Administrative justices of the peace exercise functions that do not require judicial independence. They are not at issue in this appeal.

[5] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis d'accueillir en partie le pourvoi. Selon nous, il est nécessaire qu'un comité se penche sur la rémunération liée à toute nouvelle charge judiciaire, bien que cet examen puisse être fait rétroactivement dans un délai raisonnable après les nominations. Il en est ainsi même si les personnes nommées à la nouvelle charge judiciaire occupaient une ancienne charge. Comme les art. 27, 30 et 32 de la Loi ne prévoyaient pas l'examen rétroactif par un comité dans un délai raisonnable après les nominations, ces dispositions ne respectent pas la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire. Les questions constitutionnelles et nos réponses se trouvent en annexe aux présents motifs.

II. Les faits

[6] Avant 2004, le système des juges de paix en place au Québec comprenait deux catégories de juges. Il y avait les juges de paix à pouvoirs restreints, qui étaient fonctionnaires, et les juges de paix à pouvoirs étendus (« JPPE »), autorisés à poser de nombreux actes de nature judiciaire.

[7] Dans l'arrêt *Pomerleau c. La Reine*, [2004] R.J.Q. 83, la Cour d'appel du Québec a conclu que le système en place était inconstitutionnel puisqu'il ne garantissait pas l'indépendance des juges de paix. Comme les juges de paix à pouvoirs restreints étaient amovibles, la cour a déclaré que ces juges ne jouissaient pas des garanties minimales d'indépendance. La Cour d'appel a refusé de suspendre l'effet de cette déclaration.

[8] Six mois après l'arrêt *Pomerleau*, l'Assemblée nationale a adopté la Loi. Cette loi venait remplacer la partie III.1 de la *LTJ*, « des juges de paix », par une nouvelle partie, qui créait les postes de « juge de paix magistrat » (« JPM ») et de « juge de paix fonctionnaire ». Les dispositions importantes de la Loi se trouvent à l'annexe.

[9] Les juges de paix fonctionnaires exercent des fonctions qui ne requièrent pas l'indépendance judiciaire. Ils ne sont pas visés par ce pourvoi.

[10] The functions of the PJP are similar to those of the JPEP. Unlike the JPEP, however, a PJP cannot preside over bail hearings or hear summary conviction proceedings under Part XXVII of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*CJA*, s. 173 and Schedule V). The Act also included changes to the qualifications for PJPs and to the selection and appointment processes (*CJA*, ss. 161, 162 and 163). PJPs are now integrated into the Court of Québec (s. 169). Moreover, they have security of tenure until the age of 70 (ss. 165 to 166). Their salary and benefits are fixed by the government after receipt of the recommendations of a committee on the remuneration of judges and justices of the peace (ss. 175 and 176). PJPs participate in the pension plan established by the *Act respecting the Pension Plan of Management Personnel*, CQLR, c. R-12.1 (*CJA*, s. 178). Changes to this plan can be made only after a committee on the remuneration of judges and justices of the peace has reviewed them (s. 178 para. 2; s. 246.29).

[11] The Act also set out rules that governed the transition from the old system to the new. Section 26 of the Act provided that JPEPs who had been appointed before 2004 and were still in office in 2004 were to become PJPs. Section 27 provided that they were to retain the salary they had been receiving before then "until that salary is equal to the salary to be determined by the Government", thus creating a higher level of remuneration. Further, in 2007, as a result of a Superior Court judgment regarding judges' salaries for the period from 2001 to 2007, the former JPEPs were awarded a retroactive increase, raising their salary as of June 30, 2004, to $137,280 (see *Conférence des juges du Québec v. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556).

[12] Moreover, s. 30 of the Act gave the government the power to unilaterally determine the salary of PJPs appointed on or after June 30, 2004. Under that section, the government made an order — Order 689-2004, (2004) 136 G.O. 2, 3531, of June 30, 2004 — in which it fixed the annual salary of PJPs at $90,000. Section 32 of the Act provided that the

[10] Les attributions des JPM sont similaires à celles des JPPE. Cependant, contrairement aux JPPE, les JPM ne peuvent présider des enquêtes pour mise en liberté et présider des audiences sur des poursuites sommaires en vertu de la partie XXVII du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (*LTJ*, art. 173 et annexe V). La Loi comprenait également des changements portant sur les conditions d'admissibilité des JPM et sur le processus de sélection et de nomination (*LTJ*, art. 161, 162 et 163). Les JPM sont désormais intégrés à la Cour du Québec (art. 169). De plus, ils sont inamovibles jusqu'à l'âge de 70 ans (art. 165 à 166). Le traitement ainsi que les autres avantages sont déterminés par le gouvernement après réception des recommandations d'un comité de la rémunération des juges (art. 175 et 176). Les JPM participent au régime de retraite établi par la *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, RLRQ, c. R-12.1 (*LTJ*, art. 178). Ce régime ne peut être modifié qu'après l'intervention d'un comité de la rémunération des juges (art. 178 al. 2, art. 246.29).

[11] La Loi prévoit aussi les règles applicables au passage de l'ancien au nouveau régime. L'article 26 de la Loi prévoit que les JPPE nommés avant 2004 et en fonction en 2004 deviennent JPM. Selon l'article 27, ils conservent le traitement qu'ils recevaient antérieurement, « jusqu'à ce que ce traitement soit égal à celui qui sera établi par le gouvernement », ce qui a pour effet d'établir un palier supérieur de rémunération. En outre, en 2007, à la suite d'un jugement de la Cour supérieure relatif au traitement des juges pour la période de 2001 à 2007, les anciens JPPE reçoivent une augmentation rétroactive qui porte leur salaire au 30 juin 2004 à 137 280 $ (voir *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 2672, [2007] R.J.Q. 1556).

[12] De plus, l'art. 30 de la Loi confère au gouvernement le pouvoir de fixer unilatéralement le traitement des JPM nommés à compter du 30 juin 2004. En vertu de cet article, le 30 juin 2004, par le Décret 689-2004, (2004) 136 G.O. 2, 3531, le gouvernement fixe le salaire annuel des JPM à 90 000 $. L'article 32 de la Loi énonce pour sa part

committee on the remuneration of judges and justices of the peace was not to begin exercising its functions with regard to PJPs until 2007.

[13] The first new PJPs were appointed in May 2005. The Conférence des juges de paix magistrats was created in December of that year.

[14] In 2008, a committee on the remuneration of judges and justices of the peace chaired by Daniel Johnson (the "Johnson Committee") tabled its report on, among other subjects, the remuneration of PJPs. It concluded that it lacked the authority to retroactively review remuneration for the period from 2004 to 2007 (*Rapport du comité de la rémunération des juges* (2008) (online), at p. IV-17). The Johnson Committee recommended that the annual salary of PJPs be raised to $110,000 for the period from 2007 to 2010 (p. IV-26). It recommended that the salary of the former JPEPs, then frozen at $137,280, be maintained. The government adopted these recommendations by way of Order 932-2008.

[15] In November 2008, the 33 PJPs and the Conférence des juges de paix magistrats commenced proceedings in the Superior Court.

[16] In 2010, a committee on the remuneration of judges and justices of the peace chaired by Alban D'Amours (the "D'Amours Committee") recommended that the salary of PJPs be raised to $119,000 (*Rapport du Comité de la rémunération des juges* (2010) (online), at pp. IV-19 to IV-20), and that the salary of PJPs appointed before June 30, 2004, remain unchanged. The government adopted these recommendations. In 2013, a committee on the remuneration of judges and justices of the peace chaired by Michel Clair (the "Clair Committee") reviewed the remuneration of PJPs once again. (See *Rapport du Comité de la rémunération des juges* (2013) (online).)

[17] Since 2013, the salary of PJPs appointed after 2004 has been identical to that of the former JPEPs. The existence of two tiers of remuneration has thus been eliminated.

que le Comité de la rémunération des juges n'exerce ses attributions concernant les JPM qu'à compter de 2007.

[13] Les premiers nouveaux JPM sont nommés en mai 2005. En décembre 2005, la Conférence des juges de paix magistrats est constituée.

[14] En 2008, un comité de la rémunération des juges présidé par Daniel Johnson (le « Comité Johnson ») dépose son rapport portant, entre autres, sur la rémunération des JPM. Le comité estime qu'il est sans pouvoir pour examiner rétroactivement la rémunération pour la période de 2004 à 2007 (*Rapport du comité de la rémunération des juges* (2008) (en ligne), p. IV-17). Le Comité Johnson recommande d'augmenter le traitement annuel des JPM pour le porter à 110 000 $ pour la période de 2007 à 2010 (p. IV-26). Il recommande de maintenir le traitement des anciens JPPE, alors gelé à 137 280 $. Le gouvernement adopte ces recommandations par le Décret 932-2008.

[15] En novembre 2008, les 33 JPM, ainsi que la Conférence des juges de paix magistrats, intentent un recours en Cour supérieure.

[16] En 2010, un comité de la rémunération des juges présidé par Alban D'Amours (le « Comité D'Amours ») recommande une augmentation du traitement des JPM qui le porterait à 119 000 $ (*Rapport du Comité de la rémunération des juges* (2010) (en ligne), p. IV-19 à IV-20), et le maintien du statu quo concernant le traitement des JPM nommés avant le 30 juin 2004. Le gouvernement adopte ces recommandations. En 2013, un comité de la rémunération des juges et juges de paix présidé par Michel Clair (le « Comité Clair ») examine à nouveau la rémunération des JPM. (Voir le *Rapport du Comité de la rémunération des juges* (2013) (en ligne).)

[17] Depuis 2013, le traitement des JPM nommés après 2004 est identique à celui des anciens JPPE. En conséquence, les deux paliers de rémunération sont disparus.

III. Judgments of the Courts Below

A. *Superior Court, 2012 QCCS 1021, [2012] R.J.Q. 729*

[18] The Conférence des juges de paix magistrats challenged the constitutionality of ss. 27, 30 and 32 of the Act, as well as of s. 178 of the *CJA* and Order 932-2008, on the basis that they compromised the judicial independence — and more specifically, the financial security — of PJPs. The judge dismissed the application.

[19] On the issue of the constitutionality of s. 27 of the Act, the application judge found that it suffices, when the government freezes judges' salaries, that it submit the decision to a committee on the remuneration of judges and justices of the peace within a reasonable time. In this case, the decision to freeze the remuneration of the former JPEPs who had become PJPs was submitted to and accepted by the Johnson and D'Amours committees. The time at issue was reasonable in the circumstances, as the government, although it could have acted more quickly, submitted the question of the freeze to a committee on the remuneration of judges and justices of the peace within three years.

[20] Turning to s. 30 of the Act, the application judge stressed that it was not until after the order establishing the remuneration of PJPs had been issued that candidates applied for the office and that they did so with full knowledge of the situation. This was therefore not a case of economic manipulation.

[21] The application judge further stated that, although the Johnson Committee had lacked the authority to intervene retroactively in order to assess the remuneration of PJPs for the period from 2004 to 2007, it had effectively validated the government's decision after the fact.

[22] The application judge added that the prerogative for fixing the starting remuneration of judges lies with the government and that there is no authority to the effect that, when creating a new category of judges, the government is first required to

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure, 2012 QCCS 1021, [2012] R.J.Q. 729*

[18] La Conférence des juges de paix magistrats attaque la constitutionnalité des art. 27, 30 et 32 de la Loi, ainsi que l'art. 178 de la *LTJ* et le Décret 932-2008, au motif qu'ils portent atteinte à l'indépendance judiciaire — et plus spécifiquement, à la sécurité financière — des JPM. Le juge de la Cour supérieure du Québec rejette la requête.

[19] Au sujet de la constitutionnalité de l'art. 27 de la Loi, le juge saisi de la requête conclut qu'il est suffisant, lorsque le gouvernement procède à un gel du traitement des juges, qu'il soumette la décision à un comité de la rémunération des juges dans un délai raisonnable. En l'espèce, la décision de geler la rémunération des anciens JPPE devenus JPM a été soumise et entérinée par les Comités Johnson et D'Amours. Ce délai était raisonnable dans les circonstances, même si le gouvernement aurait pu agir plus rapidement, et ce, dans la mesure où ce dernier a soumis la question du gel à un comité de la rémunération des juges dans un délai de trois ans.

[20] À propos de l'art. 30 de la Loi, le juge saisi de la requête insiste sur le fait que ce n'est qu'après la promulgation du décret établissant la rémunération des JPM et, en pleine connaissance de cause, que les candidats au poste de JPM ont soumis leur candidature. Il ne peut donc être question de manipulation financière.

[21] Par ailleurs, selon le juge saisi de la requête, même si le Comité Johnson n'avait pas le pouvoir d'intervenir rétroactivement pour évaluer la rémunération des JPM pour la période allant de 2004 à 2007, il a, dans les faits, validé la décision du gouvernement a posteriori.

[22] Le juge saisi de la requête ajoute que la prérogative de fixation de la rémunération initiale des juges appartient au gouvernement, et rien dans la jurisprudence n'indique que le gouvernement qui crée une nouvelle catégorie de juges doit au préalable

submit their employment conditions to an independent committee. He concluded that s. 32 of the Act was valid.

[23] Finally, addressing the issue of the applicable pension plan, the application judge recognized that the plan for management personnel was less advantageous and more onerous than the one for judges of the Court of Québec. That said, two independent committees had considered the plan to be adequate.

[24] As a result, the application judge dismissed the applicants' motion in its entirety, without costs.

B. *Court of Appeal, 2014 QCCA 1654*

[25] The Court of Appeal dismissed the appeal. It found, first, that even though it may have been beneficial to obtain a recommendation from a committee on the remuneration of judges and justices of the peace before fixing the remuneration for the new office of PJP, the government was under no constitutional obligation to do so. In the court's opinion, such an obligation arises only where judges' employment conditions are modified by increasing, reducing or freezing their salary.

[26] The Court of Appeal noted that the Act had had the effect of creating two new offices (those of the PJP and the administrative justice of the peace), which had replaced the two existing categories of justices of the peace. Therefore, no salaries were increased, reduced or frozen; rather, a level of remuneration was fixed for a new office.

[27] Thus, the government's sole obligation was to order a salary level above the minimum threshold that would be required to ensure public confidence in the new judicial office. In this case, it is clear that the Court of Appeal considered the level of remuneration that was fixed to be high enough to guarantee the independence of the new PJPs.

[28] The Court of Appeal added that even if it had found that a prior recommendation from a

soumettre leurs conditions de travail à un comité indépendant. Il conclut que l'art. 32 de la Loi est valide.

[23] Finalement, abordant la question du régime de retraite applicable, le juge saisi de la requête reconnaît que le régime du personnel d'encadrement est moins avantageux et plus onéreux que le régime de retraite des juges de la Cour du Québec. Cela étant, deux comités indépendants ont estimé que ce régime était adéquat.

[24] Partant, le juge rejette la requête des requérants dans son entièreté, et ce, sans dépens.

B. *Cour d'appel, 2014 QCCA 1654*

[25] La Cour d'appel rejette le pourvoi. Tout d'abord, la cour estime que, quand bien même il aurait été bénéfique de le faire, le gouvernement n'avait pas l'obligation constitutionnelle d'obtenir une recommandation d'un comité de la rémunération des juges avant de fixer la rémunération rattachée à la nouvelle charge de JPM. Selon la Cour d'appel, une telle obligation existe seulement lorsque les conditions de travail des juges sont modifiées par augmentation, réduction ou gel de leur traitement.

[26] La Cour d'appel a constaté que la Loi a eu pour effet de créer deux nouvelles charges (celle de JPM et celle de juge de paix fonctionnaire), lesquelles ont remplacé les deux catégories existantes de juges de paix. Donc, il ne s'agissait pas d'une augmentation, d'une réduction ou d'un gel de traitement, mais de la fixation de la rémunération d'une nouvelle charge.

[27] Ainsi, la seule obligation qui revenait au gouvernement était de décréter un niveau de traitement supérieur au seuil minimum requis pour assurer la confiance du public dans la nouvelle instance judiciaire. Or, en l'espèce, il est clair que pour la Cour d'appel le niveau de rémunération fixé était suffisamment élevé pour garantir l'indépendance des nouveaux JPM.

[28] La Cour d'appel ajoute que même si elle avait conclu qu'une recommandation préalable d'un

committee on the remuneration of judges and justices of the peace was required, the remedy being sought would not have been granted, given the level of remuneration that had been ordered and the fact that there was no evidence of an attempt at economic manipulation. In the court's opinion, to make it a systemic obligation to proceed by means of a committee on the remuneration of judges and justices of the peace regardless of the circumstances would be to allow form to prevail over substance. Moreover, the Court of Appeal found that there was nothing unlawful *per se* in the existence of two tiers of remuneration, as the Constitution does not require uniformity in judges' salaries and benefits.

[29] On the issue of the establishment of the employment conditions of the former JPEPs, the Court of Appeal held that a reasonable and well-informed person would find that the Act, as a whole, had the effect of reinforcing the independence of those justices, who now benefit from broader guarantees of independence.

[30] Finally, regarding the pension plan established by s. 178 of the *CJA*, as amended by s. 1 of the Act, the Court of Appeal found that it was not unconstitutional, stating that [TRANSLATION] "the Constitution does not require the implementation of pension plans intended solely for and controlled by judges, but merely that judges benefit from a pension plan that takes into account the specificities of their duties" (para. 111 (CanLII)). Nor does the Constitution require a uniform pension plan for all PJPs. Given that three remuneration committees had concluded that the new pension plan was adequate, the Court of Appeal was of the opinion that the submissions in this regard should be rejected on the basis that a reasonable and well-informed person would conclude that the requisite minimum threshold was met and that the plan did not expose PJPs to attempts at economic manipulation.

IV. Principles

A. *Judicial Independence: General Principles*

[31] Judicial independence has its basis in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which

comité de la rémunération des juges s'imposait, la réparation demandée n'aurait pas été accordée de toute façon, vu le niveau de rémunération décrété et l'absence de preuve de tentative de manipulation financière. De l'avis de la cour, faire de l'étape du comité de la rémunération des juges une obligation systémique, quelles que soient les circonstances, équivaudrait à faire prévaloir la forme sur le fond. De plus, la Cour d'appel est d'avis que l'existence de deux paliers de traitement n'a rien d'illégal en soi, la Constitution n'exigeant pas l'uniformité de la rémunération et des autres avantages conférés aux juges.

[29] Sur la question de la fixation des conditions de travail des anciens JPPE, la Cour d'appel estime qu'une personne raisonnable et bien informée conclurait que la Loi, dans son ensemble, a eu pour effet de renforcer l'indépendance des anciens JPPE, lesquels bénéficient désormais de garanties d'indépendance plus étendues.

[30] Enfin, concernant le régime de retraite établi par l'art. 178 de la *LTJ*, et modifié par l'art. 1 de la Loi, la Cour d'appel estime que celui-ci n'est pas inconstitutionnel. En effet, « la Constitution n'exige pas la mise sur pied de régimes de retraite réservés aux juges et contrôlés par eux, mais uniquement qu'ils bénéficient d'un régime qui tient compte des particularités de leurs fonctions » (par. 111 (CanLII)). La Constitution n'exige pas non plus un régime de retraite uniforme pour tous les JPM. Trois comités de la rémunération ayant conclu que le nouveau régime de retraite est adéquat, la Cour d'appel est d'avis de rejeter l'argument sur le régime de retraite, et ce, dans la mesure où une personne raisonnable et bien informée conclurait que le seuil minimal requis est respecté et que le régime n'expose pas les JPM à des tentatives de manipulation financière.

IV. Principes

A. *Indépendance judiciaire : généralités*

[31] Le principe de l'indépendance judiciaire est issu du préambule de la *Loi constitutionnelle*

states that the Constitution of Canada is "similar in Principle to that of the United Kingdom" (see *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 72). It is also based on s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees an accused the right to a fair trial before an impartial tribunal (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 685-89). This Court has recognized judicial independence as an unwritten constitutional principle (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 ("*1997 Reference*"), at paras. 83-109). Judicial independence is important both for public confidence in the proper administration of justice and for the constitutional separation of powers (*1997 Reference*; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at paras. 22-23; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at paras. 37-38).

[32] The principle of judicial independence applies to all courts (*1997 Reference*, at para. 106). In *Ell*, this Court found that the principle extended to Alberta's justices of the peace because these justices performed numerous judicial functions — most notably presiding at bail hearings and issuing search warrants — that significantly affected the rights and liberties of individuals (paras. 20-26). There is no dispute in this case that judicial independence applies to Quebec's PJPs.

[33] Judicial independence entails three objective guarantees: security of tenure, financial security, and administrative independence (*1997 Reference*, at para. 115; *Valente*, at pp. 697-712). Each of these guarantees has both an individual and an institutional dimension (*1997 Reference*, at para. 118). The manner in which each of these guarantees may be satisfied varies with the context (*Ell*, at paras. 30-32). The ultimate question is whether a reasonable and informed person would perceive that the tribunal enjoys the objective guarantees (*Valente*, at p. 689, cited in *Ell*, at para. 32; see also *1997 Reference*, at para. 112). As such, judicial independence belongs not to judges, but to the public.

de 1867, qui prévoit que la Constitution du Canada repose sur « les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » (voir *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 72). Il est également issu de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit à l'accusé le droit à un procès équitable devant un tribunal impartial (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 685-689). Notre Cour a reconnu l'indépendance judiciaire comme principe constitutionnel non écrit (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi de 1997* »), par. 83-109). L'indépendance judiciaire est importante à la fois pour la confiance du public dans l'administration de la justice et pour la séparation constitutionnelle des pouvoirs (*Renvoi de 1997*; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 22-23; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 37-38).

[32] Le principe de l'indépendance judiciaire s'applique à tous les tribunaux judiciaires (*Renvoi de 1997*, par. 106). Dans l'arrêt *Ell*, la Cour reconnaît l'application de ce principe aux juges de paix de l'Alberta, ces derniers exerçant de nombreuses fonctions judiciaires — notamment présider des enquêtes sur mise en liberté sous caution et décerner des mandats de perquisition — susceptibles de restreindre de manière importante les droits et libertés d'individus (par. 20-26). Il ne fait aucun doute en l'espèce que l'indépendance judiciaire s'applique aux JPM du Québec.

[33] L'indépendance judiciaire exige trois garanties objectives : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative (*Renvoi de 1997*, par. 115; *Valente*, p. 697-712). Chacune de ces garanties possède une dimension individuelle et une dimension institutionnelle (*Renvoi de 1997*, par. 118). La manière de respecter ces garanties varie selon le contexte (*Ell*, par. 30-32). Il s'agit en définitive de déterminer si une personne raisonnable et renseignée conclurait que le tribunal bénéficie de ces garanties objectives (*Valente*, p. 689, cité dans *Ell*, par. 32; voir aussi le *Renvoi de 1997*, par. 112). Ainsi, l'indépendance judiciaire existe au profit, non pas des juges, mais du public. Les

The guarantees are not intended to be a means for judges to improve their working conditions (*1997 Reference*, at para. 9; *Ell*, at para. 29).

[34] This Court has examined the institutional dimension of the financial security guarantee on a number of occasions. This guarantee has three elements: first, remuneration cannot be changed without recourse to an independent committee (or commission); second, there are to be no negotiations between the judiciary and the executive or legislature regarding remuneration; and third, any reduction to remuneration cannot take it below a basic minimum level of remuneration required for the office of a judge (*1997 Reference*, at paras. 133-35; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286 ("*Bodner*"), at paras. 8-11). The purpose of these elements is to ensure that the process of setting judicial remuneration remains, to the extent possible, consistent with the depoliticized relationship between the judiciary and the other branches of government (*1997 Reference*, at paras. 138-46; *Mackin*, at paras. 53-54; *Bodner*, at paras. 8-11 and 14-21). A minimum level of remuneration protects the integrity of the judicial office.

[35] The role of remuneration committees has been detailed elsewhere (see, in particular, *1997 Reference*, at paras. 147-85, and *Bodner*, at paras. 13-21). Only a few points bear repeating here. The committee must review all proposed changes to remuneration: remuneration cannot be "reduced, increased, or frozen" without prior recourse to a committee (*1997 Reference*, at para. 133; see also para. 174; *Mackin*, at paras. 57 and 69). Further, the committee reviews overall remuneration: salary, pensions, and other benefits are considered together as part of overall remuneration (*Valente*, at p. 704). Finally, the committee's recommendations are not binding (*Bodner*, at paras. 19-20). The government may depart from the committee's recommendations provided it gives "rational reasons" (para. 21).

garanties ne sont pas là pour permettre aux juges d'améliorer leurs conditions de travail (*Renvoi de 1997*, par. 9; *Ell*, par. 29).

[34] La Cour s'est penchée sur la dimension institutionnelle de la garantie de sécurité financière à quelques reprises. Cette garantie comporte trois éléments : premièrement, la rémunération ne saurait être modifiée sans l'aval d'un comité indépendant — ou commission; deuxièmement, elle ne saurait faire l'objet de négociations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif ou la législature; troisièmement, elle ne saurait être abaissée sous le seuil minimum requis par la charge de juge (*Renvoi de 1997*, par. 133-135; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286 (« *Bodner* »), par. 8-11). L'objectif de ces éléments est d'assurer que le processus de fixation de la rémunération des juges respecte, dans la mesure du possible, le principe de dépolitisation des rapports entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État (*Renvoi de 1997*, par. 138-146; *Mackin*, par. 53-54; *Bodner*, par. 8-11 et 14-21). Un seuil minimal de rémunération protège l'intégrité de la magistrature.

[35] Le rôle des comités de la rémunération des juges a déjà été expliqué en détail dans d'autres affaires (voir, plus particulièrement, le *Renvoi de 1997*, par. 147-185, et *Bodner*, par. 13-21). Seuls quelques points méritent d'être répétés ici. Le comité doit examiner toutes les modifications proposées à la rémunération : les traitements ne peuvent être « réduits, haussés ou bloqués » sans recours préalable à un comité (*Renvoi de 1997*, par. 133; voir aussi par. 174; *Mackin*, par. 57 et 69). Par ailleurs, le comité examine la rémunération de façon globale : le traitement, le régime de retraite et les autres avantages sont considérés dans la rémunération globale (*Valente*, p. 704). Enfin, les recommandations du comité ne sont pas exécutoires (*Bodner*, par. 19-20). Le gouvernement peut s'en écarter à condition de justifier sa décision par des « motifs rationnels » (par. 21).

B. *Judicial Independence in the Context of Judicial Reform*

[36] The seminal cases in the judicial independence jurisprudence do not address the issue of the financial security guarantee in the context of broad court reforms. In *Valente*, the question was whether or not the Ontario Provincial Court was an independent tribunal. In *Beauregard*, a Quebec Superior Court judge challenged the constitutional validity of a newly enacted provision providing that Superior Court judges would be required to contribute to the cost of their pension plan. *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, for its part, concerned the remuneration of existing members of military tribunals. The *1997 Reference* involved numerous changes made by legislatures to the remuneration of provincial court judges as a result of provincial governments' efforts to balance their budget. In *Mackin*, the violation of judicial independence was the result of the abolition of the status of supernumerary judge and the creation of the position of per diem judge. While the Court found that tenure security was not infringed since there was no removal from office, it nevertheless found that financial security was violated. The absence of an independent remuneration committee was fatal. Finally, *Bodner* concerned the nature of judicial remuneration committees and the obligation of governments to respond to these recommendations.

[37] In *Ell*, the issue was whether a reform to the Alberta justices of the peace regime infringed the tenure security of existing justices who lost their position as a result of this reform. This Court found that since their removal was not arbitrary, it did not violate the security of tenure guarantee (paras. 37-41). However, *Ell* concerned the tenure guarantee, and did not raise any issue regarding financial security.

[38] Thus, while the principles in these cases assist in our analysis, the application of the financial security guarantee in the context of broad judicial reform is an issue of first impression before this Court.

B. *L'indépendance judiciaire dans le contexte d'une réforme judiciaire*

[36] Les arrêts de principe concernant l'indépendance judiciaire n'abordent pas la question de la garantie de sécurité financière dans le contexte d'une réforme judiciaire générale. Dans l'affaire *Valente*, il s'agissait de déterminer si la Cour provinciale de l'Ontario était un tribunal indépendant. Dans l'affaire *Beauregard*, un juge de la Cour supérieure du Québec contestait la constitutionnalité d'une nouvelle disposition obligeant les juges de ce tribunal à cotiser à leur régime de pension. Pour sa part, l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, portait sur la rémunération des membres en exercice des tribunaux militaires. Le *Renvoi de 1997* portait sur les nombreuses modifications apportées par les législatures à la rémunération des juges des cours provinciales dans la foulée des efforts déployés par les gouvernements provinciaux pour atteindre l'équilibre budgétaire. Dans l'affaire *Mackin*, il avait été reconnu que l'abolition des fonctions de juge surnuméraire et la création de la charge de juge rémunéré sur une base journalière avaient porté atteinte au principe de l'indépendance judiciaire. La Cour a conclu que si l'inamovibilité n'avait pas été touchée, puisqu'il n'y avait pas eu révocation de charge, il n'en allait pas de même de la sécurité financière. L'absence d'un comité indépendant était fatale. Enfin, l'arrêt *Bodner* portait sur la nature des comités et l'obligation des gouvernements de donner suite à leurs recommandations.

[37] Dans l'affaire *Ell*, la Cour devait décider si la garantie d'inamovibilité avait été respectée par une réforme albertaine ayant éliminé des postes de juges de paix. La Cour a conclu que les destitutions n'étaient pas arbitraires et que la réforme ne portait donc pas atteinte à la garantie d'inamovibilité (par. 37-41). Toutefois, l'arrêt *Ell* concernait l'inamovibilité et ne portait aucunement sur la sécurité financière.

[38] En conséquence, bien que les principes qui se dégagent de ces affaires puissent servir à notre analyse, c'est la première fois que la Cour se penche sur l'application de la garantie de sécurité financière dans le contexte d'une réforme judiciaire générale.

[39] Legislatures have the power and responsibility to legislate in relation to the administration of justice (*Constitution Act, 1867*, ss. 92(14), 96 and 101). This includes the power to create, transform and abolish judicial offices. Provincial legislatures also have power over the jurisdiction of the courts they create (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 10-12). Reforms can contribute to public confidence in the administration of justice. Indeed, by implementing reforms to the justice system, governments and legislatures often play an active role in ensuring and enhancing public confidence in the judiciary. Reforms can be driven by a number of reasons: improving the independence and qualifications of judicial officers, adapting to new realities, and increasing access to justice. However, all reforms must respect the constitutional requirements for judicial independence (paras. 36-37) and the core jurisdiction of the courts established under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[40] A judicial reform may raise questions of judicial independence both for judges occupying offices that are reformed or abolished, and for judges appointed into newly created positions. Where a reform affects the conditions of sitting judges, the reform may engage all three objective guarantees of judicial independence (security of tenure, financial security, and administrative independence). However, any measure that affects remuneration will automatically trigger the institutional dimension of financial security (*Mackin*, at para. 61).

[41] In this case, the impact of the reform on the other guarantees of judicial independence — such as tenure security — is not at issue. The appeal raises issues relating to the financial security guarantee in the context of a judicial reform. Thus, the question is whether the requirement for prior committee review of the remuneration of a *new* judicial office is necessary to satisfy a reasonable and informed person that the court enjoys the objective guarantee of financial security.

[39] Les législatures ont le pouvoir et la responsabilité de légiférer en matière d'administration de la justice (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(14), art. 96 et 101) et notamment de créer, de transformer et d'abolir des charges judiciaires. Les législatures provinciales ont également compétence sur les tribunaux qu'elles créent (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 10-12). Les réformes sont susceptibles d'améliorer la confiance du public dans l'administration de la justice. En effet, en réformant le système de justice, les gouvernements et les législatures contribuent activement à assurer et à renforcer la confiance du public envers le pouvoir judiciaire. Divers besoins dictent ces changements : accroissement de l'indépendance des officiers de justice et rehaussement de leurs compétences, adaptation aux nouvelles réalités et amélioration de l'accès à la justice. Cependant, les exigences constitutionnelles relatives à l'indépendance judiciaire (par. 36-37) et la juridiction fondamentale des tribunaux constitués en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* doivent être respectées.

[40] Il se peut qu'une réforme judiciaire suscite des interrogations concernant l'indépendance judiciaire à l'égard non seulement des juges dont la charge a été modifiée ou abolie, mais aussi de ceux qui sont nommés à une charge nouvellement créée. Une réforme qui modifie les conditions de travail des juges en exercice est susceptible de toucher les trois garanties objectives d'indépendance judiciaire (inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative). Toutefois, toute mesure ayant une incidence sur la rémunération des juges mettra automatiquement en jeu la dimension institutionnelle de la sécurité financière (*Mackin*, par. 61).

[41] Dans la présente affaire, l'incidence de la réforme sur les autres garanties d'indépendance judiciaire — l'inamovibilité, à titre d'exemple — n'est pas en litige. Le pourvoi soulève des questions liées à la garantie de sécurité financière dans le contexte d'une réforme judiciaire. La Cour doit donc décider s'il faut absolument que la rémunération associée à une *nouvelle* charge judiciaire soit soumise à l'examen préalable d'un comité de la rémunération des juges pour convaincre la personne raisonnable et renseignée que la cour bénéficie de la garantie objective de sécurité financière.

V. Issues

[42] The specific issues in this case are as follows:

(1) Is a committee review necessary when a new judicial office is created?

(2) If committee review is necessary when a new judicial office is created, when should that review take place?

(3) Should sitting judges "transferred" to a new office be treated differently?

(4) What qualifies as a "new judicial office"?

(5) Were these requirements satisfied in the case at bar?

VI. Analysis

(1) *Is a Committee Review Necessary When a New Judicial Office Is Created?*

[43] The Court of Appeal found that because the amendments created a new judicial office, no committee review of the initial remuneration was required. The court found that the requirement for prior committee review applied only when judges' remuneration is increased, reduced or frozen, because in these contexts, committee review guards against any government attempt to financially manipulate judges. Similarly, the respondent the Attorney General of Quebec argues that the safeguarding function of the remuneration committee — namely to avoid negotiations and maintain a depoliticized relationship between the judiciary and the other branches — is not required when a legislature creates a new office, because there is no risk of the government exerting political pressure on judges who have not yet been appointed.

[44] We disagree. Such an approach may have the unintended effect of permitting the legislature to

V. Questions en litige

[42] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

(1) Une nouvelle charge judiciaire doit-elle être examinée par un comité de la rémunération des juges?

(2) Si une nouvelle charge judiciaire doit être examinée par un comité de la rémunération des juges, quand cet examen devrait-il avoir lieu?

(3) Les juges en exercice qui « sont transférés » à une nouvelle charge doivent-ils être traités différemment?

(4) Qu'est-ce qui caractérise une « nouvelle charge judiciaire »?

(5) Ces conditions ont-elles été respectées en l'espèce?

VI. Analyse

(1) *Une nouvelle charge judiciaire doit-elle être examinée par un comité de la rémunération des juges?*

[43] Selon la Cour d'appel, comme les modifications en cause créaient une nouvelle charge judiciaire, il n'était pas nécessaire de soumettre à l'examen d'un comité la rémunération initiale. Selon elle, l'exigence d'un examen préalable par un comité ne s'applique que si la rémunération des juges est augmentée, réduite ou gelée; l'examen sert alors à parer aux possibilités de manipulation financière des juges par le gouvernement. De même, la procureure générale du Québec soutient que le rôle protecteur du comité — qui consiste notamment à éviter les négociations et à maintenir des rapports dépolitisés entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs — n'est d'aucune utilité lorsqu'une législature crée une nouvelle charge, parce que le gouvernement est incapable d'exercer des pressions politiques sur des juges n'ayant pas encore été nommés.

[44] Nous ne partageons pas cet avis. Un tel raisonnement peut entraîner un résultat non souhaitable :

use the creation of judicial offices to circumvent the requirements set out in the *1997 Reference*: a legislature could effectively change or freeze judicial remuneration without recourse to a remuneration committee by simply creating a new office and wiping the slate clean.

[45] As noted above, it is a clearly established principle that any changes or freezes in judicial remuneration require prior recourse to a committee to avoid the possibility or appearance of political interference through economic manipulation (*1997 Reference*, at para. 133). This obligation arises whether or not the judicial offices are filled at the time of the proposed change. Although the concern regarding economic manipulation is not as strong when the government establishes the initial remuneration of a new office as it is when it increases, decreases or freezes remuneration in an office with sitting judges, the concern remains real. For example, the government should not be able to simply replace one court with another, adjust the jurisdiction, transfer the judges and reduce the remuneration, without any safeguards. This is especially true where the core jurisdiction remains. Such a scenario would raise the perception of a serious risk of financial manipulation. Personal financial considerations should never be seen as playing any role in judicial decision-making. The public needs assurance that changes to a judicial office that could result in financial consequences for judges cannot by-pass the constitutional assurance of review by an arm's-length committee.

[46] In addition, public confidence in the judiciary may be undermined if the new remuneration does not meet the constitutional minimum required to ensure the integrity of the new office (*1997 Reference*, at para. 193). A certain minimum level of remuneration also promotes a well-qualified judiciary. But without committee review of the initial remuneration, there is no guarantee — or public assurance — that the constitutional minimum is met.

la législature pourrait utiliser son pouvoir de créer des charges judiciaires pour contourner les exigences établies dans le *Renvoi de 1997*; elle pourrait modifier ou geler la rémunération des juges sans constituer de comité, et ce, en créant simplement une nouvelle charge et en faisant table rase.

[45] Comme nous l'avons mentionné, un principe clairement établi veut que toute modification ou tout gel de la rémunération des juges soit préalablement soumis à l'examen d'un comité afin d'éviter toute possibilité ou apparence d'ingérence politique par le biais de la manipulation financière (*Renvoi de 1997*, par. 133). Cette obligation existe, que la charge judiciaire soit pourvue ou non au moment de la modification proposée. Bien que la crainte d'une manipulation financière soit moins élevée lorsque le gouvernement fixe la rémunération associée à une nouvelle charge que lorsqu'il augmente, diminue ou gèle celle de juges en exercice, cette crainte est toujours réelle. À titre d'exemple, le gouvernement ne saurait simplement remplacer un tribunal par un autre, en modifier la juridiction, transférer les juges et réduire leur rémunération, sans garantie, tout particulièrement si la juridiction principale du tribunal en question est maintenue. Un tel scénario pourrait être perçu comme présentant un risque grave de manipulation financière. Il ne faut jamais que les considérations financières personnelles paraissent avoir joué un rôle dans les décisions des juges. Le public doit avoir l'assurance que les modifications à une charge judiciaire susceptibles d'entraîner des conséquences financières pour ses titulaires ne peuvent être soustraites au crible constitutionnel que représente l'examen par un comité indépendant.

[46] De plus, il y a un risque de miner la confiance du public envers le pouvoir judiciaire si la nouvelle rémunération ne satisfait pas au minimum constitutionnel requis pour assurer l'intégrité de la nouvelle charge (*Renvoi de 1997*, par. 193). Un certain seuil minimum de rémunération promeut également une magistrature compétente. Or, à défaut d'examen de la rémunération initiale par un comité, il n'existe aucune garantie — ni assurance pour le public — que le minimum constitutionnel est respecté.

[47] As a result, we are of the view that in order to adequately protect judicial independence in such circumstances, whenever a new judicial office is created, an independent review of the initial remuneration of judges appointed to the new office is always necessary. This ensures that all judicial remuneration is reviewed, regardless of whether the remuneration of an existing office is changed or a new office is created.

(2) *If Committee Review Is Necessary When a New Judicial Office Is Created, When Should That Review Take Place?*

[48] The application judge raised the possibility of review within a reasonable delay after the new office was implemented, albeit in a different context. For its part, the Attorney General of Quebec argues that while retroactive review may be beneficial, if prior review is not required, neither is retroactive review.

[49] In our view, when the government sets the initial remuneration of a newly created judicial office, review by a remuneration committee may take place within a reasonable time *after* the appointment of the new judges. There are both principled and practical reasons for this.

[50] The manner in which the conditions of judicial independence may be satisfied varies with the context (*Ell*, at para. 30). While committee review is always required for the implementation of judicial remuneration, in our view, the manner in which this requirement may be satisfied is different in the context of a new judicial office. There are two relevant contextual considerations: first, the legislature has the constitutional power to reform courts; and second, as previously noted, the risk of political pressure or economic manipulation is not as strong in the context of a reform that creates a new judicial office. In this context, requiring that the initial remuneration of the new office be subject to a retroactive review by a committee within a reasonable time is a sufficient safeguard for the financial security guarantee. It ensures that remuneration will be reviewed in a timely enough fashion to correct any

[47] C'est pourquoi nous sommes d'avis que, pour protéger adéquatement l'indépendance judiciaire dans de telles circonstances, dès lors qu'il y a création d'une charge judiciaire, un examen indépendant de la rémunération initiale des juges nommés à la nouvelle charge doit avoir lieu. Ainsi, la rémunération de tous les juges est examinée, qu'il y ait modification de la rémunération associée à une charge existante ou création d'une nouvelle charge.

(2) *Si une nouvelle charge judiciaire doit être examinée par un comité de la rémunération des juges, quand cet examen devrait-il avoir lieu?*

[48] Le juge saisi de la requête a évoqué la possibilité, dans un autre contexte, d'un examen dans un délai raisonnable après la création de la nouvelle charge. Pour sa part, la procureure générale du Québec soutient que, si un examen préalable n'est pas nécessaire, il en va de même d'un examen rétroactif, même si ce dernier pourrait se révéler utile.

[49] À notre avis, lorsque le gouvernement fixe la rémunération associée à une nouvelle charge judiciaire, l'examen par un comité peut avoir lieu dans un délai raisonnable *après* la nomination des nouveaux juges. Des raisons de principe et des raisons pratiques le justifient.

[50] La manière de satisfaire aux conditions de l'indépendance judiciaire varie selon le contexte (*Ell*, par. 30). À notre avis, bien qu'il soit toujours nécessaire de soumettre la rémunération des juges à un comité, la manière avec laquelle cette exigence est satisfaite diffère dans le cas de la création d'une nouvelle charge. Il existe deux facteurs contextuels pertinents : premièrement, la législature dispose du pouvoir constitutionnel de réformer les tribunaux; et deuxièmement, comme nous l'avons souligné, le risque de pression politique ou de manipulation économique est plus faible dans le cas d'une réforme se soldant par la création d'une nouvelle charge judiciaire. Dans ce contexte, exiger l'examen rétroactif de la nouvelle charge par un comité, dans un délai raisonnable, protège suffisamment la garantie de sécurité financière. Ainsi, la rémunération est examinée dans un délai assez court pour en

deficiency if it is found to be below the constitutional minimum. At the same time, it enables legislatures to fulfill their constitutional role effectively.

[51] Such a requirement provides governments with flexibility, while not imposing unwarranted barriers to the effective implementation of court reform initiatives.

[52] Moreover, it is simply more efficient to consider the new office-holders all together. In fact, requiring retroactive review rather than prior review may actually serve to *increase* the protection of financial security. As the Court explained in *Bodner*, at para. 17, a remuneration committee "must objectively consider the submissions of all parties" (emphasis added). But if a committee were required to review remuneration prior to the establishment of a new judicial office and before any judges had been appointed into the new office, there would be no office-holders to make submissions before the committee. Therefore, the proper functioning of the committee would likely be hindered. But where the review takes place within a reasonable time after the appointment of the judges to the new office, this allows the cohort of newly appointed judges to fully participate in the committee process.

[53] In addition, requiring prior recourse to a remuneration committee before setting the initial remuneration of a new judicial office would necessarily create delays. Establishing a remuneration committee takes time. As the intervener the Attorney General of Ontario points out, in establishing a committee for a new judicial office, "there are many issues, and many options on those issues, that the government will have to consider before establishing an independent, effective and objective special process for setting the remuneration" of that new office (*Masters' Association of Ontario v. Ontario*, 2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196, at para. 70, quoted in I.F., at para. 29). These issues may include the question of whether the appropriate forum is an existing or a new committee, its size, structure, powers and membership and what objective criteria the committee is mandated to consider. While the committee process is a constitutional requirement, it

permettre la révision si elle est jugée inférieure au minimum constitutionnel. En même temps, les législatures peuvent ainsi s'acquitter efficacement de leur rôle constitutionnel.

[51] Une telle exigence donne de la latitude aux gouvernements tout en n'entravant pas indûment la mise en œuvre efficace des initiatives de réforme judiciaire.

[52] En réalité, l'exercice est simplement plus efficace une fois tous les nouveaux titulaires de charge nommés. En fait, il se peut qu'exiger un examen rétroactif plutôt qu'un examen préalable *accroisse* effectivement la protection de la sécurité financière. Comme la Cour l'explique, au par. 17 de l'arrêt *Bodner*, le comité de rémunération « doit examiner objectivement les arguments de toutes les parties » (nous soulignons). Or, si un comité devait se pencher sur la rémunération avant la création de la nouvelle charge judiciaire, et avant la nomination des juges, aucun titulaire de charge ne serait en mesure de lui présenter des observations. Le bon fonctionnement du comité s'en trouverait donc probablement gêné. Cependant, si l'examen a lieu dans un délai raisonnable après la nomination des juges à la nouvelle charge, ces juges auraient l'occasion de participer pleinement au processus d'examen.

[53] De surcroît, exiger la tenue d'un comité avant que ne soit fixée la rémunération rattachée à la nouvelle charge entraînerait nécessairement des retards. Mettre sur pied un comité prend du temps. Comme le souligne le procureur général de l'Ontario, intervenant en l'espèce, lorsqu'il s'agit de constituer un comité appelé à examiner une nouvelle charge judiciaire, [TRADUCTION] « il y a de nombreuses questions et de nombreuses solutions, et le gouvernement doit en tenir compte avant d'établir un mécanisme extraordinaire qui soit indépendant, efficace et objectif pour la détermination de la rémunération » associée à cette nouvelle charge (*Masters' Association of Ontario c. Ontario*, 2011 ONCA 243, 105 O.R. (3d) 196, par. 70, cité dans le m.i., par. 29). À titre d'exemple, parmi les questions, il pourrait y avoir celle de savoir si la tribune appropriée serait un comité existant ou un nouveau comité, de même que d'autres portant sur sa taille, sa structure, ses

should not cause unnecessary delays in rolling out reforms.

[54] The imposition of structural barriers to reforms aimed at improving the independence and qualifications of judges would undermine the public's confidence in the administration of justice rather than increasing it. Taking into account that "the conditions of independence are intended to protect the interests of the public", and that they are a "means to safeguard our constitutional order and to maintain public confidence in the administration of justice", such barriers should be avoided (*Ell*, at para. 29). Therefore, in our view, when a new office is created, a committee must review the initial remuneration, but this review can take place within a reasonable time after the appointment of judges into the new office.

[55] Governments have a variety of options for structuring a judicial remuneration committee so long as it is "[i]ndependent, [e]ffective and [o]bjective" (*1997 Reference*, at paras. 166-74). For example, the government could decide to conduct a simplified process for the first committee review, without "formal hearings, the calling of evidence, commission counsel, intervenors . . . or any of the other accoutrements common to public or judicial commissions" (*Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 36).

[56] A "reasonable time" refers to the time it takes to set up a committee process as soon as some judges have been appointed into the new office. Because the minimum adequate remuneration ensures judicial integrity, the retroactive review should be conducted within a reasonable time after the appointment of judges into the new office. In establishing this "reasonable time" requirement, we are not here referring to the three- to five-year period described in the *1997 Reference*. Indeed, that time period serves a different purpose; namely to "guard against the possibility that government inaction could be used as a means of economic manipulation by allowing

pouvoirs et sa formation ainsi que les critères objectifs dont il devrait tenir compte. Bien que l'établissement d'un comité réponde à une exigence constitutionnelle, cela ne devrait pas entraîner de retard inutile dans la mise en œuvre d'une réforme.

[54] En imposant des obstacles structurels à des réformes destinées à renforcer l'indépendance et à améliorer les compétences des juges, on minerait la confiance du public dans l'administration de la justice au lieu de l'accroître. Vu que « les conditions d'indépendance sont censées protéger les intérêts du public » et que l'indépendance judiciaire est un « moyen de préserver notre ordre constitutionnel et de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice », il faut éviter d'imposer de tels obstacles (*Ell*, par. 29). En conséquence, nous sommes d'avis que, lorsqu'une nouvelle charge est créée, la rémunération initiale qui y est rattachée doit être soumise à un comité, mais que cet examen peut avoir lieu dans un délai raisonnable après la nomination des juges à cette nouvelle charge.

[55] Les gouvernements peuvent structurer de diverses façons les commissions, pourvu qu'elles soient « indépendantes, efficaces et objectives » (*Renvoi de 1997*, par. 166-174). À titre d'exemple, le gouvernement pourrait opter pour un processus simplifié pour le premier examen, sans [TRADUCTION] « audience formelle, production de preuve, avocats de la commission, intervenants [. . .] et tout ce qu'emportent les commissions publiques ou judiciaires » (*Ontario Deputy Judges Assn. c. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 36).

[56] Un « délai raisonnable » s'entend du temps qu'il faut pour mettre sur pied un comité aussitôt que certains juges sont nommés à la nouvelle charge. Puisqu'une rémunération minimale adéquate assure l'intégrité judiciaire, l'examen rétroactif devrait avoir lieu dans un délai raisonnable après la nomination des juges à la nouvelle charge. En imposant cette condition d'un « délai raisonnable », nous ne parlons pas ici du délai de trois à cinq ans dont il est question dans le *Renvoi de 1997*. En effet, ce délai vise une fin différente, à savoir « parer à la possibilité que l'inaction du gouvernement puisse servir de moyen de manipulation financière du fait qu'on

judges' real salaries to fall because of inflation, and also to protect against the possibility that judges' salaries will drop below the adequate minimum required by judicial independence" (*1997 Reference*, at para. 147). In order to achieve this objective, the Court deemed that "[a] commission must convene if a fixed period of time (e.g., three to five years) has elapsed since its last report, in order to consider the adequacy of judges' salaries in light of the cost of living and other relevant factors" (para. 147). As we are here dealing with very different circumstances and purpose, the "reasonable time" period for retroactive review will be much shorter. It will reflect the time required to implement the reform, to establish the appropriate review committee and to ensure proper participation by the new judicial officers. It will generally be measured in months, and not in years.

(3) *Should Sitting Judges "Transferred" to a New Office Be Treated Differently?*

[57] With respect to sitting judges who are transferred to a new office, the appellants argue that the *1997 Reference* requires that any changes in the remuneration of sitting judges require prior committee review, regardless of whether a new office is created. Governments cannot by-pass this requirement simply by making changes to a judicial office. From the sitting judges' perspective, whether it occurs in an existing or new judicial office, a change in remuneration has the same implications for them, and for the existing relationship between the executive and the judiciary.

[58] There is some force to these submissions. As discussed, the purpose of the committee process is to maintain a depoliticized relationship between the judiciary and the other branches of government and to guard against the possibility or perception of political interference through economic manipulation (*1997 Reference*, at paras. 138-47 and 166). No doubt the impact on the judge and on the relationship between the executive and the judge holding a new judicial office is greater where a judicial relationship already

laisserait les traitements réels des juges reculer à cause de l'inflation, et aussi pour parer à la possibilité que ces traitements tombent sous le minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature » (*Renvoi de 1997*, par. 147). Afin d'atteindre cet objectif, la Cour estime dans le *Renvoi de 1997* que « la commission doit se réunir si une période déterminée (par exemple de trois à cinq années) s'est écoulée depuis la présentation de son dernier rapport, afin d'étudier le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents » (par. 147). Comme en l'espèce les circonstances et l'objet sont très différents, le « délai raisonnable » dans lequel l'examen rétroactif doit avoir lieu sera beaucoup plus court. Il est fonction du temps nécessaire à la réforme, à la constitution du comité et à une participation adéquate des nouveaux officiers de justice. Il se calcule de façon générale en mois et non en années.

(3) *Les juges en exercice qui « sont transférés » à une nouvelle charge doivent-ils être traités différemment?*

[57] Les appelants soutiennent que le *Renvoi de 1997* exige que toute modification à la rémunération des juges en exercice, que ce soit en raison de la création d'une nouvelle charge ou non, soit soumise à l'examen préalable d'un comité. Les gouvernements ne sauraient se soustraire à cette exigence en modifiant simplement une charge judiciaire. Du point de vue des juges en exercice, les effets d'une modification à leur rémunération sont les mêmes pour eux et pour les rapports entre l'exécutif et le judiciaire, que la modification découle de la création d'une nouvelle charge ou qu'elle intervienne dans le cadre d'une charge existante.

[58] Ces arguments sont pertinents. Comme nous l'avons mentionné, l'objectif des comités est de maintenir des rapports dépolitisés entre le judiciaire et les autres pouvoirs de l'État, et d'éviter la possibilité d'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière ou la perception qu'une telle situation existe (*Renvoi de 1997*, par. 138-147 et 166). Il ne fait aucun doute que les effets sur le juge titulaire d'une nouvelle charge et sur les rapports entre ce dernier et l'exécutif sont plus importants

exists. According to the appellants, sitting judges should therefore receive the enhanced protections accorded in the *1997 Reference*, namely prior review of all proposed changes in remuneration.

[59] But in our view, in the context of broader judicial reforms, the same reasons that justify deferring committee review for newly appointed judges apply equally to sitting judges. It falls within the legislature's constitutional authority to implement court reforms for important public policy reasons. Requiring prior review for sitting judges would create delays for judicial reforms in the public interest and, as in the case at bar, potentially prolong an unconstitutional judicial regime. As such, though prior review normally affords sitting judges enhanced judicial independence protections, requiring prior review in circumstances where a new judicial office is created for the purposes of remedying an otherwise unconstitutional regime may actually undermine judicial independence and negatively affect public perception. And the principle of judicial independence exists for the benefit of the public, not for the judge. Viewed from the perspective of the public, a review within a reasonable time for all judges is an effective safeguard for financial security, even if some judges were previously serving in another judicial office.

[60] In addition, there are important pragmatic reasons for review within a reasonable time when a new judicial office is filled in part by those transferred from another judicial office. If remuneration of sitting judges must be reviewed prior to the reform, but remuneration of newly appointed judges may be reviewed after, a committee would need to be convened twice — once before the reform, and once again after. By contrast, if the remuneration of transferred judges is reviewed at the same time as that of the newly appointed judges, the committee can review all the remuneration together, in the context of the whole reform. This enables the committee to better fulfill its mandate.

lorsqu'il existe déjà un lien judiciaire. Selon les appelants, les juges en exercice devraient en conséquence bénéficier des protections accrues accordées dans le *Renvoi de 1997* et notamment l'examen préalable de toute modification proposée à la rémunération.

[59] Or, à notre avis, dans le contexte d'une réforme judiciaire générale, les raisons qui justifient que soit reportée la tenue d'un comité dans le cas des juges nouvellement nommés s'appliquent tout autant aux juges en exercice. Les législatures ont le pouvoir constitutionnel d'adopter des réformes judiciaires pour des raisons importantes d'intérêt public. Exiger un examen préalable dans le cas de juges en exercice retarderait la mise en œuvre des réformes judiciaires fondées sur l'intérêt public, et risque, comme en l'espèce, de prolonger un régime judiciaire inconstitutionnel. Ainsi, bien qu'un examen préalable assure normalement aux juges en exercice des garanties accrues en matière d'indépendance judiciaire, exiger un examen préalable, alors qu'une charge judiciaire est créée pour corriger un régime inconstitutionnel, risque en fait de porter atteinte à l'indépendance judiciaire et de miner la perception du public. Rappelons que le principe de l'indépendance judiciaire existe au profit du public et non du juge. Pour le public, la tenue dans un délai raisonnable d'un examen portant sur la situation de tous les juges protège efficacement la sécurité financière, même si certains juges occupaient antérieurement une autre charge judiciaire.

[60] En outre, d'importantes raisons pratiques justifient de tenir l'examen dans un délai raisonnable lorsqu'une nouvelle charge judiciaire est pourvue en partie par des personnes qui occupaient l'ancienne. S'il fallait examiner la rémunération des juges en exercice avant la réforme, et celle des nouveaux juges après, il faudrait réunir le comité deux fois. En revanche, si la rémunération des juges transférés est examinée en même temps que celle des juges nouvellement nommés, le comité peut examiner les deux traitements à la lumière de l'ensemble de la réforme et ainsi mieux s'acquitter de son mandat.

[61] For example, examining the two groups of judges separately may lead to contradictory results. By contrast, in a unified committee process, where the committee can review all the remuneration of the new judicial office at the same time, the committee may make recommendations about any proposed remuneration differential between judges occupying the same office. Similarly, when provincial legislatures create new courts that include functions that used to be exercised by other judges, these judges' remuneration may be taken into account in the analysis of the overall remuneration of the judges to be appointed. Indeed, since it is dealing with a new or different office, for which the remuneration has not been considered in the past, the remuneration committee has more latitude in its initial review.

[62] This being said, because sitting judges are in an existing relationship with the government, this relationship is more susceptible to the risk of manipulation. The principles in the *1997 Reference* warrant additional protection for sitting judges. Thus, while the government retains the discretion to set the remuneration of newly appointed judges, the government may not change (increase, decrease or freeze) the remuneration of sitting judges until after the committee review. When the government complies with this obligation to maintain the salaries of the sitting judges until committee review, the committee can make retroactive and forward-looking recommendations with regards to the salaries of the sitting judges.

[63] Thus, in our view, where a new judicial office has been created, judges who have held another judicial office should be treated the same as newly appointed judges when it comes to the timing of the requirement for committee review of remuneration: review within a reasonable time after their appointment is required. However, their remuneration cannot be changed until after the review has taken place.

[61] À titre d'exemple, examiner séparément les deux catégories de juges risque de donner lieu à des résultats contradictoires. Cependant, dans le cadre d'un processus intégré où il examine en même temps toutes les rémunérations rattachées à la nouvelle charge judiciaire, le comité peut faire des recommandations au sujet de tout écart proposé dans la rémunération des juges occupant la même charge. De même, lorsque les législatures provinciales créent de nouveaux tribunaux intégrant des fonctions auparavant exercées par d'autres juges, la rémunération de ces derniers peut être prise en compte dans l'analyse de la rémunération globale des prochains titulaires. En fait, puisque son examen porte sur une charge nouvelle ou différente, dont la rémunération n'a pas déjà été examinée, le comité dispose de plus de latitude dans son examen initial.

[62] Cela dit, comme les juges en exercice entretiennent déjà des rapports avec le gouvernement, le risque de manipulation est accru. Les principes établis dans le *Renvoi de 1997* justifient une protection supplémentaire dans leur cas. Ainsi, bien que le gouvernement puisse, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, fixer la rémunération des nouveaux juges, il ne peut modifier (augmenter, réduire ou geler) le traitement des juges en exercice tant que le comité n'a pas procédé à l'examen. Lorsque le gouvernement respecte l'obligation de maintenir la rémunération de ces juges jusqu'à l'examen, le comité est en mesure de faire des recommandations rétroactives et prospectives à ce sujet.

[63] C'est pourquoi nous croyons que, lorsqu'une nouvelle charge est créée, il faut traiter les juges qui ont occupé une autre charge de la même manière que les nouveaux lorsqu'il s'agit de déterminer le moment où il convient de constituer le comité : il faut tenir un examen dans un délai raisonnable suivant la nomination. Cependant, la rémunération des juges en exercice ne peut être modifiée avant la tenue de l'examen.

(4) *What Qualifies as a "New Judicial Office"?*

[64] While the financial security guarantee of judicial independence requires committee review prior to any changes to the remuneration of a judicial office, we have concluded that prior review is not required when a judicial reform results in the creation of a new judicial office. Therefore, in the context of judicial reform, it is important to determine whether a new judicial office has been created. Often, it will be obvious when a new judicial office has been created. But sometimes, the line between a new judicial office and minor changes to an existing office can be hard to draw. The criteria for what constitutes a new judicial office varied in the arguments and judgments below.

[65] The application judge was of the view that the Act created a new judicial office (paras. 4, 47 and 142). However, it is unclear which criteria the application judge applied in coming to this conclusion. The Court of Appeal also opined that the Act established a new judicial office. In doing so, it compared the functions and employment conditions of the old and new offices. In the Court of Appeal's view, because these functions and employment conditions were sufficiently different, the Act created a new judicial office (paras. 72-78). The Attorney General of Quebec endorses the appeal court's analysis. The appellants argue that no new office was created because in reality, judges in the "new" office exercised the same functions as the old office: the new office simply included better tenure guarantees.

[66] We agree with the appellants that mere adjustments to an existing office do not automatically create a new judicial office. Where the remuneration of an existing judicial office is revised in any way, our jurisprudence is clear: prior committee review is essential to guarantee financial security. However, where a new office is created, a legislature's constitutional authority to reform the justice

(4) *Qu'est-ce qui caractérise une « nouvelle charge judiciaire »?*

[64] Bien que la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire demande qu'un comité procède à un examen préalablement à toute modification proposée à la rémunération associée à une charge judiciaire, nous avons conclu que cet examen n'est pas nécessaire lorsqu'une réforme judiciaire aboutit à la création d'une nouvelle charge. En conséquence, dans le contexte d'une réforme judiciaire, il est important de déterminer s'il y a eu création d'une nouvelle charge judiciaire. Souvent, ce sera évident. Parfois, la distinction entre la création d'une nouvelle charge et une légère modification d'une charge existante sera plus difficile à mesurer. La nature des éléments constitutifs d'une nouvelle charge judiciaire a varié selon les arguments plaidés devant les juridictions inférieures et les jugements de celles-ci.

[65] Le juge saisi de la requête a conclu que la Loi créait une nouvelle charge judiciaire (par. 4, 47 et 142). Toutefois, on ne sait pas exactement quels critères il a appliqués pour parvenir à cette conclusion. La Cour d'appel a également conclu que la Loi créait une nouvelle charge judiciaire. Pour trancher, elle a comparé les fonctions et les conditions d'emploi de l'ancienne et de la nouvelle charge. Selon elle, puisque ces fonctions et conditions d'emploi différaient suffisamment, la Loi créait une nouvelle charge judiciaire (par. 72-78). La procureure générale du Québec appuie l'analyse de la Cour d'appel. Les appelants affirment qu'aucune nouvelle charge judiciaire n'a été créée, car, en réalité, les juges occupant la « nouvelle » charge exercent les mêmes fonctions qu'auparavant : la nouvelle charge comporte simplement de meilleures garanties d'inamovibilité.

[66] Nous convenons avec les appelants que de simples modifications à une charge existante ne créent pas automatiquement une nouvelle charge. En cas de modification, quelle qu'elle soit, à la rémunération associée à une charge judiciaire existante, notre jurisprudence est claire : l'examen préalable par un comité est essentiel au maintien de la garantie de sécurité financière. Toutefois, lorsqu'une

system and the practical realities of real reform justify retroactive review.

[67] Financial security can be implicated both by changes to the mandate of a judicial office, as well as by changes to the conditions that have direct financial implications for the office-holders, because any such changes can be seen as potential pressure or manipulation. Thus, we agree with the Court of Appeal that the judicial function and the conditions of employment are relevant considerations in determining whether a judicial office has merely been changed, or whether a new judicial office has been created.

[68] At what point do such reforms create a new office, such that they justify deferral of arm's-length review?

[69] In our view, changes to judicial functions, and changes to other conditions that impact judicial independence — including conditions related to such things as tenure, financial security, selection, and administrative independence — are all relevant to assessing whether a new judicial office is created. A new judicial office is created if these changes, viewed as a whole, and in context, create a new office.

[70] The analysis is holistic: the court must look at the change to judicial functions alongside the other changes to the conditions that impact judicial independence, in light of the context of the reform. The focus is on whether the overall effect of the reform is to create a new judicial office.

(5) *Were These Requirements Satisfied in the Case at Bar?*

[71] In the present case, modifications to the Quebec judicial order were necessary and urgent following the judgment of the Quebec Court of Appeal, which concluded that the regime then in place in the

nouvelle charge est créée, le pouvoir constitutionnel de la législature de réformer le système de justice et les réalités pratiques d'une véritable réforme justifient la tenue d'un examen rétroactif.

[67] Tant les modifications apportées au mandat d'une charge judiciaire que celles apportées aux conditions ayant des répercussions financières directes sur les titulaires de la charge peuvent affecter le principe de la sécurité financière, car elles sont susceptibles d'être perçues comme des pressions ou une manipulation. C'est pourquoi nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour affirmer que l'examen des fonctions de la charge judiciaire et des conditions d'emploi est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si une charge a simplement été modifiée ou si une nouvelle charge a été créée.

[68] Dans quelles circonstances de telles modifications créent-elles une nouvelle charge, de sorte qu'il soit justifié de reporter l'examen indépendant?

[69] À notre avis, les modifications apportées aux fonctions judiciaires et aux autres conditions qui touchent à l'indépendance judiciaire — y compris celles liées à l'inamovibilité, à la sécurité financière, à la sélection et à l'indépendance administrative — sont pertinentes lorsqu'il s'agit de décider si une nouvelle charge a été créée. Une nouvelle charge judiciaire est créée si ces modifications, considérées dans leur ensemble et dans leur contexte, créent une nouvelle charge.

[70] L'analyse est globale : le tribunal doit examiner les modifications apportées aux fonctions de la charge judiciaire ainsi qu'aux conditions qui ont une incidence sur l'indépendance judiciaire, en tenant compte du contexte de la réforme. La question est donc de déterminer si la réforme a pour conséquence la création d'une nouvelle charge judiciaire.

(5) *Ces conditions ont-elles été respectées en l'espèce?*

[71] En l'espèce, il était nécessaire et urgent de modifier l'ordre judiciaire du Québec en raison du jugement de la Cour d'appel du Québec, qui avait conclu que le régime alors en place dans la province

province did not adequately ensure the tenure guarantee of judicial independence. The 2004 reforms served the public good and advanced the underlying interests of judicial independence.

[72] However, these reforms must also comply with the requirements for the financial security guarantee of judicial independence. In our view, the reform failed to comply with these requirements. For the reasons that follow, we find that the reform breached the financial security guarantee of judicial independence because the remuneration for 2004 to 2007 was not reviewed within a reasonable time after the new appointments. Indeed, the remuneration for that period has never been reviewed.

(a) Did the Reform Create a New Judicial Office?

[73] We agree with the Court of Appeal that the Act created a new judicial office. Viewed as a whole, the changes from the reform did indeed create a new judicial office.

[74] The context for the reform is relevant: the government implemented a reform to the system of justices of the peace following the Quebec Court of Appeal's decision in *Pomerleau* that the existing system violated judicial independence. The reform provided tenure for the judicial offices.

[75] Looking at the judicial functions, the PJPs have a narrower jurisdiction than the old office of JPEP: the PJPs do not have jurisdiction to preside over bail hearings and do not hear summary prosecutions under Part XXVII of the *Criminal Code*, as the old JPEPs did. Although in practice the JPEPs never exercised these functions, it remains that, in law, the new office of PJP had a different jurisdiction than that of JPEP (trial decision, at paras. 23 and 83; appeal decision, at paras. 10 and 74).

n'assurait pas adéquatement la garantie d'inamovibilité qu'exige l'indépendance judiciaire. La réforme de 2004 a servi l'intérêt public et a favorisé les intérêts sous-jacents de l'indépendance judiciaire.

[72] Or, cette réforme doit également respecter les critères liés à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire. À notre avis, elle ne les a pas respectés. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la réforme a porté atteinte à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire parce que la rémunération en vigueur de 2004 à 2007 n'a pas été examinée dans un délai raisonnable après les nouvelles nominations. En fait, elle n'a jamais été examinée.

a) La réforme a-t-elle créé une nouvelle charge judiciaire?

[73] Nous convenons avec la Cour d'appel que la Loi a créé une nouvelle charge judiciaire. Considérées globalement, les modifications découlant de la réforme ont effectivement créé une nouvelle charge judiciaire.

[74] Le contexte de la réforme est pertinent : le gouvernement a réformé le régime des juges de paix après la décision rendue par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Pomerleau* selon laquelle le régime en place ne respectait pas le principe de l'indépendance judiciaire. La réforme a instauré l'inamovibilité des charges.

[75] Si on examine les fonctions judiciaires, on constate que la juridiction des JPM est plus restreinte que celle des anciens JPPE : les JPM n'ont pas compétence pour présider les enquêtes sur mise en liberté sous caution et ne peuvent présider les audiences sur les poursuites sommaires intentées en vertu de la partie XXVII du *Code criminel*, contrairement aux anciens JPPE. Bien qu'en pratique, ces derniers n'aient jamais exercé ces fonctions, il n'en demeure pas moins qu'en droit, la juridiction des nouveaux JPM diffère de celle des JPPE (décision de première instance, par. 23 et 83; décision d'appel, par. 10 et 74).

[76] Looking at the conditions that impact judicial independence, there are many differences in these conditions. The PJPs benefit from greater judicial independence guarantees than did the JPEPs. For instance, though both PJPs and JPEPs could only be removed from office by virtue of a report from the Court of Appeal after a request from the Minister of Justice, the JPEPs were appointed for renewable five-year terms, whereas the PJPs now enjoy tenure until the age of 70. Additionally, the remuneration and other benefits associated with the office of PJP are now subject to periodic committee review. Furthermore, the selection criteria of the PJPs are now set out in the *CJA*. Finally, the PJPs are now integrated into the Court of Québec and are thus subject to the authority of the Chief Judge of the Court of Québec, something which was not provided for by the *CJA* with regards to the JPEPs before 2004. As such, clearly there are significant changes to the conditions that impact judicial independence.

[77] It is also worth noting that the Act completely substitutes Part III.1 of the *CJA* (Act, s. 1), which deals with justices of the peace, that s. 26 of the Act provides that former JPEPs "become" PJPs, and that s. 35 of the Act requires that PJPs take a new oath, a logical consequence of holding a new office. Additionally, during the parliamentary debates leading up to the adoption of the Act, there are several references in passing to the creation of a new judicial office (Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 38, No. 75, 1st Sess., 37th Leg., May 20, 2004, at p. 4543; *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 38, No. 54, 1st Sess., 37th Leg., May 28, 2004, at p. 18).

[78] Looking at the effects of the reform overall, we conclude that the reform created a new judicial office.

(b) Did a Committee Review the Remuneration Within a Reasonable Time After the Appointment of the Judges?

[79] Since the Act created a new judicial office, the initial remuneration of all the judges appointed

[76] Si on examine les conditions touchant l'indépendance judiciaire, on constate qu'elles ont beaucoup changé. Les JPM bénéficient de garanties d'indépendance judiciaire plus étendues que les JPPE. À titre d'exemple, les JPPE ne pouvaient être destitués que sur rapport de la Cour d'appel après une demande du ministre de la Justice, comme les JPM, mais les JPPE étaient nommés pour un mandat renouvelable de cinq ans, alors que les JPM peuvent maintenant siéger jusqu'à l'âge de 70 ans. De plus, le traitement et les autres avantages liés à la charge de JPM sont maintenant soumis périodiquement à l'examen d'un comité. Qui plus est, les critères de sélection des JPM sont désormais énoncés dans la *LTJ*. Enfin, les JPM relèvent de la Cour du Québec et sont donc soumis à l'autorité du juge en chef de ce tribunal, ce que la *LTJ* ne prévoyait pas à l'égard des JPPE avant 2004. Ainsi, les conditions touchant l'indépendance judiciaire ont beaucoup changé.

[77] Il convient également de souligner que la Loi remplace intégralement la partie III.1 de la *LTJ* (Loi, article premier), qui porte sur les juges de paix, que l'art. 26 de la Loi prévoit que les anciens JPPE « deviennent » des JPM et que l'art. 35 de la Loi exige que les JPM prêtent de nouveau serment, ce qui est logique puisqu'ils assument une nouvelle charge. De plus, durant les débats parlementaires ayant mené à l'adoption de la Loi, on a fait plusieurs fois référence à la création d'une nouvelle charge judiciaire (Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 38, nº 75, 1re sess., 37e lég., 20 mai 2004, p. 4543; *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 38, nº 54, 1re sess., 37e lég., 28 mai 2004, p. 18).

[78] Si on examine les effets de la réforme dans son ensemble, nous concluons qu'elle a créé une nouvelle charge judiciaire.

b) La rémunération a-t-elle été examinée par un comité de la rémunération des juges dans un délai raisonnable après la nomination des juges?

[79] Comme la Loi a créé une nouvelle charge judiciaire, le traitement initial de tous les juges

to this office (whether they were appointed for the first time or transferred from the now-abolished office of JPEP) needed to be reviewed retroactively, within a reasonable time after their appointment.

[80] As s. 32 of the Act provides that "[d]espite sections 2 to 8, the committee on the remuneration of judges will not exercise its functions with regard to presiding justices of the peace until a committee is formed in 2007 with respect to judges of the Court of Québec and municipal courts", it effectively prohibits any review of the initial PJP remuneration prior to 2007. Indeed, although the office of PJP was established in 2004, the remuneration of the judges occupying this new office could only be reviewed starting in 2007. This contravenes the constitutional requirement that the initial remuneration of judges occupying a new office must be reviewed by a remuneration committee within a reasonable time after their appointment. There are no compelling reasons why a review could not proceed well before 2007. None were offered. The time period should be measured in months, not years. Obviously, three years is not a reasonable time. As such, s. 32 of the Act infringes the financial security guarantee of judicial independence.

[81] Additionally, as ss. 27 and 30 of the Act respectively provide for a freeze in the remuneration of the six former JPEPs and the establishment of the remuneration of the newly appointed PJPs by executive order, without referencing the need to retroactively submit the remuneration to a remuneration committee, we are of the view that ss. 27 and 30 also infringe judicial independence. Indeed, when a legislature creates a new judicial office, it is constitutionally required to provide for salary committee review in the legislation establishing the new judicial office. Finally, s. 27 of the Act infringes judicial independence because it freezes the remuneration of sitting judges before a committee has reviewed this remuneration, contrary to the requirements of the financial security guarantee.

nommés à cette charge (pour la première fois ou après l'abolition de la charge de JPPE) devait être examiné rétroactivement, dans un délai raisonnable après leur nomination.

[80] L'article 32 de la Loi prévoit que « [m]algré les articles 2 à 8 de la présente loi, le Comité de la rémunération des juges n'exerce ses attributions eu égard aux juges de paix magistrats qu'à compter du moment où il sera procédé à la nomination des membres du comité qui sera formé en 2007 à l'égard des juges de la Cour du Québec et des cours municipales ». Il interdit ainsi tout examen de la rémunération initiale des JPM avant 2007. En effet, bien que la charge de JPM ait été créée en 2004, la rémunération des juges qui occupent cette nouvelle charge ne pouvait être examinée qu'à compter de 2007. Il s'agit là d'un manquement à l'exigence constitutionnelle selon laquelle la rémunération initiale des juges occupant une nouvelle charge est examinée par un comité dans un délai raisonnable après leur nomination. Aucune raison valable n'explique pourquoi l'examen ne pouvait être tenu bien avant 2007, et aucune n'a été avancée. Le délai aurait dû se calculer en mois, non en années. Évidemment, un délai de trois ans ne constitue pas un délai raisonnable. En conséquence, l'art. 32 de la Loi porte atteinte à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire.

[81] En outre, puisque les art. 27 et 30 de la Loi prévoient respectivement un gel de la rémunération des six anciens JPPE et l'établissement, par décret, de la rémunération des JPM nouvellement nommés, mais n'exigent pas l'examen rétroactif de la rémunération par un comité, nous sommes d'avis que ces dispositions portent également atteinte à l'indépendance judiciaire. En effet, la législature qui crée une nouvelle charge judiciaire est tenue par la Constitution de prévoir, dans la loi constituant la charge, l'examen de la rémunération par un comité établi à cette fin. Enfin, l'art. 27 de la Loi porte atteinte à l'indépendance judiciaire en ce sens qu'il a pour effet de geler la rémunération de juges en exercice avant qu'un comité n'examine la question, ce qui est contraire aux exigences de la garantie de sécurité financière.

[82] The appellants also submitted that the government was not permitted to appoint new PJPs at a lower remuneration than the old JPEPs' remuneration. We disagree. Where a reform results in the creation of a new judicial office, and sitting judges are transferred to that new office, the government may be entirely justified in holding their remuneration at existing levels and appointing new judges into the same category at a lower remuneration. But the government does not have *carte blanche* in this matter. Both the remuneration of newly appointed judges and any proposed changes to the remuneration of the transferred judges must be subject to review by a committee. In the case at bar, three remuneration committees found that the salary gap between the transferred judges and the newly appointed judges was appropriate. Based on the findings of the remuneration committees, we are satisfied that this salary gap, by itself, did not infringe the financial security guarantee of judicial independence.

(c) Was There a Violation of the Financial Security Guarantee After 2007?

[83] The appellants also challenge the validity of executive Order 932-2008, adopting the 2008 Johnson Committee recommendations and setting remuneration for 2007 to 2010. In our view, this Order is valid. Remuneration committees reviewed PJP remuneration periodically starting in 2007. As such, there was no violation of judicial independence after 2007 and no defect in the 2008 Order.

[84] It is true that the post-2007 remuneration derived from an initial level of remuneration which was never reviewed, contrary to constitutional requirements. That being said, the criteria the committees were required to apply make it clear that a change in the baseline remuneration would have had a limited impact on future remuneration reviews. Indeed, under s. 246.42 of the *CJA*, "the level and prevailing trend of the remuneration received by the judges concerned, as compared to that received by other persons receiving remuneration out of public

[82] Les appelants soutiennent également que le gouvernement n'avait pas le droit de nommer de nouveaux JPM et de leur accorder une rémunération moindre que celle des anciens JPPE. Nous ne sommes pas d'accord. Lorsqu'une réforme entraîne la création d'une nouvelle charge judiciaire, il peut se révéler tout à fait justifié pour le gouvernement de maintenir la rémunération des juges en poste transférés à la nouvelle charge et de fixer une rémunération moindre pour les nouveaux juges qu'il nomme dans la même catégorie. Cependant, le gouvernement n'a pas carte blanche. La rémunération des juges nouvellement nommés et les modifications proposées à la rémunération des juges transférés doivent être soumises à l'examen d'un comité. Dans le cas qui nous occupe, trois comités ont conclu que l'écart salarial entre les juges transférés et les juges nouvellement nommés était justifié. À la lumière de ces conclusions, nous sommes d'avis qu'en soi, cet écart salarial n'a pas porté atteinte à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire.

c) Y a-t-il eu atteinte à la garantie de sécurité financière après 2007?

[83] Les appelants contestent également la validité du Décret 932-2008 en vertu duquel les recommandations du Comité Johnson de 2008 ont été adoptées, et la rémunération de 2007 à 2010, fixée. À notre avis, ce décret est valide. À compter de 2007, la rémunération des JPM a été soumise périodiquement à l'examen d'un comité. Il n'y a donc pas eu d'atteinte à l'indépendance judiciaire après 2007, et le décret de 2008 n'est entaché d'aucun vice.

[84] Certes, après 2007, la rémunération était calculée en fonction du traitement initial, qui n'avait jamais été examiné, ce qui est contraire aux exigences constitutionnelles. Cela dit, il ressort clairement des critères que les comités étaient tenus d'appliquer qu'une modification à la rémunération initiale aurait eu un effet limité sur les examens à venir. D'ailleurs, suivant l'art. 246.42 de la *LTJ*, « l'état et l'évolution comparés de la rémunération des juges concernés d'une part, et de celle des autres personnes rémunérées sur les fonds publics,

funds" constitutes only 1 of 10 factors which the committee must consider when determining judges' remuneration. For instance, the committees were also required to consider remuneration for similar offices in other provinces.

[85] Additionally, we emphasize that judicial independence exists for the benefit of the public, and does not serve as a means of labour arbitration to ensure better remuneration for judges. As this Court stated in *Ell*, at para. 29, judicial independence is "for the benefit of the judged, not the judges", as "[j]udicial independence serves not as an end in itself, but as a means to safeguard our constitutional order and to maintain public confidence in the administration of justice" (see also *Bodner*, at paras. 4 and 6). Consequently, "[t]he benefit that the members of those courts derive is purely secondary" (*1997 Reference*, at para. 9). As such, even if the actual remuneration of PJPs after 2007 may have been in some way affected by the lack of remuneration committee review from 2004 to 2007, this problem is not one with judicial independence itself, since the constitutional requirements necessary to the protection of judicial independence were met from 2007 onwards. Indeed, since the government complied with its constitutional obligation to periodically submit PJP remuneration to a committee from 2007 onwards, as required by the *1997 Reference*, public confidence in judicial independence was in no way undermined for that period. Any impact that the lack of committee review from 2004 to 2007 may have had on PJP remuneration after 2007 cannot be said to have raised constitutional concerns.

VII. Pensions

[86] The appellants challenge the participation of PJPs in the public service management personnel pension plan. They argue that because the pension plan is not designed for the career of a judge, and is less remunerative than the pension plan for the judges of the Court of Québec, the pension plan does not meet the basic minimum threshold required for the office of a judge. As such, the participation

d'autre part » n'est que l'un des dix facteurs que le comité doit prendre en considération lorsqu'il établit la rémunération des juges. À titre d'exemple, le comité doit également tenir compte de la rémunération des juges exerçant des fonctions similaires dans d'autres provinces.

[85] De plus, nous rappelons que l'indépendance judiciaire existe au profit du public et ne saurait constituer un moyen d'arbitrage pour les juges en vue d'obtenir une hausse de leur traitement. Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Ell*, par. 29, l'indépendance judiciaire existe « au profit de la personne jugée et non des juges », puisque « [l]'indépendance judiciaire est non pas une fin en soi, mais un moyen de préserver notre ordre constitutionnel et de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice » (voir également *Bodner*, par. 4 et 6). En conséquence, « [l]'avantage qui en découle pour les juges n'est qu'un aspect purement accessoire » (*Renvoi de 1997*, par. 9). Ainsi, même s'il est possible que la rémunération des JPM après 2007 ait souffert en quelque sorte de l'absence d'examen entre 2004 et 2007, il ne s'agit pas d'un problème d'indépendance judiciaire comme tel, puisque les exigences constitutionnelles relatives à la protection de l'indépendance judiciaire ont été respectées dès 2007. En effet, le gouvernement s'est conformé dès lors à son obligation constitutionnelle de soumettre périodiquement à l'examen d'un comité la rémunération des JPM, comme l'exigeait le *Renvoi de 1997*. La confiance du public à l'égard de l'indépendance judiciaire n'a donc en aucun cas été minée pendant cette période. On ne peut pas dire que l'absence d'examen, entre 2004 et 2007, ait eu sur la rémunération des JPM après 2007 des effets d'ordre constitutionnel.

VII. Régimes de retraite

[86] Les appelants contestent la participation des JPM au régime de retraite du personnel d'encadrement de la fonction publique. Ils affirment que, comme le régime de retraite n'est pas conçu en fonction de la carrière judiciaire, et qu'il est moins avantageux que le régime de retraite des juges de la Cour du Québec, il ne satisfait pas au seuil minimal requis par la charge de juge. Ainsi, la participation

of PJPs in this pension plan infringes judicial independence. To them, changes to pensions should be analyzed separately from changes to remuneration as a whole.

[87] The courts below rejected this argument. The application judge declined to comment on the merits of the pension plan, but relied on the Johnson and D'Amours committees' endorsements of the plan. For its part, the Court of Appeal also relied on the committees' recommendations, since these conclusions were not unreasonable. They found that a reasonable and well-informed person would find that the constitutionally required minimum threshold was met. We agree with the courts below.

[88] The issue before us concerns the adequacy of the pensions and not the impact of the change from a previous pension plan to a new one. In regards to the adequacy argument, it bears repeating that one of the main roles of a remuneration committee is precisely to determine whether the overall remuneration of judges — which includes pensions — is adequate.

[89] As discussed above, the third element of the institutional dimension of financial security is that remuneration may not fall below a basic minimum level required for the office of a judge (*1997 Reference*, at para. 135; *Bodner*, at para. 8; *Mackin*, at para. 59). This is so because public confidence in judicial independence would be undermined "if judges were paid at such a low rate that they could be perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation" (*1997 Reference*, at para. 135; see also paras. 192-96). In articulating this element in the *1997 Reference*, Lamer C.J. stressed that this element is not for the benefit of the judiciary, but for the public (para. 193):

I want to make it very clear that the guarantee of a minimum salary is not meant for the benefit of the judiciary. Rather, financial security is a means to the end of judicial

des JPM à ce régime de retraite porte atteinte à l'indépendance judiciaire. Selon eux, les modifications apportées au régime de retraite doivent être analysées séparément de celles touchant la rémunération dans son ensemble.

[87] Les juridictions inférieures ont rejeté cet argument. Le juge saisi de la requête a refusé de se prononcer sur le bien-fondé du régime de retraite et s'en est remis aux Comités Johnson et D'Amours, qui l'avaient approuvé. Pour sa part, la Cour d'appel a également accepté les recommandations des comités, puisque leurs conclusions n'étaient pas déraisonnables. Elles ont jugé qu'une personne raisonnable et bien informée estimerait que le seuil minimal requis par la Constitution avait été respecté. Nous sommes d'accord avec les juridictions inférieures.

[88] La question dont nous sommes saisis est de savoir si le régime de retraite est adéquat, et ne vise pas les effets du passage de l'ancien régime au nouveau. À ce sujet, nous rappelons que l'une des principales fonctions d'un comité est précisément de décider si la rémunération globale des juges — y compris le régime de retraite — est adéquate.

[89] Comme nous l'avons souligné, le troisième élément de la dimension institutionnelle de la sécurité financière exige que la rémunération ne puisse être inférieure au seuil minimal que requiert la charge de juge (*Renvoi de 1997*, par. 135; *Bodner*, par. 8; *Mackin*, par. 59). La confiance du public dans l'indépendance judiciaire serait sapée « si les traitements versés aux juges étaient si bas que ces derniers risqueraient d'être perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de la manipulation financière » (*Renvoi de 1997*, par. 135; voir également les par. 192-196). Dans le *Renvoi de 1997*, le juge en chef Lamer souligne, au moment de le formuler, que cet élément n'existe pas au profit des juges, mais bien au profit du public (par. 193) :

Je veux qu'il soit bien clair que le fait de garantir un traitement minimal ne vise pas à avantager les juges. La sécurité financière est plutôt un moyen d'assurer l'indépendance de

independence, and is therefore for the benefit of the public. As Professor Friedland has put it, speaking as a concerned citizen, it is "for our sake, not for theirs" ([*A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (1995), at] p. 56).

[90] Pensions are part of judicial remuneration (*Valente*, at p. 704; *Beauregard*, at p. 75). Pensions must be examined with a view to their place in the overall compensation package for judges. For example, a less generous pension may be offset by more substantial salary and other benefits; viewed together, the overall remuneration might well meet the minimum constitutional threshold. This does not mean, however, that specific problems relating to pensions will never arise. For example, the total absence of a pension plan might raise concerns that overall remuneration cannot cure. And, of course, any proposed changes to the pension — as any other changes to remuneration — must be subject to prior review by a remuneration committee.

[91] Judicial independence does not require that a pension plan be exclusive or controlled by judges (*Valente*, at p. 708); nor does it require that all judges enjoy the same level of remuneration. Conversely, there is no reason in principle why a public service pension cannot apply to judges. There is also no reason in principle not to have a distinct and separate part of a pension plan specifically tailored for judges, although the absence of such a tailored plan does not automatically infringe judicial independence. Membership in a public sector pension plan does not preclude adapting that plan to the specific characteristics of judicial office. For example, justices of the peace in Ontario are members of a Public Sector Pension Plan, but are also members of a Supplemental Plan, which provides additional benefits.

[92] The appellants argue that their pension plan does not meet the basic constitutional minimum threshold. The management personnel pension plan is designed for career public servants with around 35 years of service at retirement. But a career as a

la magistrature et, de ce fait, elle est à l'avantage du public. Comme l'a dit le professeur Friedland, en tant que citoyen concerné, une telle mesure est « dans notre propre intérêt » ([*Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (1995),] p. 64).

[90] Le régime de retraite fait partie de la rémunération des juges (*Valente*, p. 704; *Beauregard*, p. 75). Son examen doit tenir compte de la place qu'il occupe dans l'ensemble de la rémunération des juges. À titre d'exemple, un régime de retraite moins généreux pourrait être compensé par un traitement plus élevé et d'autres avantages; il en résulterait possiblement une rémunération globale qui respecte le seuil minimal constitutionnel. Or, cela ne signifie pas qu'il n'y aura jamais de problème lié au régime de retraite. À titre d'exemple, l'absence de régime de retraite soulèvera probablement des préoccupations que la rémunération globale ne permettra pas de dissiper. Bien entendu, toute modification proposée au régime — comme toute modification à la rémunération — doit être soumise à l'examen préalable d'un comité.

[91] L'indépendance judiciaire n'exige pas qu'un régime de retraite soit exclusif aux juges ou contrôlé par eux (*Valente*, p. 708); elle n'exige pas non plus la même rémunération pour tous les juges. À l'inverse, aucune raison de principe n'empêche les juges de participer à un régime de retraite public. Aucune raison de principe n'empêche non plus qu'une partie distincte d'un régime de retraite soit adaptée aux juges, quoique l'absence d'un régime sur mesure ne porte pas automatiquement atteinte à l'indépendance judiciaire. Ce n'est pas parce que les juges participent à un régime de retraite du secteur public que ce régime ne peut être adapté aux particularités propres à la fonction. À titre d'exemple, les juges de paix de l'Ontario sont membres d'un régime de retraite du secteur public, mais sont également membres d'un régime complémentaire, qui leur confère des prestations supplémentaires.

[92] Les appelants soutiennent que leur régime de retraite ne respecte pas le seuil minimal constitutionnel. Le régime de retraite du personnel d'encadrement est conçu pour les fonctionnaires de carrière, qui ont cumulé environ 35 ans de service au moment

PJP is typically shorter. Under the current pension plan, a PJP appointed at the age of 43 and retiring at age 65 would only receive 44 percent of their average salary from their three best years before retirement, whereas a judge of the Court of Québec would receive about 65 percent of their average salary from the same period. This pension plan is far less remunerative than that of the judges of the Court of Québec, which is more properly tailored to the shorter career of a judge. The appellants argue that because the pension plan is not designed for the shorter career of a judge, the pension plan does not meet the basic minimum threshold required for the office of a judge.

[93] It is common ground that the Pension Plan of Management Personnel available to PJPs is less advantageous and more costly than the pension plan enjoyed by the judges of the Court of Québec. In fact, in its representations before the D'Amours and Clair committees, the Conférence des juges de paix magistrats asked to participate in the Court of Québec judges' pension plan.

[94] However, the Johnson, D'Amours and Clair committees evaluated the pension plan, and found that it was adequate. While the PJPs may not enjoy a pension plan as beneficial as that of the judges of the Court of Québec, this is not the constitutional question at hand. The question is whether this pension plan, as part of overall remuneration, meets a minimum threshold such that these judges are not "perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation" (*1997 Reference*, at para. 135).

[95] In our view, in light of overall remuneration and the findings of the three committees, the remuneration, including the pension, meets the minimum constitutional threshold. Therefore, s. 178 of the *CJA*, which mandates the participation of PJPs in the Pension Plan of Management Personnel, is valid.

VIII. Conclusion

[96] We conclude that ss. 27, 30 and 32 of the Act infringe the institutional financial security guarantee

de leur retraite. Or, la carrière d'un JPM est généralement de plus courte durée. Selon le régime de retraite actuel, un JPM qui serait nommé à 43 ans et prendrait sa retraite à 65 ans recevrait seulement 44 p. 100 de son salaire moyen des trois meilleures années de rémunération précédant sa retraite, alors qu'un juge de la Cour du Québec en recevrait environ 65 p. 100. Ce régime de retraite est beaucoup moins généreux que celui des juges de la Cour du Québec, qui est davantage adapté à la carrière plus courte d'un juge. Les appelants affirment donc que leur régime de retraite ne respecte pas le seuil minimal requis par la charge de juge.

[93] Personne ne conteste que le régime de retraite du personnel d'encadrement auquel participent les JPM est moins avantageux et plus onéreux que celui des juges de la Cour du Québec. En fait, dans ses observations devant les Comités D'Amours et Clair, la Conférence des juges de paix magistrats a demandé à participer au régime de retraite des juges de la Cour du Québec.

[94] Cependant, les Comités Johnson, D'Amours et Clair ont évalué le régime de retraite et ont conclu qu'il était adéquat. Bien que les JPM ne bénéficient pas d'un régime de retraite aussi avantageux que celui des juges de la Cour du Québec, il ne s'agit pas là de la question constitutionnelle qui nous occupe. La question consiste plutôt à savoir si ce régime de retraite, qui fait partie de la rémunération globale, respecte le seuil minimal requis pour que ces juges ne soient pas « perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de la manipulation financière » (*Renvoi de 1997*, par. 135).

[95] À notre avis, compte tenu de la rémunération globale des JPM ainsi que des conclusions des trois comités, la rémunération, y compris le régime de retraite, satisfait au seuil minimal constitutionnel. En conséquence, l'art. 178 de la *LTJ*, qui impose aux JPM de participer au régime de retraite du personnel d'encadrement, est valide.

VIII. Conclusion

[96] Nous concluons que les art. 27, 30 et 32 de la Loi portent atteinte à la garantie de sécurité

of judicial independence, and are thus contrary to s. 11(*d*) of the *Charter* and the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

[97] This infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. Indeed, an infringement of judicial independence can only be justified where there are "dire and exceptional financial emergencies caused by extraordinary circumstances such as the outbreak of war or imminent bankruptcy" (*Mackin*, at para. 72, citing the *1997 Reference*, at para. 137). To justify an infringement, the government must adduce evidence to justify why the independent, effective and objective process has been circumvented (*Mackin*, at para. 73, citing the *1997 Reference*, at paras. 277 et seq.). We are far from that threshold here. The Attorney General of Quebec makes no submissions on this issue and adduces no evidence that would justify an infringement. There is no evidence of a dire financial emergency; in fact, the Attorney General of Quebec does not raise financial considerations as the basis or justification for any of the government's action. Therefore, there is nothing that would meet the high threshold of justification under s. 1.

[98] Having found that ss. 27, 30 and 32 of the Act infringe judicial independence, and that this infringement is not saved by s. 1, we conclude that these sections are unconstitutional.

[99] However, neither Order 932-2008, nor s. 178 of the *CJA* infringes judicial independence.

IX. Remedy

[100] Having determined that the failure to provide for retroactive review of the new judicial office within a reasonable time after the appointments was a breach of the financial security guarantee of judicial independence between 2004 and 2007, there remains the question of the appropriate remedy.

financière institutionnelle qu'exige l'indépendance judiciaire et qu'ils sont donc contraires à l'al. 11*d*) de la *Charte* ainsi qu'au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[97] Cette atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. En effet, un manquement au principe de l'indépendance judiciaire ne peut être justifié qu'en cas de « crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires, telles que le déclenchement d'une guerre ou une faillite imminente » (*Mackin*, par. 72, citant le *Renvoi de 1997*, par. 137). Pour justifier une atteinte, le gouvernement doit présenter des éléments de preuve expliquant pourquoi le processus indépendant, efficace et objectif a été contourné (*Mackin*, par. 73, citant le *Renvoi de 1997*, par. 277 et suiv.). En l'espèce, ce critère est loin d'avoir été respecté. La procureure générale du Québec n'a présenté aucune observation sur cette question et n'a produit aucune preuve qui justifierait une telle atteinte. Rien ne démontre qu'il existe une crise financière grave; en fait, la procureure générale du Québec n'a soulevé aucun facteur financier susceptible de fonder ou de justifier les mesures du gouvernement. En conséquence, le critère élevé de justification exigé par l'article premier n'est pas satisfait en l'espèce.

[98] Comme nous avons conclu que les art. 27, 30 et 32 de la Loi portent atteinte à l'indépendance judiciaire et qu'elle ne peut se justifier au regard de l'article premier, nous concluons à l'inconstitutionnalité de ces dispositions.

[99] Toutefois, ni le Décret 932-2008 ni l'art. 178 de la *LTJ* ne portent atteinte à l'indépendance judiciaire.

IX. Réparation

[100] Comme nous avons conclu que le défaut de prévoir un examen rétroactif de la nouvelle charge judiciaire dans un délai raisonnable après les nominations portait atteinte à la garantie de sécurité financière qu'exige l'indépendance judiciaire pour la période de 2004 à 2007, nous devons maintenant nous pencher sur la question de la réparation appropriée.

[101] The appellants ask this Court to declare the impugned sections invalid. Further, they argue that if these sections are invalid, then all the executive orders setting remuneration since 2004 are also invalid. They ask this Court to order committee review of all remuneration since 2004. By contrast, the Attorney General of Quebec asks that any remedy be limited to a declaration of invalidity and a declaration that in the future, a committee must review the initial remuneration of a new office.

[102] While we agree there was a breach in the financial security guarantee, the extensive remedy requested by the appellants goes too far.

[103] First, we declare ss. 27, 30 and 32 of the Act invalid. However, the other impugned provisions (s. 178 of the *CJA*, and Order 932-2008) remain valid.

[104] Additionally, because the breach to judicial independence arises from the lack of committee review for the period between 2004 and 2007, we order that a remuneration committee review remuneration of all PJPs for this period only. The committee must consider all factors bearing on remuneration, including the remuneration of the previous judicial office. This committee review signals that a breach of judicial independence cannot remain unaddressed, and serves to promote future government compliance with the requirements of judicial independence.

[105] However, as discussed above, any impact on remuneration after 2007 is not due to a violation of judicial independence after 2007; as a result, judicial independence does not require that the subsequent Order 932-2008 be struck.

[106] That being said, although one of the guarantees of judicial independence was compromised between 2004 and 2007, the judicial decisions rendered by the PJPs throughout that period are

[101] Les appelants demandent à la Cour de déclarer invalides les dispositions contestées. De plus, ils soutiennent que l'invalidité de ces dispositions emporte celle de tous les décrets établissant la rémunération adoptés depuis 2004. Ils demandent à la Cour d'ordonner l'examen par un comité de l'ensemble des rémunérations fixées depuis 2004. En revanche, la procureure générale du Québec demande que la réparation soit limitée à une déclaration d'invalidité ainsi qu'à une déclaration selon laquelle, à l'avenir, un comité devra examiner la rémunération initiale associée à une nouvelle charge.

[102] Même si nous convenons qu'il y a eu atteinte à la garantie de sécurité financière, nous sommes d'avis que la réparation demandée par les appelants est exagérée.

[103] Premièrement, même si nous déclarons les art. 27, 30 et 32 de la Loi invalides, les autres dispositions contestées (l'art. 178 de la *LTJ* et le Décret 932-2008) demeurent valides.

[104] De plus, comme l'atteinte à l'indépendance judiciaire découle de l'absence d'examen par un comité entre 2004 et 2007, nous ordonnons que la rémunération de tous les JPM soit examinée par un comité, mais seulement pour cette période. Le comité doit tenir compte de tous les facteurs ayant une incidence sur la rémunération, y compris la rémunération associée à la charge judiciaire antérieure. Non seulement pareil examen établit qu'il faudra toujours remédier à une atteinte à l'indépendance judiciaire, mais il contribue également à obliger le gouvernement à respecter pour l'avenir les exigences de l'indépendance judiciaire.

[105] Cependant, comme nous l'avons souligné, les répercussions sur la rémunération après 2007 ne découlent pas d'une atteinte à l'indépendance judiciaire survenue après cette année; en conséquence, l'annulation du Décret 932-2008 n'est pas nécessaire.

[106] Cela dit, même si l'une des garanties qu'exige l'indépendance judiciaire a été compromise entre 2004 et 2007, les décisions judiciaires rendues par les JPM durant cette période sont valides :

valid: ". . . absent a demonstration of positive and substantial injustice in the circumstances of a particular case, the doctrine of necessity will prevent the reopening of past decisions of [courts] by reason only of their lack of independence" (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 8).

[107] We would allow the appeal in part, and order costs in favour of the appellants.

APPENDIX

I. Legislative Provisions

Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace, S.Q. 2004, c. 12

26. Justices of the peace appointed before 30 June 2004 in accordance with section 158 of the Courts of Justice Act (R.S.Q., chapter T-16), to whom section 162 of that Act was made applicable by their deed of appointment and who are in office on that date become presiding justices of the peace. They are deemed to have been appointed to hold office during good behaviour in accordance with Division II of Part III.1 of the Courts of Justice Act, as amended by this Act, and, for the purposes of section 161 of that Act, to have established their residence in the place where they were residing on 30 June 2004.

Justices of the peace referred to in the first paragraph who were on leave without pay from the public service are, from the date of coming into force of this section, deemed to have resigned from their public service position.

27. Persons who became presiding justices of the peace by virtue of section 26 retain the salary they were receiving before the coming into force of section 26, until that salary is equal to the salary to be determined by the Government pursuant to section 175 of the Courts of Justice Act.

They also retain the employment conditions, including the employment benefits and the pension plan, formerly applicable to them. However, during the six months following the coming into force of section 26, they may

« . . . en l'absence de démonstration d'une injustice concrète et substantielle dans les circonstances particulières d'un cas donné, la doctrine de la nécessité aura pour effet d'empêcher le réexamen des décisions passées des cours [. . .] sur le seul fondement de l'absence d'indépendance de ces tribunaux » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 8).

[107] Nous sommes d'avis d'accueillir en partie le pourvoi et d'adjuger les dépens aux appelants.

ANNEXE

I. Dispositions législatives

Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix, L.Q. 2004, c. 12

26. Les juges de paix nommés avant le 30 juin 2004 conformément à l'article 158 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (L.R.Q., chapitre T-16), auxquels l'article 162 de cette loi était rendu applicable par leur acte de nomination et qui sont en fonction à cette date, deviennent juges de paix magistrats. Ils sont réputés avoir été nommés durant bonne conduite suivant les dispositions de la section II de la partie III.1 de la Loi sur les tribunaux judiciaires telle que modifiée par la présente loi et, aux fins de l'application de l'article 161 de cette loi, avoir établi leur résidence au lieu dans lequel ils résidaient le 30 juin 2004.

Parmi ces personnes, celles qui étaient en congé sans solde de la fonction publique sont, à compter de l'entrée en vigueur du présent article, réputées avoir remis à cette date leur démission de leur poste de fonctionnaires.

27. Les personnes devenues juges de paix magistrats par l'effet de l'article 26 conservent le traitement qu'elles recevaient avant l'entrée en vigueur de l'article 26, jusqu'à ce que ce traitement soit égal à celui qui sera établi par le gouvernement en application de l'article 175 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (L.R.Q., chapitre T-16).

Elles conservent également les conditions de travail, y compris les avantages sociaux et le régime de retraite, qui leur étaient jusque-là applicables. Elles peuvent toutefois, dans les six mois suivant l'entrée en vigueur

elect to become members of the pension plan established under the Act respecting the Pension Plan of Management Personnel (R.S.Q., chapter R-12.1) by sending a notice to that effect to the Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances established under the Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan (R.S.Q., chapter R-10). In that case, and if they were formerly members of the pension plan established under the Act respecting the Civil Service Superannuation Plan (R.S.Q., chapter R-12), section 42 and the first paragraph of section 139 of the Act respecting the Pension Plan of Management Personnel apply, with the necessary modifications.

30. The Government determines, by order, the salary and employment conditions of presiding justices of the peace appointed on or after 30 June 2004, including their employment benefits other than the pension plan. The order remains applicable until the first order is made under section 175 of the Courts of Justice Act (R.S.Q., chapter T-16) enacted by section 1.

32. Despite sections 2 to 8, the committee on the remuneration of judges will not exercise its functions with regard to presiding justices of the peace until a committee is formed in 2007 with respect to judges of the Court of Québec and municipal courts.

II. Constitutional Questions

The Chief Justice stated the following constitutional questions on August 18, 2015:

1. Do ss. 27, 30 and 32 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace*, S.Q. 2004, c. 12, violate the principle of judicial independence guaranteed by:

   (a) the *Constitution Act, 1867* or

   (b) section 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, in respect of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

de l'article 26, opter de participer au régime de retraite établi par la Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement (L.R.Q., chapitre R-12.1) en transmettant un avis à cet effet à la Commission administrative des régimes de retraite et d'assurances constituée en vertu de la Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics (L.R.Q., chapitre R-10). Dans ce cas, et si elles participaient au régime de retraite établi par la Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires (L.R.Q., chapitre R-12), l'article 42 et le premier alinéa de l'article 139 de la Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires.

30. Le gouvernement fixe, par décret, le traitement et les conditions de travail des juges de paix magistrats nommés à compter du 30 juin 2004, y compris leurs avantages sociaux autres que le régime de retraite. Ce décret demeure applicable jusqu'à l'adoption du premier décret pris en application de l'article 175 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (L.R.Q., chapitre T-16) édicté par l'article 1 de la présente loi.

32. Malgré les articles 2 à 8 de la présente loi, le Comité de la rémunération des juges n'exerce ses attributions eu égard aux juges de paix magistrats qu'à compter du moment où il sera procédé à la nomination des membres du comité qui sera formé en 2007 à l'égard des juges de la Cour du Québec et des cours municipales

II. Questions constitutionnelles

La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 18 août 2015 :

1. Les articles 27, 30 et 32 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix*, L.Q. 2004, c. 12, contreviennent-ils au principe d'indépendance judiciaire garanti par :

   a) la *Loi constitutionnelle de 1867* ou

   b) l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, quant à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte*?

3. Does s. 178 of the *Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16, as amended by the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislative provisions as regards the status of justices of the peace*, S.Q. 2004, c. 12, violate the principle of judicial independence guaranteed by:

   (a) the *Constitution Act, 1867* or

   (b) section 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If so, in respect of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

5. Does the Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681, concerning the pay and other working conditions of presiding justices of the peace, violate the principle of judicial independence guaranteed by:

   (a) the *Constitution Act, 1867* or

   (b) section 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

6. If so, in respect of s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

We answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Sections 27, 30 and 32 of the Act violate the principle of judicial independence.

Question 2: No.

Question 3: No.

Question 4: It is unnecessary to answer this question.

Question 5: No.

Question 6: It is unnecessary to answer this question.

3. L'article 178 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16, tel que modifié par la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives eu égard au statut des juges de paix*, L.Q. 2004, c. 12, contrevient-il au principe d'indépendance judiciaire garanti par :

   a) la *Loi constitutionnelle de 1867* ou

   b) l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Dans l'affirmative, quant à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte*?

5. Le Décret 932-2008, (2008) 140 G.O. 2, 5681, concernant le traitement et les autres conditions de travail des juges de paix magistrats, contrevient-il au principe d'indépendance judiciaire garanti par :

   a) la *Loi constitutionnelle de 1867* ou

   b) l'alinéa 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

6. Dans l'affirmative, quant à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'agit-il d'une atteinte portée par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte*?

Nous répondons ainsi aux questions constitutionnelles :

Première question : Les articles 27, 30 et 32 de la Loi contreviennent au principe de l'indépendance judiciaire.

Deuxième question : Non.

Troisième question : Non.

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

Cinquième question : Non.

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

Appeal allowed in part with costs.

Solicitors for the appellants: Lavery, de Billy, Montréal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal and Ottawa.

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

Solicitors for the intervener Conférence des juges de la Cour du Québec: Casavant Mercier, Montréal.

Solicitors for the intervener the Association of Justices of the Peace of Ontario: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens.

Procureurs des appelants : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureure des intimées : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal et Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante la Conférence des juges de la Cour du Québec : Casavant Mercier, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des juges de paix de l'Ontario : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Eric Andrew Rowson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ROWSON

2016 SCC 40

File No.: 36777.

2016: October 14.

Present: Abella, Moldaver, Wagner, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Search and seizure — Remedy — Exclusion of evidence — Admission of breath sample evidence would not bring administration of justice into disrepute — Accused's convictions upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Martin, O'Ferrall and Veldhuis JJ.A.), 2015 ABCA 354, 29 Alta. L.R. (6th) 40, 332 C.C.C. (3d) 165, 607 A.R. 334, 653 W.A.C. 334, 91 M.V.R. (6th) 51, [2016] 4 W.W.R. 483, [2015] A.J. No. 1253 (QL), 2015 CarswellAlta 2139 (WL Can.), upholding the accused's convictions for impaired driving causing bodily harm, dangerous driving causing bodily harm and driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit entered by Martin J. Appeal dismissed, Abella and Côté JJ. dissenting.

Jennifer Ruttan and *Michael Bates*, for the appellant.

Christine Rideout, for the respondent.

Eric Andrew Rowson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* ROWSON

2016 CSC 40

N° du greffe : 36777.

2016 : 14 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Wagner, Côté et Brown.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Fouilles, perquisitions et saisies — Réparation — Exclusion de la preuve — L'utilisation des éléments de preuve relatifs aux échantillons d'haleine n'a pas déconsidéré l'administration de la justice — Les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé sont confirmées.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Martin, O'Ferrall et Veldhuis), 2015 ABCA 354, 29 Alta. L.R. (6th) 40, 332 C.C.C. (3d) 165, 607 A.R. 334, 653 W.A.C. 334, 91 M.V.R. (6th) 51, [2016] 4 W.W.R. 483, [2015] A.J. No. 1253 (QL), 2015 CarswellAlta 2139 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé par la juge Martin pour conduite avec les facultés affaiblies causant des lésions corporelles, conduite dangereuse causant des lésions corporelles et conduite avec une alcoolémie supérieure à la limite permise. Pourvoi rejeté, les juges Abella et Côté sont dissidentes.

Jennifer Ruttan et *Michael Bates*, pour l'appelant.

Christine Rideout, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — A majority of this panel is of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of Justice O'Ferrall. Justice Côté and I would allow the appeal primarily on the basis that the cumulative effect of the multiple breaches warranted the exclusion of the breathalyzer evidence.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Ruttan Bates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — La majorité des membres de la présente formation sont d'avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs exposés par le juge O'Ferrall. La juge Côté et moi-même ferions droit à l'appel, principalement pour la raison que l'effet cumulatif des multiples manquements justifiait l'exclusion de la preuve relative à l'alcootest.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Ruttan Bates, Calgary.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

C.K-D. *Respondent*

Indexed as: R. *v.* C.K-D.

2016 SCC 41

File No.: 36877.

2016: October 14.

Present: Abella, Moldaver, Wagner, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Testimony of children — 17-year-old complainant testifying about alleged events that took place when she was 12 years old — Trial judge instructing jury to consider memory of 12-year-old — Trial judge's charge to jury as a whole conveying correct instruction — Accused's convictions restored.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Hourigan and Benotto JJ.A.), 2016 ONCA 66, [2016] O.J. No. 385 (QL), 2016 CarswellOnt 868 (WL Can.), setting aside the accused's convictions for sexual assault and sexual interference entered by Aitken J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

Michael Bernstein, for the appellant.

Louis P. Strezos, *Jill R. Presser* and *Jeff Marshman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] Wagner J. — The trial judge's charge to the jury as a whole conveyed the correct instruction to the jury on the proper approach to assessing A.Y.'s

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

C.K-D. *Intimé*

Répertorié : R. *c.* C.K-D.

2016 CSC 41

N° du greffe : 36877.

2016 : 14 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Wagner, Côté et Brown.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage des enfants — Témoignage d'une plaignante âgée de 17 ans au sujet d'événements qui seraient survenus lorsqu'elle avait 12 ans — Directives de la juge du procès indiquant aux jurés d'apprécier le souvenir des faits comme si ceux-ci étaient relatés par une personne de 12 ans — Exposé de la juge du procès ayant communiqué globalement aux jurés les directives appropriées — Rétablissement des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Hourigan et Benotto), 2016 ONCA 66, [2016] O.J. No. 385 (QL), 2016 CarswellOnt 868 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle et contact sexuel prononcées contre l'accusé par la juge Aitken et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Michael Bernstein, pour l'appelante.

Louis P. Strezos, *Jill R. Presser* et *Jeff Marshman*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] Le juge Wagner — Considéré globalement, l'exposé de la juge du procès aux jurés a fourni à ces derniers les directives appropriées sur la façon

evidence and credibility. On this basis, the appeal should be allowed and the convictions restored.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the respondent: Louis P. Strezos, Toronto; Presser Barristers, Toronto.

d'apprécier le témoignage et la crédibilité de A.Y. Pour cette raison, il y a lieu d'accueillir l'appel et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Louis P. Strezos, Toronto; Presser Barristers, Toronto.

Anita Endean, as representative plaintiff *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and Attorney General of Canada *Respondents*

- and -

Dianna Louise Parsons, deceased, by her Estate Administrator, William John Forsyth, Michael Herbert Cruickshanks, David Tull, Martin Henry Griffen, Anna Kardish, Elsie Kotyk, Executrix of the Estate of Harry Kotyk, deceased, Elsie Kotyk, personally, and Fund Counsel for Ontario *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Ontario, Attorney General of Canada, Canadian Red Cross Society, Her Majesty The Queen in Right of Alberta, Her Majesty The Queen in Right of Saskatchewan, Her Majesty The Queen in Right of Manitoba, Her Majesty The Queen in Right of New Brunswick, Her Majesty The Queen in Right of Prince Edward Island, Her Majesty The Queen in Right of Nova Scotia, Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland and Labrador, Government of the Northwest Territories, Government of Nunavut and Government of the Yukon Territory *Respondents*

and

Attorney General of Quebec *Intervener*

and

Anita Endean, en sa qualité de représentante des demandeurs *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et procureur général du Canada *Intimés*

- et -

Dianna Louise Parsons, décédée, par l'administrateur de sa succession, William John Forsyth, Michael Herbert Cruickshanks, David Tull, Martin Henry Griffen, Anna Kardish, Elsie Kotyk, exécutrice de la succession de Harry Kotyk, décédé, Elsie Kotyk, personnellement, et Conseiller juridique du Fonds pour l'Ontario *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario, procureur général du Canada, Société canadienne de la Croix-Rouge, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, Sa Majesté la Reine du chef de la Saskatchewan, Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba, Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick, Sa Majesté la Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard, Sa Majesté la Reine du chef de la Nouvelle-Écosse, Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador, Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, Gouvernement du Nunavut et Gouvernement du Territoire du Yukon *Intimés*

et

Procureure générale du Québec *Intervenante*

et

Her Majesty The Queen in Right of Ontario *Appellant on cross-appeal*

v.

Dianna Louise Parsons, deceased, by her Estate Administrator, William John Forsyth, Michael Herbert Cruickshanks, David Tull, Martin Henry Griffen, Anna Kardish, Elsie Kotyk, Executrix of the Estate of Harry Kotyk, deceased, Elsie Kotyk, personally, Attorney General of Canada and Canadian Red Cross Society *Respondents on cross-appeal*

Indexed as: Endean *v.* British Columbia

2016 SCC 42

File Nos.: 35843, 36456.

2016: May 19; 2016: October 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA AND ONTARIO

Courts — Jurisdiction — Class actions — Hearings outside superior court's home province — Superior court judges in three provinces supervising implementation of pan-national class action settlement — Motions relating to settlement brought before supervisory judges — Class counsel proposing that supervisory judges sit together in fourth province to hear motions — Parties agreeing that judges have discretionary power to sit together outside their home provinces, but disagreeing on source of power and conditions under which it may be exercised — Whether source of authority is statutory or an aspect of inherent powers of superior court — Whether video link to open courtroom in judges' home jurisdiction is condition for exercise of authority — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 12.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario *Appelante au pourvoi incident*

c.

Dianna Louise Parsons, décédée, par l'administrateur de sa succession, William John Forsyth, Michael Herbert Cruickshanks, David Tull, Martin Henry Griffen, Anna Kardish, Elsie Kotyk, exécutrice de la succession de Harry Kotyk, décédé, Elsie Kotyk, personnellement, procureur général du Canada et Société canadienne de la Croix-Rouge *Intimés au pourvoi incident*

Répertorié : Endean *c.* Colombie-Britannique

2016 CSC 42

N[os] du greffe : 35843, 36456.

2016 : 19 mai; 2016 : 20 octobre.

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

EN APPEL DES COURS D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE ET DE L'ONTARIO

Tribunaux — Compétence — Recours collectifs — Audiences de cours supérieures tenues à l'extérieur de leur province de rattachement — Juges de la cour supérieure de trois provinces chargés de superviser la mise en œuvre d'une convention pancanadienne de règlement de recours collectifs — Juges superviseurs saisis de requêtes relatives à la convention de règlement — Conseillers juridiques proposant que les juges superviseurs siègent ensemble dans une quatrième province pour trancher les requêtes — Accord des parties sur le fait que les juges ont le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement, mais non sur la source et les modalités d'exercice de ce pouvoir — S'agit-il d'un pouvoir d'origine législative ou d'un volet de la compétence inhérente des cours supérieures? — L'exercice de ce pouvoir nécessite-t-il un lien vidéo entre la salle d'audience où se trouve le juge et une salle d'audience accessible au public dans la province de rattachement du juge? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 12 — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 12.

The superior courts of British Columbia, Quebec and Ontario certified concurrent class action proceedings on behalf of individuals infected with hepatitis C by the Canadian blood supply between 1986 and 1990. The British Columbia and Quebec class actions included residents of those provinces, while the Ontario class action included all other persons in Canada. The parties reached a pan-Canadian settlement agreement in 1999, which assigned a supervisory role to the British Columbia, Quebec and Ontario superior courts and provided that decisions of those courts only took effect if they were materially identical.

In 2012, class counsel filed motions before the supervisory judges relating to the settlement agreement and proposed that the motions be heard by the three judges sitting together in one location. British Columbia, Quebec and Ontario opposed the proposal on the basis that the judges did not have the jurisdiction to conduct hearings outside their home province. Motions for directions were brought in each jurisdiction to resolve the objection. All three motions judges concluded that it was permissible for the superior court judges to sit in a province other than their respective home province with their judicial counterparts to hear the settlement agreement motions. Only Ontario and British Columbia appealed. The Ontario Court of Appeal agreed with the motions judge that the basis for the power to conduct a hearing outside the province was the superior court's inherent jurisdiction, but concluded that a video link was required between the out-of-province courtroom and an Ontario courtroom. The British Columbia Court of Appeal found that the common law prohibited superior court judges from sitting outside the province, but that it was permissible for a judge who was not physically present in the province to conduct a hearing taking place in the province by telephone, video conference or other communication medium.

The representative plaintiffs appeal to this Court and Ontario cross-appeals. The parties now agree that the superior court judges have a discretionary power to sit together outside their home provinces to hear a motion without oral evidence in the context of a pan-Canadian settlement agreement. However, there is no agreement

Les cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario ont autorisé l'introduction de recours collectifs concomitants au nom de personnes ayant été infectées par l'hépatite C par suite de transfusions sanguines reçues au Canada entre 1986 et 1990. Les recours collectifs intentés en Colombie-Britannique et au Québec touchaient des résidents de ces provinces, tandis que celui intenté en Ontario concernait tous les autres Canadiens visés. En 1999, les parties ont conclu une convention de règlement pancanadienne qui attribuait un rôle de supervision aux cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario, et qui prévoyait que les décisions de ces tribunaux n'entraient en vigueur que s'il n'existait pas de différences importantes entre elles.

En 2012, les conseillers juridiques agissant dans le cadre des recours collectifs ont saisi les juges superviseurs de requêtes relatives à la convention de règlement et ont proposé qu'elles soient instruites par les trois juges siégeant à un seul endroit. La Colombie-Britannique, le Québec et l'Ontario ont contesté la proposition au motif que les juges n'étaient pas compétents pour tenir une audience à l'extérieur de leur province de rattachement. Des requêtes visant à obtenir des directives ont été présentées dans chaque province afin que cette objection soit tranchée. Les trois juges saisis des requêtes ont conclu que les juges des cours supérieures pouvaient siéger avec leurs homologues dans une province autre que leur province respective de rattachement pour instruire les requêtes portant sur la convention de règlement. Seuls l'Ontario et la Colombie-Britannique ont fait appel de cette décision. La Cour d'appel de l'Ontario a souscrit à la décision du juge des requêtes suivant laquelle le pouvoir de tenir une audience à l'extérieur de la province est fondé sur la compétence inhérente d'une cour supérieure, mais elle a conclu qu'il est nécessaire d'établir un lien vidéo entre la salle d'audience située à l'extérieur de la province et une salle d'audience située en Ontario. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la common law interdit aux juges des cours supérieures de siéger à l'extérieur de la province, mais qu'un juge qui n'est pas physiquement présent dans la province peut présider une audience se déroulant dans la province par téléphone, par vidéoconférence ou par tout autre moyen de communication.

Les représentants des demandeurs se pourvoient devant la Cour et l'Ontario forme un pourvoi incident. Les parties sont maintenant d'accord pour dire que les juges de la cour supérieure ont le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement respective pour instruire, sans preuve orale, une

concerning the source of this power and the conditions under which it may be exercised.

Held: The appeals should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Gascon, Côté and Brown JJ.: In pan-national class action proceedings over which the superior court has subject-matter and personal jurisdiction, a judge of that court has the discretion to hold a hearing outside his or her territory in conjunction with other judges managing related class actions, provided that the judge will not have to resort to the court's coercive powers in order to convene or conduct the hearing and the hearing is not contrary to the law of the place in which it will be held.

To determine the source of their discretionary power to sit outside their home jurisdiction, courts ought to look first to their statutory powers before considering their inherent jurisdiction. Given the broad and loosely defined nature of the inherent powers of superior courts, they should be exercised sparingly and with caution. In Ontario and British Columbia, superior court judges have the discretionary statutory power under s. 12 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992* and s. 12 of the British Columbia *Class Proceedings Act* (the "Acts") to sit outside their home provinces. A broad interpretation of these statutory powers, which confirms and reflects the inherent authority of judges to control procedure, helps to fulfil the purpose of class actions and to ensure that procedural innovations in aid of access to justice will not be stymied by unduly technical or time-bound understandings of the scope of the class action judge's authority. There are no constitutional, statutory or common law limitations that restrict the scope of the broad and general language of these provisions and that prevent a judge from sitting outside his or her province for the purposes in issue in these cases.

Section 12 of the Acts should be understood as both confirming and reflecting the inherent jurisdiction of the superior courts to govern their own processes. Thus, in common law jurisdictions where comparable provisions do not exist, the analysis of the courts' inherent jurisdiction would lead to the same result, subject to any limitations on

requête portant sur une convention de règlement pancanadienne. Elles ne s'entendent toutefois pas sur la source et les éventuelles modalités d'exercice de ce pouvoir.

Arrêts : Les pourvois sont accueillis et le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Gascon, Côté et Brown : Dans le cadre de recours collectifs pancanadiens sur lesquels une cour supérieure a compétence *ratione materiæ* et *ratione personæ*, un juge de cette cour a le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience à l'extérieur de sa province de rattachement conjointement avec d'autres juges chargés de gérer des recours collectifs connexes, à condition de ne pas avoir à recourir aux pouvoirs de contrainte de la cour pour convoquer ou mener l'audience et à condition que l'audience ne soit pas contraire aux lois de la province où elle se déroule.

Pour déterminer la source de leur pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement, les tribunaux devraient en premier lieu s'enquérir des pouvoirs que la loi leur confère avant d'examiner leur compétence inhérente. Compte tenu de son caractère général et de sa définition formulée en termes vagues, la compétence inhérente des cours supérieures doit être exercée avec circonspection. En Ontario et en Colombie-Britannique, les juges des cours supérieures ont — en vertu respectivement de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* et de l'art. 12 de la *Class Proceedings Act* (les « Lois ») — le pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement. Une interprétation large de ces pouvoirs conférés par la loi, qui confirme et reflète le pouvoir inhérent qu'ont les juges de contrôler la procédure, contribue à réaliser l'objectif des recours collectifs et à garantir que l'on ne vienne pas, en raison d'une vision de la portée des pouvoirs des juges présidant les recours collectifs qui serait trop technique ou trop circonscrite dans le temps, nuire à des innovations procédurales censées faciliter l'accès à la justice. Aucune limite fixée par la Constitution, par une loi ou par la common law ne restreint la portée du libellé large et général de ces dispositions ni n'empêche un juge de siéger à l'extérieur de sa province de rattachement pour les fins dont il est question en l'espèce.

Les articles 12 des Lois devraient être interprétés comme confirmant et reflétant le pouvoir inhérent des cours supérieures de gérer leur propre procédure. Ainsi, dans les provinces de common law où il n'existe pas de dispositions comparables, l'analyse de la compétence inhérente des cours conduirait à la même conclusion, sous

inherent jurisdiction there applicable, such as constraints imposed by the Constitution, by any statutory provisions or by common law rules. Absent some clear limitation, the inherent jurisdiction of the superior courts extends to permitting the court to hold the sort of hearing in issue here.

A video link between the out-of-province courtroom where the hearing takes place and a courtroom in the judge's home province is not a condition for a judge to be able to sit outside his or her home province. Neither the Acts nor the inherent jurisdiction of the court imposes such a requirement. The open court principle is not violated when a superior court judge exercises his or her discretion to sit outside his or her home province without a video link to the home jurisdiction.

The court's discretion to hold a hearing outside its territory must be exercised in the interests of the administration of justice. The court should also be guided by the following broad considerations: whether sitting in another province will impinge or could be seen as impinging on the sovereignty of that province; whether there are benefits or costs to the proposed out-of-province proceeding; and whether any terms should be imposed, such as conditions as to the payment of extraordinary costs or use of a video link to the court's home jurisdiction.

Per Karakatsanis and Wagner JJ.: There is agreement that the superior court judges in these cases have discretionary statutory authority under s. 12 of the Acts to sit outside of their home provinces, and that a video link is not mandatory in an extraprovincial hearing.

The open court principle encompasses more than a singular requirement that justice not be carried out in secrecy. It fosters public confidence in the court system and furthers public understanding of the administration of justice. In addition, the open court principle protects the media's right to access courts and the circumstances necessary for the media to fulfil their role as surrogates for the public. A judge sitting extraprovincially should be prepared to consider how to give effect to the educational and community-centric aspects of the open court principle. In particular, courts should strive to make class actions procedure visible and understandable to class members and the community where the proceedings

réserve de toute restriction applicable à la compétence inhérente, par exemple des contraintes fixées par la Constitution, par des dispositions législatives ou par des règles de la common law. À défaut de restriction explicite, les cours supérieures peuvent, en vertu de leur compétence inhérente, tenir le type d'audiences dont il est question en l'espèce.

L'existence d'un lien vidéo entre la salle de cour située à l'extérieur de la province où se déroule l'audience et une salle d'audience se trouvant dans la province de rattachement du juge n'est pas requise pour qu'un juge puisse siéger à l'extérieur de cette dernière. Ni les Lois ni la compétence inhérente des cours supérieures n'imposent une telle condition. Le principe de la publicité des débats est respecté lorsqu'un juge d'une cour supérieure exerce son pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de sa province sans qu'un lien vidéo soit établi avec cette dernière.

Le pouvoir discrétionnaire de la cour de tenir une audience à l'extérieur de sa province de rattachement doit être exercé dans l'intérêt de l'administration de la justice. La cour devrait également prendre en considération les facteurs généraux suivants : si le fait de siéger dans une autre province portera atteinte ou pourrait être considéré comme portant atteinte à la souveraineté de cette province, les avantages et les coûts de la tenue de l'audience projetée à l'extérieur de la province, et s'il y a lieu d'imposer des conditions, par exemple le remboursement des frais extraordinaires ou le recours à un lien vidéo avec la province de rattachement de la cour.

Les juges Karakatsanis et Wagner : Il y a accord quant au fait que les juges des cours supérieures dans les présents dossiers ont le pouvoir légal discrétionnaire en vertu des art. 12 des Lois de siéger en dehors de leur province de rattachement et qu'il n'est pas obligatoire d'établir un lien vidéo dans le contexte d'une audience tenue hors province.

Le principe de la publicité des débats judiciaires englobe davantage que la seule exigence selon laquelle la justice ne doit pas être rendue secrètement. Il favorise la confiance du public à l'égard du système judiciaire et accroît sa compréhension de l'administration de la justice. En outre, le principe de la publicité des débats protège le droit des médias d'avoir accès aux salles d'audience et les circonstances nécessaires pour que les médias puissent jouer leur rôle de suppléants du public. Un juge qui préside une audience tenue hors province doit être prêt à examiner comment donner effet au volet éducatif du principe de la publicité des débats judiciaires ainsi qu'à celui qui veut que la communauté soit au cœur de

were initiated. While the court should not presumptively order that a video link back to the home provinces be set up where the court sits extraprovincially, members of the public, the media, or counsel can request that a video link or other means be used to enhance the accessibility of the hearing. If such a request is made, or the judge considers it appropriate, a video link or other means to enhance accessibility should be ordered, subject to any countervailing considerations.

cet enjeu. Plus particulièrement, les tribunaux doivent aspirer à rendre les recours collectifs visibles et compréhensibles pour les membres des groupes visés par de tels recours ainsi que pour la communauté où ces derniers ont été intentés. Même si les tribunaux ne devraient pas présumer devoir ordonner la mise en place d'un lien vidéo avec les provinces de rattachement lorsque les juges siègent hors province, les membres du public, les médias ou les avocats peuvent demander qu'un tel lien ou qu'un autre moyen de communication soit utilisé pour accroître l'accessibilité à l'audience. Si une telle demande est présentée — ou si le juge estime qu'il est de mise d'établir un lien vidéo ou d'utiliser un autre moyen de communication —, sous réserve de considérations qui feraient contrepoids, elle devrait généralement être accueillie.

Cases Cited

By Cromwell J.

Referred to: *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County v. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315; *Fantl v. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767; *Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By Wagner J.

Referred to: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949; *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County c. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315; *Fantl c. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767; *Ontario New Home Warranty Program c. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par le juge Wagner

Arrêts mentionnés : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*,

U.S. 555 (1980); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 12.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 12.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 1045.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 11.
Constitution Act, 1867, s. 92(14).
Court of Queen's Bench Act, C.C.S.M., c. C280, s. 76(1).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 11(2), 15(1), 135.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 29.
Judicature Act, S.P.E.I. 2008, c. 20, s. 61.
Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 86.05(4).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 1.08.
Rules of Court, N.B. Reg. 82-73, rr. 37.08, 38.08.
Supreme Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 443, s. 3(1).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 22-1(5), 23-5(4).

Authors Cited

Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. *Class Actions*. Edmonton: The Institute, 2000.
Black, Vaughan, and Stephen G. A. Pitel. "Out of Bounds: Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction?" (2013), 41 *Adv. Q.* 503.
British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, pp. 15070, 15072 and 15075-76.
British Columbia. Legislative Assembly. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 23, 4th Sess., 35th Parl., June 8, 1995, pp. 15231-32.
British Columbia. Ministry of Attorney General. *Consultation Document: Class Action Legislation for British Columbia*. Victoria: The Ministry, 1994.
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
Cunliffe, Emma. "Open Justice: Concepts and Judicial Approaches" (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 385.
Halsbury's Laws of England, vol. 24, 5th ed. London: LexisNexis, 2010.

448 U.S. 555 (1980); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 12.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 1045.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 11.
Judicature Act, S.P.E.I. 2008, c. 20, art. 61.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14).
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 12.
Loi sur la Cour du Banc de la Reine, C.P.L.M., c. C280, art. 76(1).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 11(2), 15(1), 135.
Nova Scotia Civil Procedure Rules, règle 86.05(4).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 1.08.
Règles de procédure, Règl. du N.-B. 82-73, règles 37.08, 38.08.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 29.
Supreme Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 443, art. 3(1).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règles 22-1(5), 23-5(4).

Doctrine et autres documents cités

Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85, *Class Actions*, Edmonton, The Institute, 2000.
Black, Vaughan, and Stephen G. A. Pitel. « Out of Bounds : Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction? » (2013), 41 *Adv. Q.* 503.
Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, pp. 15070, 15072 and 15075-76.
Colombie-Britannique. Assemblée législative. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 23, 4th Sess., 35th Parl., June 8, 1995, pp. 15231-32.
Colombie-Britannique. Ministry of Attorney General. *Consultation Document : Class Action Legislation for British Columbia*, Victoria, The Ministry, 1994.
Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur les recours collectifs* (1996) (en ligne : http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/83-josetta-1-fr-fr/lois-uniformes/loi-sur-les-recours-collectifs/1398-loi-uniforme-sur-les-recours-collectifs-1996).

Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.

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

Macdonald, Roderick A. "Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions", in Julia Bass, W. A. Bogart and Frederick H. Zemans, eds., *Access to Justice for a New Century — The Way Forward*. Toronto: Law Society of Upper Canada, 2005, 19.

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

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

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., November 18, 1991 (online: www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_detail.do?Date=1991-11-18&Parl=35&Sess=1&locale=en).

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., June 12, 1990 (online: www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_detail.do?Date=1990-06-12&Parl=35&Sess=1&locale=en).

Resnik, Judith. "The Democracy in Courts: Jeremy Bentham, 'Publicity', and the Privatization of Process in the Twenty-First Century" (2013), 10 *NoFo* 77.

Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Class Proceedings Act* (1996) (online: http://www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/current-uniform-acts/82-josetta-1-en-gb/uniform-actsa/class-proceedings-act/1395-uniform-class-proceedings-act-1996).

Warren, Marilyn. "Open Justice in the Technological Age" (2014), 40 *Monash U.L. Rev.* 45.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Tysoe and Goepel JJ.A.), 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113, 352 B.C.A.C. 7, 601 W.A.C. 7, 49 C.P.C. (7th) 316, [2014] 5 W.W.R. 481, [2014] B.C.J. No. 254 (QL), 2014 CarswellBC 363 (WL Can.), setting aside a decision of Bauman C.J.B.C., 2013 BCSC 1074, [2013] B.C.J. No. 1304 (QL), 2013 CarswellBC 1828 (WL Can.). Appeal allowed.

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

Cunliffe, Emma. « Open Justice : Concepts and Judicial Approaches » (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 385.

Halsbury's Laws of England, vol. 24, 5th ed., London, LexisNexis, 2010.

Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, 41.

Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.

Macdonald, Roderick A. « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada — étendue, envergure et ambitions », dans Julia Bass, W. A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir., *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005, 23.

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 1re sess., 35e lég., 18 novembre 1991 (en ligne : www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_detail.do?Date=1991-11-18&Parl=35&Sess=1&locale=fr).

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats (Hansard)*, 2e sess., 34e lég., 12 juin 1990 (en ligne : www.ontla.on.ca/web/house-proceedings/house_detail.do?Date=1990-06-12&Parl=35&Sess=1&locale=fr).

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*, vol. II, Toronto, ministère du Procureur général, 1982.

Resnik, Judith. « The Democracy in Courts : Jeremy Bentham, "Publicity", and the Privatization of Process in the Twenty-First Century » (2013), 10 *NoFo* 77.

Warren, Marilyn. « Open Justice in the Technological Age » (2014), 40 *Monash U.L. Rev.* 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Tysoe et Goepel), 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113, 352 B.C.A.C. 7, 601 W.A.C. 7, 49 C.P.C. (7th) 316, [2014] 5 W.W.R. 481, [2014] B.C.J. No. 254 (QL), 2014 CarswellBC 363 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge en chef Bauman, 2013 BCSC 1074, [2013] B.C.J. No. 1304 (QL), 2013 CarswellBC 1828 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Juriansz, LaForme and Lauwers JJ.A.), 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, 331 O.A.C. 71, 381 D.L.R. (4th) 667, 64 C.P.C. (7th) 227, [2015] O.J. No. 1257 (QL), 2015 CarswellOnt 3336 (WL Can.), setting aside in part a decision of Winkler C.J.O., 2013 ONSC 3053, 363 D.L.R. (4th) 352, 43 C.P.C. (7th) 412, [2013] O.J. No. 2343 (QL), 2013 CarswellOnt 6659 (WL Can.). Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Sharon D. Matthews, *Q.C.*, *J. J. Camp*, *Q.C.*, and *Michael Sobkin*, for the appellant Anita Endean, as representative plaintiff.

Keith Evans and *Katherine Webber*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

Robert J. Frater, *Q.C.*, and *Kathryn Hucal*, for the respondent/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada.

Paul J. Pape and *Shantona Chaudhury*, for the appellants/respondents on cross-appeal Dianna Louise Parsons et al.

John E. Callaghan and *Alex Zavaglia*, for the appellant the Fund Counsel for Ontario.

Josh Hunter, *Brent Kettles* and *Lynne McArdle*, for the respondent/appellant on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of Ontario.

No one appeared for the respondent/respondent on cross-appeal the Canadian Red Cross Society.

Caroline Zayid, *H. Michael Rosenberg* and *Adam Goldenberg*, for the respondents Her Majesty The Queen in Right of Alberta et al.

Written submissions only by *Dana Pescarus*, *Carole Soucy* and *Manon Des Ormeaux*, for the intervener.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Juriansz, LaForme et Lauwers), 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, 331 O.A.C. 71, 381 D.L.R. (4th) 667, 64 C.P.C. (7th) 227, [2015] O.J. No. 1257 (QL), 2015 CarswellOnt 3336 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge en chef Winkler, 2013 ONSC 3053, 363 D.L.R. (4th) 352, 43 C.P.C. (7th) 412, [2013] O.J. No. 2343 (QL), 2013 CarswellOnt 6659 (WL Can.). Pourvoi principal accueilli et pourvoi incident rejeté.

Sharon D. Matthews, *c.r.*, *J. J. Camp*, *c.r.*, et *Michael Sobkin*, pour l'appelante Anita Endean, en sa qualité de représentante des demandeurs.

Keith Evans et *Katherine Webber*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Robert J. Frater, *c.r.*, et *Kathryn Hucal*, pour l'intimé/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada.

Paul J. Pape et *Shantona Chaudhury*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident Dianna Louise Parsons et autres.

John E. Callaghan et *Alex Zavaglia*, pour l'appelant le Conseiller juridique du Fonds pour l'Ontario.

Josh Hunter, *Brent Kettles* et *Lynne McArdle*, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Personne n'a comparu pour l'intimée/intimée au pourvoi incident la Société canadienne de la Croix-Rouge.

Caroline Zayid, *H. Michael Rosenberg* et *Adam Goldenberg*, pour les intimés Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et autres.

Argumentation écrite seulement par *Dana Pescarus*, *Carole Soucy* et *Manon Des Ormeaux*, pour l'intervenante.

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

CROMWELL J. —

I. Introduction and Issues

[1] Class actions are an important procedural tool designed to help improve access to justice. They are meant to provide a fair and expeditious resolution of the plaintiffs' claims and, to ensure that they do, class action judges have broad and flexible procedural powers. The limits of those powers are tested by these appeals.

[2] At issue is the power of superior court judges who are implementing a pan-national class action settlement to sit outside their home provinces to hear and decide a motion relating to it.

[3] While all parties agree that judges may do this under certain conditions, there is disagreement about two related issues:

1. What is the source of authority for the judge to sit outside his or her home jurisdiction: Is it statutory or an aspect of the inherent powers of a superior court?

2. Is a video link to an open courtroom in the judge's home jurisdiction a condition for the exercise of this authority?

[4] In my opinion, superior court judges in Ontario and British Columbia have the discretionary statutory power under s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, and s. 12 of the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (the "Acts"), to sit outside their home provinces, and a video link to an open courtroom in the judge's home jurisdiction is

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

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction et questions en litige

[1] Le recours collectif est un important outil procédural conçu pour accroître l'accès à la justice. Il est censé offrir une procédure permettant de trancher les litiges avec équité et célérité. À cette fin, les juges qui instruisent ce type de recours disposent de pouvoirs à la fois vastes et souples en matière de procédure. Les présents pourvois amènent la Cour à se pencher sur les limites de ces pouvoirs.

[2] Il s'agit ici de savoir si les juges des cours supérieures chargés de mettre en œuvre des conventions pancanadiennes de règlement de recours collectifs ont le pouvoir de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement pour trancher les requêtes s'y rapportant.

[3] Bien que toutes les parties s'entendent pour dire que les juges peuvent exercer ce pouvoir à certaines conditions, elles sont en désaccord sur les deux questions connexes suivantes :

1. Quelle est la source du pouvoir permettant aux juges de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement : s'agit-il d'un pouvoir d'origine législative ou d'un volet de la compétence inhérente des cours supérieures?

2. Est-il nécessaire, pour pouvoir exercer ce pouvoir, qu'il y ait un lien vidéo entre la salle d'audience où se trouve le juge et une salle d'audience accessible au public dans la province de rattachement du juge?

[4] À mon avis, les juges des cours supérieures ont, en Ontario et en Colombie-Britannique — en vertu respectivement de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, et de l'art. 12 de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (les « Lois ») — le pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement,

not required. A broad interpretation of these statutory powers, which confirms and reflects the inherent authority of judges to control procedure, helps to fulfil the purpose of class actions and to ensure that procedural innovations in aid of access to justice will not be stymied by unduly technical or time-bound understandings of the scope of the class action judge's authority.

et il n'est pas nécessaire d'assurer un lien vidéo entre le lieu de l'audience et une salle d'audience accessible au public dans leur province de rattachement. Une interprétation large de ces pouvoirs conférés par la loi — qui confirme et reflète le pouvoir inhérent qu'ont les juges de contrôler la procédure — contribue à réaliser l'objectif des recours collectifs et à garantir que l'on ne vienne pas, en raison d'une vision de la portée des pouvoirs des juges présidant les recours collectifs qui serait trop technique ou trop circonscrite dans le temps, nuire à des innovations procédurales destinées à faciliter l'accès à la justice.

II. Facts

II. Les faits

[5] Class counsel thought that it would be more efficient and effective for the superior court judges charged with managing and implementing a pan-national settlement of the proceedings in three provinces to sit together in a fourth province to hear motions relating to the settlement. Class counsel's attempt to pursue this course of action gave rise to the issues now before the Court.

[5] Les conseillers juridiques agissant dans le cadre des recours collectifs en cause en l'espèce ont estimé qu'il serait plus efficace et plus efficient que les juges des cours supérieures chargés de gérer et de mettre en œuvre le règlement pancanadien de ces recours intentés dans trois provinces siègent ensemble dans une quatrième province pour trancher les requêtes relatives au règlement. Les démarches que les conseillers juridiques ont entreprises pour obtenir cette mesure sont à l'origine des questions que la Cour est appelée à examiner.

[6] By way of a brief background, the superior courts of British Columbia, Quebec and Ontario certified concurrent class action proceedings on behalf of individuals infected with hepatitis C by the Canadian blood supply between January 1, 1986 and July 1, 1990. The British Columbia and Quebec class actions included residents of those provinces, while the Ontario class action included all other persons in Canada who received infected blood during the relevant period.

[6] Pour situer brièvement les faits dans leur contexte, rappelons que les cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario ont autorisé l'introduction de recours collectifs concomitants au nom de personnes ayant été infectées par l'hépatite C par suite de transfusions sanguines reçues au Canada entre le 1er janvier 1986 et le 1er juillet 1990. Les recours collectifs intentés au Québec et en Colombie-Britannique touchaient des résidents de ces provinces, tandis que celui intenté en Ontario concernait tous les autres Canadiens qui avaient été infectés par du sang contaminé au cours de la période visée.

[7] The parties reached a pan-Canadian settlement agreement in 1999 ("1986-1990 Hepatitis C Settlement Agreement"). The Government of Canada, as well as all provinces and territories, agreed to be bound by the settlement agreement once it received court approval. The governments of provinces and territories other than Quebec and British Columbia

[7] En 1999, les parties ont conclu une convention de règlement pancanadienne (« Convention de règlement relative à l'hépatite C 1986-1990 »). Le gouvernement du Canada de même que l'ensemble des provinces et des territoires ont accepté d'être liés par cette convention une fois celle-ci entérinée par les tribunaux. Les gouvernements des

attorned to the jurisdiction of the Ontario courts. The supervisory judges of the class actions in Ontario, British Columbia and Quebec heard settlement motions and approved the settlement agreement.

[8] The settlement agreement assigned a supervisory role to the British Columbia, Quebec and Ontario superior courts: s. 10.01(1). However, the decisions of the courts under the agreement only took effect if all three courts made orders "without any material differences": s. 10.01(2).

[9] Class counsel subsequently wanted to extend the deadline in the settlement agreement for filing first claims for benefits from the settlement funds. Therefore, in 2012, they filed motions before the three superior court supervisory judges for approval of a proposed protocol. The motions were brought under s. 10.01 of the settlement agreement and, as noted earlier, required orders "without any material differences" in all three courts.

[10] Class counsel proposed that the most efficient and effective procedure for adjudicating the motions would be to have them heard by the three supervisory superior court judges sitting together in one location so that they would hear the same submissions and be better positioned to issue orders without "material differences". The supervisory judges were to adjudicate on a paper record.

[11] Each province opposed class counsel's proposal on the basis that the superior court judges did not have the jurisdiction to conduct hearings outside their home province. Separate motions for directions were brought in each jurisdiction to resolve the objection. The motions raised the issue of whether the superior court judges could sit in a province

provinces et des territoires autres que le Québec et la Colombie-Britannique ont accepté de se soumettre à la compétence des tribunaux ontariens. Les juges chargés de superviser les recours collectifs en Ontario, en Colombie-Britannique et au Québec ont été saisis de requêtes relatives au règlement et ont entériné la convention de règlement.

[8] La convention de règlement attribuait un rôle de supervision aux cours supérieures de la Colombie-Britannique, du Québec et de l'Ontario : par. 10.01(1). Toutefois, les décisions prises par ces tribunaux n'entraient en vigueur que si les trois tribunaux rendaient des décisions « sans [. . .] différence importante » entre elles : par. 10.01(2).

[9] Les conseillers juridiques agissant dans le cadre des recours collectifs ont souhaité par la suite repousser la date limite prévue par la convention de règlement pour le dépôt des premières demandes d'indemnisation. Ainsi, en 2012, ils ont saisi les juges superviseurs des trois cours supérieures de requêtes en vue de faire approuver le protocole proposé. Les requêtes ont été présentées en application de l'art. 10.01 de la convention de règlement qui, comme nous l'avons déjà signalé, exigeait qu'il n'y ait « [pas] de différence importante » entre les jugements ou ordonnances des trois cours.

[10] Les conseillers juridiques estimaient que la procédure la plus efficace et efficiente pour trancher les requêtes serait de faire siéger ensemble les trois juges superviseurs des cours supérieures à un seul endroit pour qu'ils puissent ainsi entendre les mêmes arguments et être mieux en mesure de rendre des ordonnances sans « différence importante ». Les juges superviseurs devaient juger les requêtes sur dossier.

[11] Chacune des provinces a contesté la proposition des conseillers juridiques au motif que les juges des cours supérieures n'étaient pas compétents pour tenir une audience à l'extérieur de leur province de rattachement. Des requêtes distinctes visant à obtenir des directives ont été présentées dans chaque province afin que cette objection soit

other than their respective home province with their judicial counterparts to hear a motion concerning the settlement agreement.

III. Judicial History

[12] All three motions judges concluded that this was permissible. The decision of the Quebec motions judge, which was not appealed, is not at issue here. Even though I appreciate that, at the time, the Quebec *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, included a provision comparable to s. 12 of the Acts at art. 1045, I make no comment concerning the law of Quebec in relation to the issues raised on appeal.

A. *Ontario*

[13] Winkler C.J.O., sitting as a judge of the Superior Court of Justice, concluded that a superior court judge in Ontario could preside over a hearing outside Ontario where the court had personal and subject-matter jurisdiction over the parties and the issues: 2013 ONSC 3053, 363 D.L.R. (4th) 352. He was of the view that there were no constitutional or statutory prohibitions preventing this. He found that the court's inherent jurisdiction to control its own process empowered the court to exercise its discretion to hold a hearing outside Ontario having regard to whether sitting outside the province promoted the interests of justice. Winkler C.J.O. concluded that such a discretion should be exercised in this case.

[14] In the Ontario Court of Appeal, the majority of the court concluded that the basis for the power to conduct a hearing outside the province was the superior court's inherent jurisdiction: 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, per LaForme J.A., Lauwers J.A. concurring on this point. However,

tranchée. Les requêtes soulevaient la question de savoir si les juges des cours supérieures pouvaient siéger avec leurs homologues dans une province autre que leur province respective de rattachement pour instruire une requête portant sur la convention de règlement.

III. Juridictions inférieures

[12] Les trois juges saisis des requêtes ont répondu par l'affirmative à cette question. La décision du juge québécois des requêtes, qui n'a pas été portée en appel, n'est pas en litige en l'espèce. Bien que je sois conscient que, à l'époque, on trouvait à l'art. 1045 du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, c. C-25, une disposition comparable aux art. 12 des Lois, je ne formule aucun commentaire quant au droit québécois relatif aux questions qui ont été soulevées en appel.

A. *Ontario*

[13] Le juge Winkler, juge en chef de l'Ontario, qui siégeait comme juge de la Cour supérieure de justice, a conclu qu'un juge d'une cour supérieure de l'Ontario peut présider une audience à l'extérieur de cette province lorsque la cour a compétence *ratione materiæ* et *ratione personæ* sur les parties et sur les questions en litige : 2013 ONSC 3053, 363 D.L.R. (4th) 352. Selon lui, rien dans la loi ni dans la Constitution ne l'interdit. À son avis, c'est grâce à la compétence inhérente qu'a la cour de contrôler sa propre procédure qu'elle peut exercer son pouvoir discrétionnaire de tenir une audience à l'extérieur de l'Ontario en se demandant si elle estime que le fait de siéger à l'extérieur de la province favorise les intérêts de la justice. Le juge en chef Winkler a conclu qu'il y avait lieu d'exercer ce pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

[14] En Cour d'appel de l'Ontario, les juges majoritaires ont conclu que le pouvoir d'une cour supérieure de tenir une audience à l'extérieur de la province est fondé sur sa compétence inhérente : 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, le juge LaForme, avec l'appui du juge Lauwers sur ce point.

a differently constituted majority also concluded that a video link was required between the out-of-province courtroom and an Ontario courtroom: Juriansz J.A., Lauwers J.A. concurring on this point.

B. *British Columbia*

[15] Bauman C.J.S.C. (as he then was) adopted the reasons of Winkler C.J.O., with additional comments on the law in British Columbia, and confirmed his authority under the court's inherent jurisdiction to sit in this matter outside British Columbia without the requirement of a video link: 2013 BCSC 1074. The British Columbia Court of Appeal, however, disagreed on both points: 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113.

[16] The Court of Appeal found that the common law prohibited superior court judges from sitting outside British Columbia and that any change to that ancient rule should be made by the legislature rather than by the courts. However, the court was of the view that it was permissible for a judge, who was not physically present in the province, to conduct a hearing taking place in a British Columbia courtroom by telephone, video conference or other communication medium. The court concluded that such a hearing — which would involve the judge exercising his or her jurisdiction or authority in a hearing in British Columbia — would not offend the common law prohibition against judges conducting hearings outside British Columbia.

IV. Analysis

[17] As I noted at the outset, it is common ground that the superior court judges have personal and subject-matter jurisdiction over the parties and issues in these proceedings and that they have a discretionary power to sit together outside their home

Toutefois, le juge Juriansz, avec l'appui du juge Lauwers, a conclu en outre que, dans de telles circonstances, il est nécessaire d'établir un lien vidéo entre la salle d'audience située à l'extérieur de la province et une salle d'audience située en Ontario.

B. *Colombie-Britannique*

[15] Le juge en chef Bauman (plus tard juge en chef de la Colombie-Britannique) a fait siens les motifs du juge en chef Winkler de l'Ontario. Il a ajouté cependant certaines observations sur les règles de droit applicables en Colombie-Britannique et confirmé qu'il avait le pouvoir, en vertu de la compétence inhérente de la cour, de siéger dans cette affaire à l'extérieur de la Colombie-Britannique sans qu'il soit nécessaire d'assurer un lien vidéo : 2013 BCSC 1074. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est toutefois dite en désaccord avec lui sur ces deux points : 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113.

[16] La Cour d'appel a conclu que la common law interdit aux juges des cours supérieures de siéger à l'extérieur de la Colombie-Britannique et qu'il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de modifier ce principe séculaire. Elle s'est toutefois dite d'avis qu'un juge qui n'est pas physiquement présent dans la province peut présider une audience se déroulant dans une salle d'audience de la Colombie-Britannique par téléphone, par vidéoconférence ou par tout autre moyen de communication. La Cour d'appel a jugé qu'une telle audience — qui supposerait que le juge exerce sa compétence ou ses pouvoirs dans le cadre d'une audience se déroulant en Colombie-Britannique — ne porterait pas atteinte au principe de common law interdisant aux juges de tenir des audiences à l'extérieur de la Colombie-Britannique.

IV. Analyse

[17] Comme je l'ai signalé d'entrée de jeu, il est acquis aux débats que les juges des cours supérieures ont compétence *ratione materiæ* et *ratione personæ* sur les parties et sur les questions en litige dans les instances en cause en l'espèce et qu'ils ont

provinces to hear a motion without oral evidence in the context of a pan-Canadian settlement agreement. However, there is no agreement concerning the interrelated questions of what is the source of this power and the conditions under which it may be exercised; those two issues are the focus of these appeals.

A. *First Issue: The Source of the Court's Power to Sit Outside Its Home Jurisdiction*

(1) Introduction

[18] The first issue relates to the source of the court's discretionary power to sit outside its home jurisdiction and, more specifically, whether it is a statutory power or one that derives from the inherent jurisdiction of the superior courts. This issue gives rise to a number of questions which I address in turn.

[19] I will turn first to the question of whether courts ought to look first to their statutory powers before considering their inherent jurisdiction. I conclude that they should.

[20] Next, I will consider whether s. 12 of the Acts in Ontario and British Columbia confer on the superior courts in those provinces the power to hold the sorts of hearings in issue here outside the territorial limits of the province. Given the broad and general language of these provisions, the answer depends on whether there are any constitutional, statutory or common law limitations which would have to be understood as restricting the scope of that broad and general language. I conclude that there are none and that the provisions grant the authority to conduct the hearings in issue.

le pouvoir discrétionnaire de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement respective pour instruire sans preuve orale une requête dans un dossier portant sur une convention de règlement pancanadienne. Les parties ne s'entendent toutefois pas sur les questions connexes qui sont au cœur des présents pourvois, à savoir la source de ce pouvoir, d'une part, et les éventuelles modalités d'exercice de ce pouvoir, d'autre part.

A. *Première question : Quelle est la source du pouvoir des tribunaux de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement?*

(1) Introduction

[18] La première question est celle relative à la source du pouvoir discrétionnaire d'une cour de siéger à l'extérieur de sa province de rattachement et, plus précisément, celle de savoir s'il s'agit d'un pouvoir d'origine législative ou d'un pouvoir découlant de la compétence inhérente des cours supérieures. Cette question en soulève plusieurs autres, que je vais aborder à tour de rôle.

[19] En premier lieu, je vais examiner la question de savoir si les tribunaux devraient s'enquérir des pouvoirs que la loi leur confère avant d'examiner leur compétence inhérente. Je réponds par l'affirmative à cette question.

[20] Je vais ensuite examiner la question de savoir si les art. 12 des Lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique confèrent aux cours supérieures de ces provinces le pouvoir de tenir le genre d'audiences qui nous intéresse en l'espèce, soit des audiences hors des limites territoriales de leur province. Compte tenu du libellé large et général de ces dispositions, la réponse dépend de l'existence ou non de limites fixées par la Constitution, par une loi ou par la common law qui devraient être interprétées comme en restreignant la portée. Je conclus qu'il n'existe pas de telles limites et que les dispositions en question autorisent la tenue de ces audiences.

[21] Finally, I will explain why, in my view, these provisions should be understood as both confirming and reflecting the inherent jurisdiction of the superior courts to govern their own processes. Thus, in common law jurisdictions where comparable provisions do not exist, the analysis of the courts' inherent jurisdiction would lead to the same result, subject to any limitations on inherent jurisdiction there applicable.

(2) Should the Courts Look First to Their Statutory Powers Before Turning to Consider Inherent Jurisdiction?

[22] The answer to this question is yes.

[23] The inherent powers of superior courts are central to the role of those courts, which form the backbone of our judicial system. Inherent jurisdiction derives from the very nature of the court as a superior court of law and may be defined as a "reserve or fund of powers" or a "residual source of powers", which a superior court "may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, and in particular to ensure the observance of the due process of law, to prevent improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them": I. H. Jacob, "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 51, cited with approval in, e.g., *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 20; *R. v. Caron*, 2011 SCC 5, [2011] 1 S.C.R. 78, at para. 24; and *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 29-31.

[24] The courts have recognized that, given the broad and loosely defined nature of these powers, they should be "exercised sparingly and with caution": *Caron*, at para. 30. It follows that courts should first determine the scope of express grants of statutory powers before dipping into this important but murky pool of residual authority that forms their inherent jurisdiction: see, e.g., *Century*

[21] Enfin, je vais expliquer pourquoi, à mon avis, ces dispositions devraient être interprétées à la fois comme confirmant et reflétant le pouvoir inhérent des cours supérieures de gérer leur propre procédure. Ainsi, dans les provinces de common law où il n'existe pas de dispositions comparables, l'analyse de la compétence inhérente des cours supérieures conduirait à la même conclusion, sous réserve de toute restriction à cette compétence qui y serait applicable.

(2) Les tribunaux devraient-ils s'enquérir des pouvoirs que la loi leur confère avant d'examiner leur compétence inhérente?

[22] La réponse à cette question est affirmative.

[23] La compétence inhérente des cours supérieures est cruciale au regard du rôle qui leur est confié, à elles qui constituent la pierre angulaire de notre système judiciaire. Cette compétence procède de la nature même de ces tribunaux en tant que cours supérieures de justice. On peut la définir comme une [TRADUCTION] « réserve ou [un] fonds de pouvoirs » ou une « source résiduelle de pouvoirs » à laquelle une cour supérieure « peut puiser au besoin lorsqu'il est juste ou équitable de le faire et, en particulier, pour veiller à l'application régulière de la loi, empêcher les abus, garantir un procès équitable aux parties et rendre justice » : I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 51, cité et approuvé, p. ex., dans les arrêts *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 20; *R. c. Caron*, 2011 CSC 5, [2011] 1 R.C.S. 78, par. 24; et *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 29-31.

[24] Les tribunaux ont reconnu que, compte tenu de son caractère général et de sa définition formulée en termes vagues, cette compétence doit être « exercée avec circonspection » : *Caron*, par. 30. Les tribunaux devraient donc tout d'abord déterminer la portée des pouvoirs que la loi leur confère explicitement avant de s'aventurer dans cette zone — importante, mais nébuleuse — de pouvoirs résiduels que constitue leur

Services Inc. v. Canada (Attorney General), 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at paras. 63-68. As The Honourable Georgina Jackson and Janis Sarra write, "[i]t is only where broad statutory authority is unavailable that inherent jurisdiction needs to be considered as a possible judicial tool to utilize in the circumstances": "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, at p. 73.

(3) Are There Statutory Authorities in Ontario and British Columbia That Allow the Superior Court Judges to Sit Outside Their Provinces?

[25] The parties canvassed various potential sources of statutory power. In Ontario, we were referred to s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992* and rule 1.08 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. In British Columbia, we were referred to s. 12 of the *Class Proceedings Act* and rule 23-5(4) of the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009. As in my view s. 12 of the respective Acts provides a statutory basis for holding these hearings, it is not necessary to consider the rules of court.

[26] It will be convenient to consider the very similar provisions of s. 12 of the two Acts together.

[27] Section 12 of the *Class Proceedings Act, 1992* in Ontario provides:

12. The court, on the motion of a party or class member, may make any order it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for the purpose, may impose such terms on the parties as it considers appropriate.

compétence inhérente : voir, p. ex., *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 63-68. Ainsi que la juge Georgina Jackson et M^me^ Janis Sarra l'écrivent, [TRADUCTION] « [c]e n'est que lorsqu'on ne peut invoquer des pouvoirs généraux conférés par la loi qu'il est nécessaire d'envisager la possibilité d'invoquer la compétence inhérente comme mécanisme judiciaire pouvant servir dans un cas déterminé » : « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, p. 73.

(3) Existe-t-il, en Ontario et en Colombie-Britannique, des dispositions législatives permettant aux juges des cours supérieures de siéger hors de leur province?

[25] Les parties ont analysé diverses sources potentielles de pouvoirs d'origine législative. Pour ce qui est de l'Ontario, l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* et l'art. 1.08 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, ont été portés à notre attention. S'agissant de la Colombie-Britannique, on nous a renvoyés à l'art. 12 de la *Class Proceedings Act* et au par. 23-5(4) des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009. Comme, à mon avis, les art. 12 des Lois offrent un cadre juridique qui permet la tenue de telles audiences, il n'est pas nécessaire d'examiner les règles de procédure.

[26] Il convient d'examiner en même temps les dispositions très semblables des art. 12 des deux Lois.

[27] L'article 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario dispose :

12. Le tribunal saisi d'une motion d'une partie ou d'un membre du groupe peut, afin de parvenir à un règlement juste et expéditif du recours collectif, rendre une ordonnance qu'il estime appropriée concernant le déroulement de celui-ci et imposer aux parties des conditions qu'il estime appropriées.

[28] Section 12 of the *Class Proceedings Act* in British Columbia reads:

12. The court may at any time make any order it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for that purpose, may impose on one or more of the parties the terms it considers appropriate.

[29] The grammatical and ordinary sense of these provisions leaves little doubt that the legislatures intended judges in class proceedings to have, and to exercise, broad, discretionary powers to manage the proceedings to ensure their "fair and expeditious determination".

[30] The object and scheme of the Acts also support this broad interpretation of s. 12 of the Acts. As this Court observed in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, class proceedings are intended to improve access to justice through the efficient and judicially economical disposition of litigation: paras. 27-28. A broad interpretation of s. 12 of the Acts furthers this object of class action legislation: *ibid.* A broad interpretation of these provisions is also faithful to this Court's interpretation of the Ontario legislation in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, where it found that the Ontario *Class Proceedings Act, 1992* "should be construed generously": para. 14. As this Court noted in that same case, "it is essential therefore that courts not take an overly restrictive approach to the legislation, but rather interpret the Act in a way that gives full effect to the benefits foreseen by the drafters": para. 15.

[31] The legislative histories of the provisions also support the view that the provincial legislatures intended a broad role for both versions of s. 12 of the Acts.

[28] L'article 12 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

12. Le tribunal peut en tout temps rendre une ordonnance qu'il estime appropriée concernant le déroulement du recours collectif afin de parvenir à une décision juste et expéditive et, à cette fin, imposer à une ou plusieurs des parties les conditions qu'il estime appropriées.

[29] Le sens ordinaire et grammatical des articles en question laisse peu de doutes quant à la volonté du législateur de chacune des deux provinces de conférer au juge chargé d'instruire un recours collectif de vastes pouvoirs discrétionnaires en matière de gestion de l'instance pour assurer un « règlement juste et expéditif » du litige.

[30] L'objet et l'économie des Lois confirment par ailleurs cette interprétation large de leur art. 12. Comme la Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, le recours collectif vise à accroître l'accès à la justice en permettant aux tribunaux de trancher les litiges de façon efficace et économique : par. 27-28. Une interprétation large des art. 12 des Lois favorise l'atteinte de cet objectif : *ibid*. Elle est en outre fidèle à l'interprétation que la Cour a donnée de la loi ontarienne dans l'arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158. En effet, la Cour y a jugé « qu'il convient [d]'interpréter libéralement » la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario : par. 14. Ainsi qu'il a été noté dans la même décision, « [i]l est donc essentiel [. . .] que les tribunaux n'interprètent pas la loi de manière trop restrictive, mais qu'ils adoptent une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés par les rédacteurs » : par. 15.

[31] L'historique législatif des dispositions en question confirme également que le législateur de chacune des deux provinces souhaitait conférer une vaste portée aux art. 12 des Lois.

[32] First, legislative debates of both the Ontario and British Columbia legislatures demonstrate the access to justice purpose of the Acts.[1] A broad interpretation of s. 12 furthers the access to justice objective of the Acts. Broad powers to manage class actions give judges the ability to take measures to ensure the fair and expeditious determination of issues arising in class proceedings, which furthers access to justice.

[33] Second, the legislative histories of these provisions also show that the legislatures in Ontario and British Columbia intended s. 12 of the Acts to be interpreted broadly.

[34] In Ontario, the Ontario Law Reform Commission's *Report on Class Actions* (1982) was instrumental in the subsequent adoption of class action legislation in the province.[2] In its report, the Commission was of the view that "court[s] should have a broad general power in order to enable [them] to respond to the many management problems that are likely to arise at the various stages of a class action": pp. 449-50. The Commission further observed that "[o]nly if judges are empowered expressly to assume an active role can this type of complex litigation be handled efficiently": p. 450. The Commission recommended language substantially similar to that which was eventually adopted in s. 12 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*: *ibid.* Similarly, the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform also commented that s. 12 "describes

[32] Tout d'abord, les débats dans les assemblées législatives de l'Ontario et de la Colombie-Britannique démontrent que les Lois visaient à faciliter l'accès à la justice[1]. Une interprétation large des art. 12 favorise cet objectif. Lorsque les juges disposent de vastes pouvoirs en matière de gestion des recours collectifs, ils peuvent prendre les mesures nécessaires pour trancher avec célérité et équité les questions soulevées dans le cadre des recours collectifs, ce qui favorise l'accès à la justice.

[33] L'historique législatif des dispositions en cause illustre ensuite que les assemblées législatives de l'Ontario et de la Colombie-Britannique souhaitaient que les art. 12 des Lois soient interprétés libéralement.

[34] En Ontario, le *Report on Class Actions* (1982) de la Commission de réforme du droit de l'Ontario a largement contribué à l'adoption subséquente de la loi sur les recours collectifs dans cette province[2]. Or, dans son rapport, la Commission a soutenu que [TRADUCTION] « les tribunaux devaient disposer de vastes pouvoirs généraux pour être en mesure de réagir aux nombreux problèmes de gestion qui sont susceptibles de surgir aux diverses étapes d'un recours collectif » : p. 449-450. La Commission avait également fait observer que « [c]e n'est que si les juges sont habilités expressément à jouer un rôle actif que ce type de procès complexes peut être géré de façon efficace » : p. 450. La Commission avait recommandé l'adoption d'un libellé à peu près semblable à celui qui a finalement été retenu pour l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario : *ibid.* De

[1] See, e.g., in Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 1st Sess., 35th Parl., November 18, 1991 (online), at 16:40, Mr. Winninger (the bill is an important contribution to access to justice), and at 16:50, Mr. Harnick (the bill provides access to justice); in British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, at p. 15072, L. Stephens (the bill allows individuals to join together to seek justice and compensation), at p. 15075, Hon. P. Priddy (the bill increases access to justice for all British Columbians), and at p. 15076, B. Jones (the bill is about access to justice).

[2] Ontario, *Official Report of Debates (Hansard)*, 2nd Sess., 34th Parl., June 12, 1990 (online), at 13:50, Hon. Mr. Scott observed that class action legislation builds on the work of the Ontario Law Reform Commission.

[1] Voir, p. ex., en Ontario, le *Journal des débats (Hansard)*, 1re sess., 35e lég., 18 novembre 1991 (en ligne), 16 h 40, M. Winninger (le projet de loi constitue une contribution importante pour l'accès à la justice), et 16 h 50, M. Harnick (le projet de loi facilite l'accès à la justice); en Colombie-Britannique, l'*Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, no 20, 4e sess., 35e lég., 6 juin 1995, p. 15072, L. Stephens (le projet de loi permet à des personnes physiques de se regrouper pour obtenir justice et se faire indemniser), p. 15075, l'hon. P. Priddy (le projet de loi accroît l'accès à la justice pour l'ensemble de la population de la Colombie-Britannique), et p. 15076, B. Jones (le projet de loi porte sur l'accès à la justice).

[2] Ontario, *Journal des débats (Hansard)*, 2e sess., 34e lég., 12 juin 1990 (en ligne), 13 h 50, l'hon. M. Scott a noté que la loi sur les recours collectifs s'inspirait des travaux de la Commission de la réforme du droit de l'Ontario.

the general power of the Court to control its own process and to develop procedures as needed from case to case": *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), at p. 37.

même, le Comité consultatif du procureur général sur la réforme des recours collectifs en Ontario avait signalé que l'art. 12 [TRADUCTION] « définit le pouvoir général du tribunal de contrôler sa propre procédure et d'établir au besoin ses propres règles selon les nécessités du dossier » : *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), p. 37.

[35] In British Columbia, the Ministry of the Attorney General drafted a consultation document referred to in legislative debates.[3] In that document, in relation to a provision similar to s. 12, the Ministry observed that "[c]ourts take a much more active role in managing the conduct of class actions than they do in ordinary actions" and observed that the Ontario statute also includes a "broad general management provision": *Consultation Document: Class Action Legislation for British Columbia* (1994), at p. 5.

[35] En Colombie-Britannique, le ministère du procureur général a rédigé un document de consultation dont il a été question lors des débats précédant l'adoption de la loi[3]. Dans ce document, s'agissant d'une disposition semblable à l'art. 12, le ministère du procureur général a noté que [TRADUCTION] « [l]es tribunaux jouent un rôle beaucoup plus actif dans la gestion du déroulement des recours collectifs qu'ils ne le font habituellement dans les instances ordinaires », et il a ajouté que la loi ontarienne contenait également une « large disposition de gestion générale » : *Consultation Document : Class Action Legislation for British Columbia* (1994), p. 5.

[36] Section 12 was also briefly discussed in legislative debates in British Columbia before the passing of the bill, when a concern was raised about the provision's open-ended language.[4] In response to this concern, it was explained that giving "this authority to the court [in s. 12] is the best way to ensure that the protection is afforded to people who aren't there or represented directly in the action".[5]

[36] Il a également été brièvement question de l'art. 12 dans le cadre de débats en Colombie-Britannique avant l'adoption du projet de loi, lorsque des réserves ont été exprimées au sujet du libellé non limitatif utilisé dans cette disposition[4]. Pour répondre à cette préoccupation, on a expliqué que le fait de conférer [TRADUCTION] « de tels pouvoirs au tribunal [à l'art. 12] est le meilleur moyen de garantir que l'on protège les personnes qui ne sont pas présentes ou qui ne sont pas représentées directement dans le recours »[5].

[37] The Uniform Law Conference of Canada ("ULCC") *Uniform Class Proceedings Act* (1996 proceedings) (online), which provides model legislation recommended for adoption across Canadian jurisdictions, is also instructive. The ULCC legislation

[37] La *Loi uniforme sur les recours collectifs* (compte rendu de 1996) de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (« CHLC ») (en ligne) — qui proposait une loi modèle dont elle recommandait l'adoption par l'ensemble des provinces

[3] British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, June 6, 1995, at p. 15070, J. Dalton.

[4] British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 23, 4th Sess., 35th Parl., June 8, 1995, at p. 15231, J. Dalton.

[5] British Columbia, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, June 8, 1995, at p. 15232, Hon. C. Gabelmann.

[3] Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 6 juin 1995, p. 15070, J. Dalton.

[4] Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, nº 23, 4e sess., 35e lég., 8 juin 1995, p. 15231, J. Dalton.

[5] Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, 8 juin 1995, p. 15232, l'hon. C. Gabelmann.

contained language very similar to that in s. 12 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992* and identical to that in s. 12 of the British Columbia *Class Proceedings Act*. The commentary on this provision observed that "[s]ection 12 grants the court broad discretion in making orders": p. 8-7. Further, it states that "[t]his broad discretion is thought necessary as the court must protect not only the interests of the representative plaintiff and the defendant but also the interests of absent class members": *ibid.*

et territoires canadiens — est également instructive. On y trouve un libellé très semblable à celui de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario et identique à celui de l'art. 12 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique. Les commentaires qui accompagnent cette disposition signalent que « [l]'article 12 accorde au tribunal un pouvoir discrétionnaire étendu de rendre des ordonnances » : p. 8-34. Ils précisent de plus que « [c]e pouvoir discrétionnaire étendu est jugé nécessaire étant donné que le tribunal doit protéger non seulement les intérêts du représentant des demandeurs et du défendeur, mais également les intérêts des membres absents du groupe » : *ibid.*

[38] A broad interpretation of s. 12 is also consistent with the approach taken by other courts to the interpretation and application of class action legislation. For example, in *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County v. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315, Strathy C.J.O. observed that while s. 12 is procedural and does not allow a judge to override other provisions of the *Class Proceedings Act, 1992*, the provision nonetheless entitles case management judges in class actions "to seek and impose creative solutions to the efficient determination of the issues": para. 70. In *Fantl v. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767, Winkler C.J.O. specifically observed that s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992* provides the court with a "broad, discretionary jurisdiction": para. 42. Similarly, in *Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130 (S.C.J.), Winkler J. (as he then was) noted that, in including s. 12 in the *Class Proceedings Act, 1992*, "the legislature has given the court a flexible tool for adapting procedures on a case specific basis": para. 41.

[38] Une interprétation large des art. 12 s'accorde en outre avec la démarche retenue par d'autres tribunaux pour interpréter et appliquer des lois relatives aux recours collectifs. Par exemple, dans l'arrêt *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County c. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572, 337 O.A.C. 315, le juge en chef Strathy a souligné que, bien qu'il s'agisse d'une disposition, d'une part, procédurale, et d'autre part, qui ne permet pas aux juges chargés de la gestion de l'instance d'ignorer les autres dispositions de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, l'art. 12 leur permet néanmoins, dans le cadre de recours collectifs, [TRADUCTION] « de rechercher et d'imposer des solutions novatrices pour trancher efficacement les questions en litige » : par. 70. Dans l'arrêt *Fantl c. Transamerica Life Canada*, 2009 ONCA 377, 95 O.R. (3d) 767, le juge en chef Winkler a expressément fait observer que l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* conférait aux tribunaux un [TRADUCTION] « vaste pouvoir discrétionnaire » : par. 42. De même, dans l'arrêt *Ontario New Home Warranty Program c. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130 (C.S.J.), le juge Winkler (plus tard juge en chef de l'Ontario) a fait observer qu'en insérant l'art. 12 dans la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, [TRADUCTION] « le législateur a doté le tribunal d'un outil souple qui lui permet d'adapter la procédure en fonction de la cause dont il est saisi » : par. 41.

[39] In conclusion, the legislatures intended courts in Ontario and British Columbia to have wide powers to make orders respecting the conduct of class

[39] En conclusion, les législateurs entendaient conférer aux tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique de vastes pouvoirs leur permettant de

proceedings. Thus, the appropriate starting point for the analysis in these appeals is s. 12 of the Acts, rather than the superior court's inherent power over procedure. The broad powers appear on their face to authorize the sort of extraterritorial hearing which class counsel sought in these cases.

[40] While the legislation must be interpreted purposively and remedially, its broad and general language invites consideration of whether there are any clear common law, statutory or constitutional barriers to the court sitting outside its territorial boundaries. If there were, then the broad language of the provisions would have to be read as subject to those limitations.

(4) Are There Common Law, Constitutional or Statutory Rules That Prevent Judges From Sitting Outside Their Province in These Circumstances?

[41] A key question, therefore, is whether there are any rules or principles of common, constitutional or statutory law that prevent a judge from sitting outside his or her province for the purposes in issue here. In my view, there are none.

[42] I underline that the power claimed for the superior courts in this case is limited. We are concerned here with cases in which the courts have personal and subject-matter jurisdiction. There is no claim that the judges sitting outside their home jurisdiction have any authority to use their coercive powers outside their province. There is no suggestion that holding an out-of-province hearing would be contrary to the law of the jurisdiction in which the hearing would be held. Further, this case involves litigation wholly within Canada.

rendre des ordonnances concernant le déroulement des recours collectifs. Pour analyser les présents pourvois, il convient donc de se pencher d'abord sur l'art. 12 des Lois et non sur la compétence inhérente des cours supérieures en matière de procédure. Or, les vastes pouvoirs que confèrent ces dispositions semblent, à première vue, autoriser le genre d'audience hors province que réclamaient les conseillers juridiques agissant dans le cadre des recours collectifs en cause en l'espèce.

[40] Cela dit, bien que la loi doive être interprétée de façon téléologique et réparatrice, son libellé large et général nous invite à nous demander si l'on trouve dans la common law, dans la Constitution ou dans la loi des obstacles qui empêchent clairement la cour de siéger à l'extérieur des limites territoriales de son ressort. Si oui, il faudrait en conclure que le libellé large de ces dispositions est assujetti à ces restrictions.

(4) Existe-t-il des règles issues de la common law, de la Constitution ou de la loi qui empêchent les juges de siéger à l'extérieur de leur province en l'espèce?

[41] Une des questions essentielles à se poser est, par conséquent, celle de savoir s'il existe des règles ou des principes issus de la common law, de la Constitution ou de la loi qui empêchent un juge de siéger à l'extérieur de sa province de rattachement pour les fins dont il est question en l'espèce. À mon avis, il n'en existe pas.

[42] Je tiens à souligner que le pouvoir revendiqué en l'espèce pour les cours supérieures est limité. Dans les situations en cause ici, les tribunaux ont une compétence *ratione materiæ* et *ratione personæ*. Par ailleurs, nul ne prétend que les juges qui siègent hors de leur province de rattachement sont autorisés à utiliser leurs pouvoirs de contrainte à l'extérieur de celle-ci. Nul ne prétend non plus que le fait de tenir une audience en dehors de la province de rattachement du tribunal contreviendrait aux lois de la province dans laquelle l'audience aurait lieu. En outre, la présente affaire concerne un litige qui se déroule entièrement en sol canadien.

(a) *Common Law and Constitutional Barriers*

[43] The British Columbia Court of Appeal found that English common law, which, in its view, prohibited judges in England from sitting outside England, was received into British Columbia as of November 1858 and prevented British Columbia judges from sitting outside their province. The court also found that using inherent jurisdiction to support out-of-province hearings would be inconsistent with and contrary to the common law and ancient usage. Further, while the common law was subject to modification, the Court of Appeal concluded that any major revisions of the common law rule prohibiting judges from sitting outside their territorial jurisdiction was better left to the legislature.

[44] The British Columbia appellant, Anita Endean, as representative plaintiff, submits that the Court of Appeal was wrong to find a common law limit on the court's inherent power. Ms. Endean submits that this old English rule was not received into British Columbia law and, in any event, should not be followed.

[45] When one looks at the common law relating to courts sitting outside their jurisdiction, one finds that the jurisprudence is sparse and the precise ambit of any limitation is unclear. However, I accept that there is, as V. Black and S. G. A. Pitel have put it, a "deep-seated sense" in the common law that courts conduct their business within their geographical boundaries: "Out of Bounds: Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction?" (2013), 41 *Adv. Q.* 503, at p. 503; see also pp. 509-10.

[46] A number of considerations support this "deep-seated sense", including concerns about the sovereignty of the jurisdiction in which the hearing is held and concerns about the territorial limits of the

a) *Obstacles découlant de la common law ou de la Constitution*

[43] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la common law anglaise — qui, à son avis, interdit aux juges anglais de siéger à l'extérieur de l'Angleterre — a été admise en Colombie-Britannique en novembre 1858 et qu'elle empêche les juges de la Colombie-Britannique de siéger à l'extérieur de leur province. La Cour d'appel a également jugé qu'il serait contraire à la common law et à un usage séculaire d'utiliser la compétence inhérente des cours supérieures pour soutenir leur droit de tenir des audiences hors province. Enfin, tout en reconnaissant que la common law pouvait être modifiée, la Cour d'appel a conclu qu'il était préférable de laisser au législateur le soin de réviser les règles de common law interdisant aux juges de siéger à l'extérieur de leur ressort.

[44] Selon Anita Endean, appelante de la Colombie-Britannique agissant en sa qualité de représentante des demandeurs, la Cour d'appel a eu tort de conclure que la common law restreint la compétence inhérente de la cour. M^me^ Endean affirme que cette ancienne règle anglaise n'a pas été admise dans le droit applicable en Colombie-Britannique et que, en tout état de cause, elle ne devrait pas être suivie.

[45] Lorsqu'on examine les règles de common law relatives aux cours dont les juges siègent à l'extérieur de leur ressort, on constate que la jurisprudence sur le sujet est peu abondante et que la portée précise des restrictions qui peuvent exister est incertaine. J'admets cependant, pour reprendre la formule de V. Black et de S. G. A. Pitel qu'il existe, en common law, une [TRADUCTION] « notion bien ancrée » selon laquelle les tribunaux doivent exercer leurs activités à l'intérieur des limites géographiques de leur ressort : « Out of Bounds : Can a Court Sit Outside Its Home Jurisdiction? » (2013), 41 *Adv. Q.* 503, p. 503; voir aussi p. 509-510.

[46] Plusieurs facteurs appuient cette « notion bien ancrée ». Il existe notamment certaines préoccupations quant à la protection de la souveraineté de la province ou du territoire où se déroulerait

coercive powers of the judge conducting the hearing. But the type of court hearing in issue in these cases does not give rise to the concerns which support any broader principle against out-of-province sittings. In particular, judges in cases like these will not be called on to exercise any coercive powers, as they would be adjudicating on a paper record. And there is no suggestion that the proposed hearing would be inconsistent with the law of the place in which it would be held. There is thus no threat either to the authority or dignity of the superior court or to the sovereignty of the jurisdiction in which the hearing would be held.

[47] Moreover, it is open to the Court to modify the common law if necessary to make it clear that it does not preclude such hearings.

[48] Permitting these hearings does not give rise to the concerns about sovereignty, dignity of the courts or extraterritorial exercise of coercive powers. It is also a practical alternative that serves the underlying purposes of class proceedings. To take too dogmatic a stand on this point, as Winkler C.J.O. noted, risks leaving the common law unsuited "to modern realities of increasingly complex litigation involving parties and subject matters that transcend provincial borders": para. 25.

[49] Further, the narrow circumstances of these appeals do not raise a concern that the judiciary is trenching on powers reserved to the legislature. What is proposed here is not the sort of major procedural innovation that arguably ought to be left to the legislature. On the contrary, the legislatures have, through s. 12 of the Acts, encouraged courts to make full use of their power to regulate the process in the interests of making it fair and expeditious. Allowing courts to hold the type of hearing in issue here furthers the legislative intention

l'audience, et d'autres quant à la portée territoriale des pouvoirs de contrainte du juge qui présiderait l'audience. Cela dit, le type d'audiences dont il est question en l'espèce ne justifie pas les craintes évoquées au soutien d'un principe plus large contre les audiences hors province. En effet, plus particulièrement, dans ce type de causes, les juges ne sont pas appelés à exercer leurs pouvoirs de contrainte puisqu'ils jugent l'affaire sur dossier. Nul ne prétend par ailleurs que l'audience proposée serait incompatible avec les lois de la province où elle se tiendrait. Il n'y a donc aucune menace à l'autorité ou à la dignité de la cour supérieure, pas plus qu'à la souveraineté de la province dans laquelle l'audience aurait lieu.

[47] De plus, la Cour peut toujours modifier la common law au besoin pour bien préciser qu'elle n'empêche pas de telles audiences.

[48] Ainsi, le fait de permettre la tenue de telles audiences ne soulève pas de préoccupations quant à la souveraineté ou à la dignité des tribunaux ou quant à l'exercice extraterritorial de pouvoirs de contrainte. C'est par ailleurs une solution pratique qui contribue à réaliser les objectifs sous-jacents des recours collectifs. Comme le juge en chef Winkler l'a noté, en adoptant une position trop dogmatique à ce sujet, on risquerait de faire perdurer une situation où la common law serait mal adaptée [TRADUCTION] « aux réalités modernes où des procès de plus en plus complexes font intervenir des parties et des questions qui transcendent les frontières provinciales » : par. 25.

[49] De plus, les circonstances particulières des présents pourvois ne font pas craindre que l'organe judiciaire empiète sur des pouvoirs réservés au législateur. En effet, la mesure proposée en l'espèce n'a rien à voir avec le type d'innovation procédurale majeure dont on pourrait prétendre qu'il reviendrait au législateur d'adopter. Au contraire, le législateur, grâce aux art. 12 des Lois, a incité les tribunaux à utiliser pleinement leurs pouvoirs de gestion du déroulement de l'instance pour en favoriser l'équité et la célérité. Or, permettre aux

evident in this scheme; far from usurping legislative authority, this approach uses the authority broadly conferred by the legislature to further its objectives.

[50] The Attorney General of Ontario suggests that any interpretation of s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992* must respect the "presumption against extraterritoriality" (R.F., at para. 53), an interpretative presumption that "[t]he legislature is presumed to intend the territorial limits of its jurisdiction to coincide with that of the statute's operation" and "[u]nless implicitly or explicitly provided otherwise, the legislature is presumed to enact for persons, property, juridical acts and events within the territorial boundaries of its jurisdiction": P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 212. The Attorney General notes that such a concern would arise if s. 12 were interpreted to allow an order to have a true extraterritorial effect, such as a coercive order taking effect outside Ontario or British Columbia.

[51] I do not rely on s. 12 of the Acts as providing for the exercise of coercive powers outside the court's home province. Interpreting s. 12 as allowing the type of hearing at issue in these cases therefore does not engage the presumption against extraterritoriality since this application of the provisions does not give rise to any impermissible extraterritorial effect.

[52] Finally, in my opinion, no constitutional impediment has been identified to the limited authority of a superior court to sit outside its jurisdiction that we are addressing in this case.

tribunaux de tenir le genre d'audiences dont il est question en l'espèce sert l'intention du législateur qui ressort à l'évidence de l'économie des lois en question; loin d'usurper des pouvoirs législatifs, cette démarche puise plutôt à même les vastes pouvoirs conférés par le législateur pour favoriser l'atteinte de ses objectifs.

[50] Suivant le procureur général de l'Ontario, toute interprétation de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* doit respecter le [TRADUCTION] « principe de la territorialité des lois » (m.i., par. 53), selon lequel on « prête[ra] en principe au législateur la volonté de faire coïncider les limites spatiales de l'effet de ses lois avec les frontières du territoire soumis à sa compétence » et, « [e]n l'absence de disposition contraire, expresse ou implicite, on présumera que l'auteur d'un texte législatif entend qu'il s'applique aux personnes, aux biens, aux actes ou aux faits qui se situent à l'intérieur des limites du territoire soumis à sa compétence » : P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009), p. 230. Le procureur général fait observer que cette question se poserait si l'on interprétait les art. 12 de manière à donner à une ordonnance judiciaire une véritable portée extraterritoriale, en permettant par exemple à une ordonnance coercitive de s'appliquer à l'extérieur de l'Ontario ou de la Colombie-Britannique.

[51] Or, une interprétation de ces dispositions qui permettrait de tenir le genre d'audiences dont il est question en l'espèce ne fait pas intervenir le principe de la territorialité des lois, puisque l'application des dispositions en cause n'a aucune portée extraterritoriale interdite.

[52] J'estime enfin qu'on n'a signalé aucun empêchement d'ordre constitutionnel au pouvoir limité dont il est question ici d'une cour supérieure de siéger à l'extérieur de son ressort.

(b) *Statutory Barriers*

[53] There are also no statutory barriers in these circumstances to the broad interpretation of s. 12 of the Acts described in these reasons.

[54] Section 11(2) of the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, reads:

(2) The Superior Court of Justice has all the jurisdiction, power and authority historically exercised by courts of common law and equity in England and Ontario.

[55] Section 3(1) of the British Columbia *Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 443, provides:

3 (1) The Chief Justice, Associate Chief Justice and judges have all the powers, rights, incidents, privileges and immunities of a judge of a superior court of record, and all other powers, rights, incidents, privileges and immunities that on March 29, 1870, were vested in the Chief Justice and the other justices of the court.

[56] Section 11(2) of the *Courts of Justice Act* should be read as inclusive, not exclusive. It does not explicitly provide that the powers of the court are limited to those of the courts of common law and equity in England and Ontario. In *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, this Court held that the inherent jurisdiction of superior courts can only be removed by "clear and precise statutory language": para. 133. The language of s. 11(2) does not meet this threshold and, I would add, does not take away from the breadth of the language in s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992*. Further, the broader language of s. 3(1) of the *Supreme Court Act* clearly provides that the powers of the superior court judges in British Columbia are not limited to those that existed in 1870.

b) *Obstacles découlant de la loi*

[53] Dans les circonstances de la présente espèce, il n'y a par ailleurs aucun obstacle législatif à l'interprétation large des art. 12 des Lois qui est proposée dans les présents motifs.

[54] Le paragraphe 11(2) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. C.43, dispose :

(2) La Cour supérieure de justice a la compétence et les pouvoirs traditionnellement exercés par les tribunaux de common law et d'equity en Angleterre et en Ontario.

[55] Le paragraphe 3(1) de la *Supreme Court Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 443, est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

3 (1) Le juge en chef, le juge en chef adjoint et les juges de la Cour jouissent de tous les pouvoirs, droits, attributs, privilèges et immunités des juges des cours supérieures d'archives, et de tous les pouvoirs, droits, attributs, privilèges et immunités dont, le 29 mars 1870, étaient investis le juge en chef et tous les autres juges de la Cour.

[56] Le paragraphe 11(2) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* doit être interprété de manière inclusive plutôt qu'exclusive. Il ne prévoit pas explicitement que les pouvoirs de la cour se limitent à ceux des cours de common law et d'equity en Angleterre et en Ontario. Dans l'arrêt *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, la Cour a jugé que la compétence inhérente des cours supérieures ne pouvait être abolie que par « un texte législatif clair et précis » : par. 133. Or, le libellé du par. 11(2) ne satisfait pas à ce critère, et j'ajouterais qu'il n'enlève rien à la portée large du texte de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. En outre, la formulation plus générale du par. 3(1) de la *Supreme Court Act* prévoit clairement que les pouvoirs des juges des cours supérieures de la Colombie-Britannique ne se limitent pas à ceux qui existaient en 1870.

[57] In addition, the language of s. 15(1) of the *Courts of Justice Act* does not prevent judges in Ontario from sitting outside the province. Section 15(1) provides that the Chief Justice of the Superior Court of Justice "shall assign every judge of the Superior Court of Justice to a region and may re-assign a judge from one region to another". This provision, of course, does not confine the authority of the judge to his or her assigned region. Like s. 11(2) of the *Courts of Justice Act*, this provision is not sufficiently express to preclude judges from sitting outside the province under s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992*. As the Ontario Court of Appeal concluded, this provision "does not speak to where a superior court judge may conduct a hearing": para. 135. Furthermore, a judge sitting outside a province to hear a motion in relation to a pan-national settlement agreement would still be assigned to a specific region under s. 15(1).

[57] Le libellé du par. 15(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* n'empêche pas non plus les juges ontariens de siéger à l'extérieur de leur province. En effet, cette disposition prévoit que le juge en chef de la Cour supérieure de justice « affecte chaque juge de la Cour supérieure de justice à une région donnée et peut le réaffecter à une autre région ». Elle ne limite évidemment pas la compétence du juge à la seule région où il a été affecté. Tout comme le par. 11(2) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, cette disposition n'est pas suffisamment explicite pour empêcher les juges de siéger ailleurs qu'en Ontario en application de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a conclu, cette disposition [TRADUCTION] « est muette quant au lieu où les juges de la Cour supérieure peuvent présider une audience » : par. 135. De plus, suivant le par. 15(1), le juge qui siège à l'extérieur d'une province et qui statue sur une requête relative à une convention de règlement pancanadienne serait, même dans ce cas de figure, affecté à une région spécifique.

(5) Conclusion

[58] In pan-national class action proceedings over which the superior court has subject-matter and personal jurisdiction, a judge of that court has the discretion to hold a hearing outside his or her territory in conjunction with other judges managing related class actions. This is provided that the judge will not have to resort to the court's coercive powers in order to convene or conduct the hearing and the hearing is not contrary to the law of the place in which it will be held. This discretion must, of course, be exercised in the interests of the administration of justice. In Ontario and British Columbia, this discretion flows from s. 12 of those provinces' respective Acts in relation to motions properly falling within that section.

(5) Conclusion

[58] Dans le cadre de recours collectifs pancanadiens sur lesquels une cour supérieure a compétence *ratione materiæ* et *ratione personæ*, un juge de cette cour a le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience à l'extérieur de sa province de rattachement conjointement avec d'autres juges chargés de gérer des recours collectifs connexes, à condition de ne pas avoir à recourir aux pouvoirs de contrainte de la cour pour convoquer ou mener l'audience et à condition que cette dernière ne soit pas contraire aux lois de la province où elle se déroule. Ce pouvoir discrétionnaire doit, évidemment, être exercé dans l'intérêt de l'administration de la justice. En Ontario et en Colombie-Britannique, il découle des art. 12 des lois respectives sur les recours collectifs pour ce qui est des requêtes visées par ces dispositions.

(6) A Word About Inherent Jurisdiction

[59] Not all Canadian common law jurisdictions have provisions comparable to s. 12 of the Acts. The question of whether these hearings could be held pursuant to the superior courts' inherent jurisdiction was fully argued and I therefore think it useful to comment briefly on the question.

[60] I mentioned earlier that the superior courts' inherent jurisdiction is a residual source of power which a superior court may draw on in order to ensure due process, prevent vexation and to do justice according to law between the parties. One aspect of these inherent powers is the power to regulate the court's process and proceedings: Jacob, at pp. 25 and 32-40. As Master Jacob put it, "it is difficult to set the limits upon the powers of the court in the exercise of its inherent jurisdiction to control and regulate its process, for these limits are coincident with the needs of the court to fulfil its judicial functions in the administration of justice": p. 33. In short, inherent jurisdiction, among other things, empowers a superior court to regulate its proceedings in a way that secures convenience, expeditiousness and efficiency in the administration of justice.

[61] The breadth and generality of s. 12 of the Acts has been understood as being largely reflective of the courts' inherent powers to control its processes in the interests of justice. The Ontario Law Reform Commission in its report observed that "the general management power" provisions it recommended, similar to what is now s. 12, might be seen as "unnecessary" in light of the inherent jurisdiction of the court but that the "inclusion in the proposed *Class Actions Act* of an express general management power would encourage Ontario courts to resort to this power to ensure the proper functioning of class actions": p. 451. In a similar vein, the Alberta Law Reform Institute commented on s. 12 of the ULCC's *Uniform Class*

(6) Quelques observations à propos de la compétence inhérente

[59] On ne trouve pas de dispositions comparables aux art. 12 des Lois dans toutes les provinces et dans tous les territoires canadiens de common law. La question de savoir si les audiences en cause ici pourraient se tenir en vertu de la compétence inhérente des cours supérieures a par ailleurs été débattue à fond. J'estime par conséquent qu'il est utile de formuler quelques brèves observations à ce propos.

[60] J'ai déjà mentionné que la compétence inhérente des cours supérieures est une source résiduelle de pouvoirs à laquelle ces cours peuvent puiser pour veiller à l'application régulière de la loi, empêcher les abus et s'assurer de rendre justice aux parties. Un des aspects de ces pouvoirs inhérents est le pouvoir d'assurer le bon déroulement de l'instance et de contrôler la procédure : Jacob, p. 25 et 32-40. Comme le protonotaire Jacob l'explique, [TRADUCTION] « il est difficile de fixer des limites aux pouvoirs du tribunal en ce qui concerne l'exercice de ses pouvoirs inhérents de contrôler et de réglementer sa procédure, car les limites en question correspondent aux besoins du tribunal de remplir ses fonctions judiciaires dans le cadre de l'administration de la justice » : p. 33. Bref, la compétence inhérente habilite les cours supérieures notamment à contrôler leur procédure de manière à garantir la commodité, la célérité et l'efficacité de l'administration de la justice.

[61] On considère que la portée et la généralité des art. 12 des Lois reflètent dans une large mesure le pouvoir inhérent de ces tribunaux de contrôler leur procédure dans l'intérêt de la justice. Dans son rapport, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a noté que les dispositions relatives au [TRADUCTION] « pouvoir général de gestion » qu'elle recommandait — et qui s'apparentaient à l'art. 12 de la loi ontarienne actuelle — pourraient être jugées « inutiles » compte tenu de la compétence inhérente de la cour, mais que « l'insertion dans la *Loi sur les recours collectifs* projetée d'un pouvoir explicite de gestion générale inciterait les tribunaux ontariens à recourir à ce pouvoir pour assurer le bon

Proceedings Act, similarly worded to the provisions in issue here, noting that "[t]he court probably already enjoys the general power" described in that provision: Final Report No. 85, *Class Actions* (2000), at p. 111.

[62] Of course, these inherent powers may be limited. The exercise of inherent jurisdiction is subject to the constraints of the Constitution, as well as to any statutory provisions and common law rules that might limit the court's ability to exercise that power: see, e.g., *Criminal Lawyers' Association*, at paras. 22-24; *Caron*, at para. 32; *Halsbury's Laws of England* (5th ed. 2010), vol. 24, at pp. 328-29. But absent some clear limitation, my view is that the inherent jurisdiction of the superior courts extends to permitting the court to hold the sort of hearing in issue here. As I have explained in my analysis of s. 12 of the Acts, there is no constitutional or common law limitation and no statutory limitation in either Ontario or British Columbia. It follows that unless there is a statutory limitation in the jurisdictions which do not have provisions comparable to s. 12 (a point on which I do not comment), the superior courts there can hold hearings of this nature.

B. *Second Issue: Is a Video Link Required?*

[63] In my opinion, and with great respect to the contrary view of the appellate courts, a video link between the out-of-province courtroom where the hearing takes place and a courtroom in the judge's home province is not a condition for a judge to be able to sit outside his or her home province. Neither is it necessarily required by the open court principle.

déroulement des recours collectifs » : p. 451. Dans le même ordre d'idées, l'Alberta Law Reform Institute a formulé des observations au sujet de l'art. 12 de la *Loi uniforme sur les recours collectifs* de la CHLC — dont le libellé était semblable à celui des dispositions qui nous intéressent en l'espèce — en faisant observer que [TRADUCTION] « [l]e tribunal jouit probablement déjà du pouvoir général » prévu à cet article : Final Report No. 85, *Class Actions* (2000), p. 111.

[62] Ces pouvoirs inhérents peuvent évidemment être limités. En effet, l'exercice de la compétence inhérente est assujetti aux contraintes fixées par la Constitution, ainsi qu'à toute disposition législative ou règle de common law susceptible de restreindre la capacité du tribunal de l'exercer : voir, p. ex., *Criminal Lawyers' Association*, par. 22-24; *Caron*, par. 32; *Halsbury's Laws of England* (5e éd. 2010), vol. 24, p. 328-329. J'estime toutefois que, à défaut de restriction explicite, les cours supérieures peuvent, en vertu de leur compétence inhérente, tenir le type d'audiences qui nous intéresse en l'espèce. Comme je l'ai expliqué dans mon analyse des art. 12 des Lois, il n'existe aucune restriction à ce pouvoir dans la Constitution ou dans la common law, et on ne trouve non plus aucune limite en ce sens dans les lois de l'Ontario ou de la Colombie-Britannique. Ainsi, à moins qu'il n'existe une restriction législative dans les provinces qui n'ont pas de dispositions comparables à l'art. 12 — un aspect sur lequel je m'abstiens de formuler des observations —, les cours supérieures de ces provinces peuvent tenir ce type d'audiences.

B. *Seconde question : Est-il nécessaire d'établir un lien vidéo?*

[63] À mon avis — et en toute déférence pour l'opinion contraire des cours d'appel —, l'existence d'un lien vidéo entre la salle de cour située à l'extérieur de la province où se déroule l'audience et une salle d'audience se trouvant dans la province de rattachement du juge n'est pas requise pour qu'un juge puisse siéger à l'extérieur de cette dernière. Le principe de la publicité des débats n'exige pas non plus nécessairement que cette condition soit respectée.

[64] First, neither the Acts nor the inherent jurisdiction of the court imposes this requirement in order for judges to sit outside their home province. While a superior court judge will likely find it preferable to use a video link in most situations, the court has the jurisdiction to sit outside its province separate and apart from the technological means it decides to use.

[65] Next, it is submitted that the open court principle is violated when a superior court judge exercises his or her discretion to sit outside his or her province without a video link to the home jurisdiction. I reject this submission. If holding the hearing in the home jurisdiction without a video broadcast does not violate the open court principle, the fact that the hearing is being held in a publicly accessible location outside the province does not necessarily do so either. In other words, the fact that the hearing is being held outside the court's territory does not, on its own, give rise to a requirement that there be a video link between the territory and the hearing.

[66] The open court principle embodies "[t]he importance of ensuring that justice be done openly", which is "one of the hallmarks of a democratic society": *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 ("*C.B.C. v. New Brunswick*"), at para. 22, quoting *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), at p. 119; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 23; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 31; and *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19, at para. 1. As this Court has previously remarked, "[p]ublicity is the very soul of justice": *C.B.C. v. New Brunswick*, at para. 21, quoting *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), at p. 477; *Vancouver Sun (Re)*, at para. 24; *Named Person*, at para. 31. And, as Wilson J. summarized in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1361, the open court principle is rooted in the need

[64] D'abord, ni les Lois ni la compétence inhérente des cours supérieures n'imposent cette condition pour que les juges puissent siéger à l'extérieur de leur province de rattachement. Même si un juge d'une cour supérieure estimera probablement préférable d'établir un lien vidéo dans la plupart des cas, la cour a compétence pour siéger à l'extérieur de sa province de rattachement, peu importe les moyens technologiques qu'elle décide d'utiliser ou non.

[65] Ensuite, certains affirment que le principe de la publicité des débats n'est pas respecté lorsqu'un juge d'une cour supérieure exerce son pouvoir discrétionnaire de siéger à l'extérieur de sa province sans qu'un lien vidéo soit établi avec cette dernière. Je rejette cet argument. Si la tenue d'une audience sans diffusion vidéo dans la province de rattachement de la cour ne viole pas le principe de la publicité des débats, le fait que l'audience se tienne dans un lieu accessible au public à l'extérieur de cette province ne viole pas nécessairement non plus ce principe. Autrement dit, le fait que l'audience ait lieu à l'extérieur de la province de rattachement de la cour n'emporte pas, en soi, l'obligation d'assurer un lien vidéo entre cette province et la salle d'audience.

[66] Le principe de la publicité des débats exprime « [l]'importance de garantir que la justice soit rendue en audience publique », ce qui est « une des caractéristiques d'une société démocratique » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *S.R.C. c. N.-B.* »), par. 22, citant *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), p. 119; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 31; et *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, par. 1. Comme la Cour l'a déjà souligné, « [l]a publicité est le souffle même de la justice » : *S.R.C. c. N.-B.*, par. 21, citant *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), p. 477; *Vancouver Sun (Re)*, par. 24; *Personne désignée*, par. 31. En outre, comme la juge Wilson l'a résumé dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1361, le principe de la publicité des débats tire son origine du besoin

(1) to maintain an effective evidentiary process; (2) to ensure a judiciary and juries that behave fairly and that are sensitive to the values espoused by the society; (3) to promote a shared sense that our courts operate with integrity and dispense justice; and (4) to provide an ongoing opportunity for the community to learn how the justice system operates and how the law being applied daily in the courts affects them.

[67] There is nothing about the conduct of the proceedings or the decision by the supervisory judges to sit together outside their respective home provinces that undermines accessibility to the courtroom or impedes any of the identified purposes of the open court principle.

[68] For example, there is no issue here about the media and the general public being prevented from entering the courtroom and observing or reporting on the proceedings. Nor are these appeals concerned with balancing the open court principle against other interests such as the privacy of litigants or whether the court can conduct an *in camera* hearing. Further, these appeals do not raise broader questions of the acceptable limits on the use of electronic communication mediums in the courtroom.

[69] In short, the notion of accessibility protected by the open court principle is not typically concerned with whether a hearing is held within the boundaries of the province in which the matter originated. The location of the hearing in a publicly accessible place outside the court's territorial jurisdiction does not, on its own, create a requirement for a video link to protect the open court principle.

[70] For the reasons given by LaForme J.A. in the Ontario Court of Appeal at paras. 179-82, I do not accept that s. 135 of the *Courts of Justice Act*, which requires (subject to exceptions) that "all court hearings shall be open to the public", means that Ontario hearings held outside the province must be

(1) de conserver un processus efficace de présentation de la preuve; (2) d'avoir une magistrature et des jurys qui agissent équitablement et qui soient réceptifs aux valeurs de la société; (3) de favoriser le sentiment partagé que nos tribunaux fonctionnent avec intégrité et rendent justice; et (4) de toujours permettre à la société de comprendre le fonctionnement du système judiciaire et comment l'application quotidienne du droit par les tribunaux les touche.

[67] Il n'y a rien dans le déroulement de l'instance ou dans la décision des juges superviseurs de siéger ensemble à l'extérieur de leur province de rattachement respective qui a pour effet de nuire à l'accessibilité du public à la salle d'audience ou qui porte atteinte à l'un ou l'autre des objectifs énumérés du principe de la publicité des débats.

[68] Par exemple, il n'est pas question ici d'empêcher les médias ou le grand public d'accéder à la salle d'audience et d'observer ou de commenter les débats. Les présents pourvois ne portent pas non plus sur la mise en équilibre du principe de la publicité des débats avec d'autres intérêts, tels que le droit des plaideurs au respect de leur vie privée ou la question de savoir si la cour peut tenir une audience à huis clos. Ils ne soulèvent pas non plus de questions plus générales telles que celles sur les limites acceptables pouvant être apportées à l'utilisation des moyens de communication électronique dans les salles d'audience.

[69] En résumé, la notion d'accessibilité qui est protégée par le principe de la publicité des débats ne porte pas habituellement sur la question de savoir si l'audience a lieu à l'intérieur des frontières de la province d'où émane l'affaire. Le fait que l'audience se déroule dans un lieu accessible au public à l'extérieur de la province de rattachement de la cour n'entraîne pas, en soi, l'obligation d'assurer un lien vidéo pour protéger le principe de la publicité des débats.

[70] Pour les raisons exposées par le juge LaForme de la Cour d'appel de l'Ontario aux par. 179-182 de ses motifs, je ne crois pas que l'art. 135 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* — qui exige, sous réserve de certaines exceptions, que « les audiences des tribunaux [soient] publiques » — signifie que

conducted so that there is a video link to an open courtroom in Ontario. In my respectful view, "open to the public" does not mean "open to the public physically present in Ontario".

les audiences de tribunaux ontariens qui se tiennent à l'extérieur de la province doivent se dérouler de manière à assurer un lien vidéo avec une salle d'audience accessible au public en Ontario. À mon humble avis, pour être « publique », une audience n'a pas nécessairement à être « accessible à des membres du public physiquement présents en Ontario ».

C. *Exercising the Discretion*

[71] On the assumption that the judges had the authority to hold the proposed sitting, there was little controversy on appeal that their discretion to do so was reasonably exercised in the circumstances. However, a few comments may be helpful for future cases.

C. *Exercice du pouvoir discrétionnaire*

[71] En appel, partant du principe que les juges avaient le pouvoir de tenir l'audience proposée, il y a eu peu de controverse sur le fait qu'ils avaient exercé leur pouvoir discrétionnaire en ce sens de façon raisonnable dans les circonstances. Il est toutefois utile de formuler quelques commentaires en prévision de causes futures.

[72] The British Columbia appellant proposes a framework to guide the exercise of the discretion to convene a hearing outside the court's home jurisdiction. Several parties agree that this framework is helpful. With some modifications, so do I. When faced with the issue of whether to decide to sit outside his or her home province, a superior court judge should keep in mind the broad considerations set out below. The underlying assumption is that the judge would have subject-matter and personal jurisdiction over the matter if the hearing were held within his or her home jurisdiction.

[72] L'appelante de la Colombie-Britannique propose certaines balises pour encadrer l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de convoquer une audience à l'extérieur de la province de rattachement de la cour. Plusieurs des parties s'entendent sur l'utilité de ces balises. Sous réserve de quelques modifications, je suis du même avis. Appelé à se prononcer sur l'opportunité de siéger à l'extérieur de sa province de rattachement, un juge d'une cour supérieure devra garder à l'esprit les facteurs généraux énumérés ci-après. Ces propos tiennent pour hypothèse de base que le juge aurait la compétence *ratione materiæ* et *ratione personæ* sur la question si l'audience avait lieu dans sa province de rattachement.

[73] First, the judge should consider whether sitting in a province other than his or her own will impinge or could be seen as impinging on the sovereignty of that province, creating impermissible extraterritorial effects in that province or preventing the court from competently presiding over the hearing.

[73] Premièrement, le juge devra se demander si le fait de siéger dans une province autre que la sienne portera atteinte ou pourrait être considéré comme portant atteinte à la souveraineté de cette province et si cette mesure aurait des effets extraterritoriaux inacceptables dans cette province ou si elle empêcherait la cour de mener l'audience en toute compétence.

[74] Second, the judge should weigh the benefits and costs of the proposed out-of-province proceeding. This could include consideration of the nature of the proceeding, issues of fairness to the parties, the ability and willingness of the home province media to fulfil their role of surrogate for the public

[74] Deuxièmement, le juge devra soupeser les avantages et les coûts de la tenue de l'audience projetée à l'extérieur de la province. Ainsi, il pourrait notamment tenir compte de la nature de l'instance, de la question de l'équité envers les parties, de la capacité et de la volonté des médias de la province

in that province, and the broader interests of the administration of justice. Thus, factors to weigh could include: the length and cost of the out-of-province hearing compared to a hearing in the home province; whether the parties have agreed to travel out of the latter and whether the proposed location imposes undue burdens on the parties or the court; and whether there is a public interest in the hearing taking place in the home province or whether access to justice favours an out-of-province hearing, among others.

de rattachement d'assumer le rôle de représentants du public de cette province, ainsi que des intérêts généraux de l'administration de la justice. Ainsi, parmi les facteurs dont il pourrait tenir compte, mentionnons les suivants : la durée et les coûts de la tenue d'une audience hors province par rapport à ceux de la tenue d'une audience dans sa province de rattachement; la question de savoir si les parties ont accepté de se déplacer à l'extérieur de cette dernière et celle de savoir si le lieu proposé impose des fardeaux excessifs aux parties ou à la cour; l'existence ou non d'un intérêt du public pour que l'audience ait lieu dans la province de rattachement de la cour ou si le principe de l'accès à la justice milite en faveur de la tenue d'une audience à l'extérieur de cette province.

[75] Third, the judge should consider what terms, if any, should be imposed. Only by way of example, this may include considering conditions as to the payment of extraordinary costs occasioned by having the hearing in the proposed location and whether the interests of justice would be best served by requiring a video link back to the judge's home jurisdiction. While such a link is not required, a judge should take into account the effect that the presence or absence of such a link has on open justice and may order a link where appropriate. The judge should have good reason to refuse to order a link when requested.

[75] Troisièmement, le juge devra se demander quelles conditions imposer, le cas échéant. À titre d'exemple uniquement, mentionnons d'éventuelles conditions concernant le remboursement des frais extraordinaires entraînés par la tenue de l'audience au lieu proposé et celles se rapportant à la question de savoir si les intérêts de la justice seraient mieux servis en exigeant un lien vidéo avec la province de rattachement du juge. Bien que ce lien ne soit pas nécessaire, le juge devra tenir compte de l'effet de la présence ou de l'absence d'un tel lien sur l'accès à la justice et en ordonner la mise en place lorsqu'il sera approprié de le faire. D'ailleurs, un juge ne devra refuser d'ordonner la mise en place d'un tel lien lorsqu'elle est demandée que s'il a une bonne raison pour le faire.

[76] Other factors and concerns may arise in the exercise of this discretion in the circumstances of another case; however, this framework should provide superior court judges with some general guidance as to how to proceed.

[76] Selon les circonstances des affaires en cause, d'autres facteurs et d'autres questions pourront entrer en jeu lors de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire; j'estime toutefois que le cadre d'analyse décrit précédemment devrait offrir aux juges des cours supérieures certaines balises quant à la façon de procéder.

D. *Other Issues*

D. *Autres questions*

[77] The Attorney General of Ontario raises two additional points by way of cross-appeal that I address very briefly.

[77] Dans le cadre du pourvoi incident, le procureur général de l'Ontario a soulevé deux questions complémentaires que je vais aborder très brièvement.

[78] The first is whether the authority of an Ontario superior court judge to sit outside Ontario is limited to cases in which the judge will not exercise any of the court's "coercive" powers. Those powers include the power to direct a witness to appear, to answer questions and to make orders controlling behaviour during a court hearing. The appeals before the Court relate to cases in which no such coercive powers will be exercised and so I prefer to confine my analysis to the type of situation that we have before us.

[79] The second point is that Ontario superior court judges sitting outside Ontario must comply with legislation imposing limits on their ability to participate in the hearing from a location outside Ontario. It is of course a given that all judges must comply with validly enacted and constitutional laws. Nothing more need be said about this second point, in my view.

[80] I would dismiss the cross-appeal by the Attorney General of Ontario because it is not necessary to address either of the points raised.

V. Conclusion

[81] In the Endean appeal, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of Bauman C.J.S.C., dated June 19, 2013. In the Parsons appeal, I would allow the appeal, set aside para. 1 of the order of the Court of Appeal and restore para. 1 of the order of Winkler C.J.O., dated June 28, 2013. The appellants in both appeals and in the cross-appeal requested that no costs be awarded and I would award none.

[78] La première est celle de savoir si le pouvoir d'un juge d'une cour supérieure de l'Ontario de siéger à l'extérieur de cette province se limite aux affaires dans lesquelles il n'exercerait aucun des pouvoirs « de contrainte » de la cour. Par pouvoirs de contrainte, il faut entendre notamment le pouvoir de sommer un témoin de comparaître et de répondre à des questions et celui de rendre des ordonnances pour contrôler la conduite des parties en cours d'instance. Les pourvois dont la Cour est saisie concernent des affaires dans lesquelles aucun de ces pouvoirs de contrainte ne sera exercé; je préfère donc restreindre mon analyse au type de situation qui nous est soumis.

[79] La seconde question est celle de savoir si un juge d'une cour supérieure de l'Ontario qui siège à l'extérieur de l'Ontario doit se conformer aux lois imposant des limites à sa capacité de participer aux audiences lorsqu'il se trouve à l'extérieur de l'Ontario. Il est évidemment acquis aux débats que tous les juges doivent se conformer aux lois valablement édictées et constitutionnelles. J'estime qu'il n'y a rien de plus à ajouter à ce sujet.

[80] Je rejetterais l'appel incident formé par le procureur général de l'Ontario parce qu'il n'est nécessaire d'aborder aucune des questions soulevées.

V. Dispositif

[81] Pour ce qui est du pourvoi formé par M^me^ Endean, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'ordonnance de la Cour d'appel et je rétablirais l'ordonnance du juge en chef Bauman du 19 juin 2013. En ce qui concerne le pourvoi formé par M^me^ Parsons, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais le par. 1 de l'ordonnance de la Cour d'appel et je rétablirais le par. 1 de l'ordonnance du juge en chef Winkler du 28 juin 2013. Les appelants, tant dans les deux pourvois que dans le pourvoi incident, ont demandé qu'aucuns dépens ne soient adjugés et je n'en adjugerais aucun.

The reasons of Karakatsanis and Wagner JJ. were delivered by

[82] WAGNER J. — I have read the reasons of my colleague Justice Cromwell, and I agree that the superior court judges in these cases have discretionary statutory authority under s. 12 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, in Ontario, and s. 12 of the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, in British Columbia, to sit outside of their home provinces. I also agree that a video link is not mandatory in an extraprovincial hearing. However, I would like to add the following observations about the open court principle and how it is affected when a court exercises discretion to sit extraprovincially.

I. The Open Court Principle

[83] The open court principle encompasses more than a singular requirement that justice not be carried out in secrecy. The open court principle is multifaceted: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19 ("*C.B.C. v. Canada*"), at para. 30. It must be understood as an "ensemble of practices" and principles that are called upon in various contexts to serve our society's democratic ideals, one of which being the public's "right to know the law and to understand its application": E. Cunliffe, "Open Justice: Concepts and Judicial Approaches" (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 385, at pp. 388-89.

[84] The open court principle fosters public confidence in the court system and furthers public understanding of the administration of justice: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 ("*C.B.C. v. New Brunswick*"), at para. 22; *C.B.C. v. Canada*, at

Version française des motifs des juges Karakatsanis et Wagner rendus par

[82] LE JUGE WAGNER — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cromwell et je souscris à son opinion selon laquelle les juges des cours supérieures dans les présents dossiers ont le pouvoir légal discrétionnaire — en vertu de l'art. 12 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, en Ontario et de l'art. 12 de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, en Colombie-Britannique — de siéger en dehors de leur province de rattachement. Je suis également d'accord avec mon collègue pour dire qu'il n'est pas obligatoire d'établir un lien vidéo dans le contexte d'une audience tenue hors province. J'aimerais toutefois ajouter les commentaires qui suivent quant au principe de la publicité des débats et quant à l'incidence sur elle lorsqu'une cour exerce son pouvoir discrétionnaire de siéger hors province.

I. Le principe de la publicité des débats judiciaires

[83] Le principe de la publicité des débats judiciaires englobe davantage que la seule exigence selon laquelle la justice ne doit pas être rendue secrètement. En effet, il s'agit d'un principe à multiples facettes : *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19 (« *S.R.C. c. Canada* »), par. 30. Il doit être interprété comme un [TRADUCTION] « ensemble de pratiques » et de principes auxquels il faut se plier dans divers contextes pour servir les idéaux démocratiques de notre société. Au nombre de ces idéaux, il y a celui selon lequel le public « a le droit de connaître le droit et de comprendre comment il est appliqué » : E. Cunliffe, « Open Justice : Concepts and Judicial Approaches » (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 385, p. 388-389.

[84] Le principe de la publicité des débats favorise la confiance du public à l'égard du système judiciaire et accroît sa compréhension de l'administration de la justice : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *S.R.C. c. N.-B.* »), par. 22; *S.R.C. c.*

para. 28. That is why in "any truly democratic society, the courts are expected to be open, and information is expected to be available to the public": *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 1. It is only through openness that the public can learn about court processes and be "convinced of the probity of the actions of judges": Hon. M. Warren, "Open Justice in the Technological Age" (2014), 40 *Monash U.L. Rev.* 45, at p. 47.

[85] Thus, the open court principle not only prevents unnecessary secrecy; it includes an educational aspect and emboldens public confidence in the integrity of court processes: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1360-61. While historically, the open court principle has often been met by the ability of members of the public to enter the hearing room, as Justice LaForme noted, sometimes litigants or the public may "have to travel considerable distances to attend a court hearing" even within their home province: 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, at para. 179.

[86] I agree with Justice Cromwell that these appeals do not raise broader questions about the use of electronic communication mediums in the courtroom. I note, however, that modern realities of communication and information dissemination may permit a more flexible understanding of what is required to ensure courtrooms are adequately accessible to the public. Information about what happens inside a courtroom may sometimes be shared through a variety of platforms.

[87] Thus, where a court is sitting outside its home province, the open court principle does not always mandate a video link to that province. It may be, however, that a video link will be an effective means to provide the public of that province an opportunity

Canada, par. 28. C'est pourquoi « dans toute société véritablement démocratique, on s'attend à ce que les débats judiciaires soient publics et à ce que le public ait accès à l'information » : *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 1. C'est grâce uniquement à l'accès qu'il a aux débats judiciaires que le public peut en apprendre sur le fonctionnement des tribunaux et être [TRADUCTION] « convaincu de la probité des actions des juges » : l'hon. M. Warren, « Open Justice in the Technological Age » (2014), 40 *Monash U.L. Rev.* 45, p. 47.

[85] En conséquence, le principe de la publicité des débats ne se limite pas à empêcher que les dossiers judiciaires soient inutilement tenus secrets; il comprend aussi un volet éducatif et renforce la confiance du public envers la probité du processus judiciaire : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1360-1361. Si, historiquement, la possibilité pour le public d'entrer dans les salles d'audience a souvent permis de satisfaire au principe de la publicité des débats, comme le juge LaForme l'a souligné, les parties ou les membres du public ont parfois [TRADUCTION] « à franchir une distance considérable pour assister à une audience devant la cour », et ce, même à l'intérieur de leur propre province : 2015 ONCA 158, 125 O.R. (3d) 168, par. 179.

[86] À l'instar du juge Cromwell, j'estime que les appels dont nous sommes saisis ne soulèvent pas de questions plus larges quant à l'utilisation des moyens de communication électroniques dans les salles d'audience. Je note toutefois que les réalités modernes sur les plans de la communication et de la diffusion de l'information autorisent à faire preuve de plus de souplesse quant à ce qui est requis pour garantir que le public a l'accès voulu aux salles de cour. En effet, l'information quant au déroulement d'une audience peut parfois être transmise par toute une panoplie de modes de communication.

[87] En conséquence, dans le contexte où une cour siège à l'extérieur de sa province de rattachement, le principe de la publicité des débats judiciaires n'exige pas systématiquement la présence d'un lien vidéo avec cette province. Cela dit, un

to access the proceedings. Whether one is required will depend on the circumstances at hand.

[88] It cannot be ignored that Canadian communities are organized provincially through our constitutional structure. The geographical reality is that Canadian provinces are vast in territory and therefore, that hearings held inside a province may not be geographically accessible to all of the province's residents. However, the fact that such a situation does not violate the open court principle does not permit my colleague's conclusion that extraprovincial hearings do not limit the openness of a court proceeding. To accept this conclusion would ignore a central tenet of Canada's constitutional framework, namely, that justice is administered provincially (*Constitution Act, 1867*, s. 92(14)). The division of powers reinforces the relationship between local communities and their access to court proceedings through the provincial superior courts that serve them.

[89] Several provincial legislatures have codified their desire to protect public access to court proceedings within their own province. In Ontario, s. 135(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, provides that "all court hearings shall be open to the public".[6] I agree with Justice Juriansz that the term "public" refers to the Ontario public and provides a *prima facie* right to Ontarians to attend all hearings of Ontario courts: Ontario Court of Appeal, at para. 215.

[6] See also *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 22-1(5) ("[e]xcept in cases of urgency, a chambers proceeding must be heard in a place open to the public"); New Brunswick *Rules of Court*, N.B. Reg. 82-73, rr. 37.08 and 38.08 (motions and applications "shall be open to the public"); *Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. 20, s. 61 ("all court hearings shall be open to the public"); *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 29 (hearings "shall be open and accessible to the public"); *The Court of Queen's Bench Act*, C.C.S.M., c. C280, s. 76(1) ("a hearing held by the court or a judge is open to the public").

tel lien peut être un moyen efficace d'offrir au public de cette province la chance d'avoir accès aux procédures. Ce seront les circonstances propres à chaque affaire qui dicteront s'il est nécessaire d'en établir un.

[88] Par ailleurs, nous ne pouvons faire fi du fait que, suivant notre Constitution, les communautés canadiennes sont regroupées par province. En outre, compte tenu de la réalité géographique, les provinces canadiennes sont de vastes territoires et ce ne sont donc pas tous les résidents d'une province qui peuvent assister aux audiences qui y sont tenues. Toutefois, le fait que cette réalité ne constitue pas une violation du principe de la publicité des débats ne suffit pas pour conclure, comme le fait mon collègue, que la tenue d'audiences hors province ne limite pas l'accès aux audiences judiciaires. Cela reviendrait à ne pas tenir compte d'un élément central de la structure constitutionnelle du Canada, soit que la justice y est administrée suivant les limites territoriales des provinces (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(14)). Or, c'est en raison de l'exercice de ce pouvoir par les provinces que l'accès aux audiences judiciaires a permis que des liens se tissent entre les communautés locales et les cours supérieures qui œuvrent pour elles.

[89] Plusieurs provinces ont codifié leur volonté de protéger l'accès du public aux procédures judiciaires sur leur territoire. En Ontario, le par. 135(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, prévoit que « les audiences des tribunaux sont publiques »[6]. Je suis d'accord avec le juge Juriansz pour dire que le terme « publiques » renvoie au public de l'Ontario et qu'il confère un droit *prima facie* aux Ontariens d'assister à chacune des audiences tenues par les tribunaux de la province : Cour d'appel de l'Ontario, par. 215.

[6] Voir aussi les *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 22-1(5) ([TRADUCTION] « [s]auf en cas d'urgence, une procédure en cabinet doit être entendue dans un lieu auquel le public a accès »); *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick, Règl. du N.-B. 82-73, r. 37.08 et 38.08 (l'audition des motions et des requêtes « doit être publique »); *Judicature Act*, S.P.E.I. 2008, c. 20, art. 61 ([TRADUCTION] « toutes les audiences doivent être publiques »); *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, r. 29 (les audiences « sont publiques et les lieux où elles sont tenues sont accessibles à tous »); *Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, C.P.L.M., c. C280, par. 76(1) (« une audience que tient le tribunal ou un juge est publique »).

[90] Similarly, in Quebec, art. 11 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, requires that "[a]nyone may attend court hearings wherever they are held". This guarantee is hollow if a Quebec citizen must travel across provincial borders to exercise this right. Nova Scotia's rules expressly provide that extraprovincial hearings conducted with a judge of the Supreme Court of Nova Scotia must be "transmitted to a courtroom in Nova Scotia" to ensure that the hearing is "accessible by the public in Nova Scotia": *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, r. 86.05(4).

[91] The open court principle has always been tied to local communities and the provincial courts that serve them. As Justice Wilson explained, the educational aspect of the open court process provides "an ongoing opportunity for the community to learn how the justice system operates and how the law being applied daily in the courts affects them": *Edmonton Journal*, at p. 1361 (emphasis added); *Vancouver Sun*, at paras. 86-87. In fact, through courts and discussions about their processes, "private persons come together to form a public": J. Resnik, "The Democracy in Courts: Jeremy Bentham, 'Publicity', and the Privatization of Process in the Twenty-First Century" (2013), 10 *NoFo* 77, at p. 101.

[92] My concerns about a potential lack of openness are heightened in the realm of class actions. Access to justice includes procedural access to justice, which is primarily concerned with ensuring that claimants have recourse to a fair process for the resolution of their claims: *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, at paras. 24 and 55. While the fairness of the process is not at issue in these cases, procedural access to justice must also include careful attention to every decision-making step in the process of resolving a claim: R. A. Macdonald, "Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions", in J. Bass, W. A. Bogart and F. H. Zemans, eds., *Access to Justice for a New Century — The Way Forward*

[90] De même, au Québec, l'art. 11 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, prévoit que « [t]ous peuvent assister aux audiences des tribunaux où qu'elles se tiennent ». Cette garantie perd toutefois tout son sens si un citoyen du Québec doit se déplacer au-delà des frontières de la province pour exercer ce droit. En Nouvelle-Écosse, les règles prévoient expressément qu'une audience tenue hors province et présidée par un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse doit [TRADUCTION] « [être] transmise à une salle d'audience en Nouvelle-Écosse » pour garantir qu'elle est « accessible au public en Nouvelle-Écosse » : *Nova Scotia Civil Procedure Rules*, par. 86.05(4).

[91] Le principe de la publicité des débats a toujours été lié aux communautés locales et aux cours provinciales qui les desservent. Comme la juge Wilson l'a expliqué, le volet éducatif du processus, assuré par la tenue de procès publics, donne l'occasion de « toujours permettre à la société de comprendre le fonctionnement du système judiciaire et comment l'application quotidienne du droit par les tribunaux les touche » : *Edmonton Journal*, p. 1361 (je souligne); *Vancouver Sun*, par. 86-87. En fait, grâce aux tribunaux et aux discussions quant aux procédures qui s'y déroulent, [TRADUCTION] « les individus se regroupent et finissent par former un public » : J. Resnik, « The Democracy in Courts : Jeremy Bentham, "Publicity", and the Privatization of Process in the Twenty-First Century » (2013), 10 *NoFo* 77, p. 101.

[92] Mes préoccupations quant aux possibles lacunes en matière de publicité des débats sont amplifiées dans le contexte des recours collectifs. L'accès à la justice comprend l'accès à la justice sur le plan procédural, qui concerne avant tout la nécessité de garantir que les demandeurs disposent d'un processus équitable de règlement de leurs réclamations : *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, par. 24 et 55. Bien que l'équité du processus ne soit pas en cause dans les présents dossiers, l'accès à la justice sur le plan procédural doit également comprendre la possibilité d'observer attentivement toutes les étapes du processus décisionnel menant à la résolution d'une réclamation : R. A. Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui au

(2005), 19, at p. 105. A process that is efficient and expeditious, but is "a mystery to those who participate in it . . . is not a process that enhances access to justice": *ibid.*

[93] Courts should strive to make class actions procedure visible and understandable to class members and the community where the proceedings were initiated.

II. The Role of the Media

[94] As "surrogates for the public", the media play a central role in ensuring that the public can access information about the courts: *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), at p. 573; *Edmonton Journal*, at p. 1360. Open access to information about our courts is the public's right, but "[p]ractically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media": *Edmonton Journal*, at p. 1340. While the decision to sit outside of the judges' home provinces does not *preclude* the media from attending and reporting on these cases, this does not mean that the decision does not *affect* the media's ability to report on these cases.

[95] The open court principle protects not only the media's right to access courts, but the circumstances necessary for the media to fulfil their role as surrogates for the public. Where a hearing is held extraprovincially, it is more difficult for the media to relay information about the hearing back to the communities they serve. If journalists must travel outside of their province at their own expense to report on matters relevant to their local community, the means by which the media can act on their "right to gather this information" are more limited: *C.B.C. v. New Brunswick*, at para. 24.

Canada — étendue, envergure et ambitions », dans J. Bass, W. A. Bogart et F. H. Zemans, dir., *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès* (2005), 23, p. 129-130. Un processus qui est efficace et expéditif, mais qui reste « un mystère pour ceux qui y participent [. . .] n'est pas un processus qui améliore l'accès à la justice » : *ibid.*

[93] Les tribunaux doivent aspirer à rendre les recours collectifs visibles et compréhensibles pour les membres des groupes visés par de tels recours ainsi que pour la communauté où ces derniers ont été intentés.

II. Le rôle des médias

[94] En tant que [TRADUCTION] « suppléants du public », les médias jouent un rôle central pour assurer que celui-ci puisse avoir accès à l'information relative aux tribunaux : *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), p. 573; *Edmonton Journal*, p. 1360. Certes, le droit à un tel accès appartient au public, mais « [e]n termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias » : *Edmonton Journal*, p. 1340. Même si la décision prise par des juges de siéger dans une province autre que leur province de rattachement n'*empêche* pas les médias d'être présents lors des audiences et de rapporter l'information relative aux affaires en cause, cela ne signifie pas pour autant que cette décision n'a pas d'*incidence* sur leur capacité de rendre compte de ces causes.

[95] Le principe de la publicité des débats protège non seulement le droit des médias d'avoir accès aux salles d'audience, mais également les circonstances nécessaires pour qu'ils puissent jouer leur rôle de suppléants du public. Or, lorsqu'une audience est tenue hors province, il est plus difficile pour eux de relayer l'information qui s'y rapporte aux communautés qu'ils desservent. En effet, si les journalistes doivent se déplacer hors de leur province à leur frais pour rendre compte de questions pertinentes pour leur communauté locale, les moyens à la disposition des médias pour satisfaire leur « droit de recueillir ces informations » sont plus limités : *S.R.C. c. N.-B.*, par. 24.

[96] Our Court has recognized that "the presence of journalists in courthouses is essential" to ensure that the public's right to information about court proceedings is not illusory: *C.B.C. v. Canada*, at para. 45. Yet, as the British Columbia Court of Appeal noted, the ease and ability of the local media to monitor such proceedings could be affected if judges are allowed to conduct hearings outside their home province without a video link to a courtroom in that province: 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113, at para. 69.

[97] The Ontario appellants argue that "'out of province' does not equal *in camera*". This is not disputed. But the decision to sit out of province may be equivalent to an *in camera* hearing if there is no one from the province to report on the hearing and no reasonable way for residents of the province to observe the hearing without substantial cost.

III. Application

[98] A video link was not necessary in the particular circumstances of these cases. One was not requested by class counsel, the public, or the media.

[99] While a video link is not mandatory in an extraprovincial hearing, a judge sitting extraprovincially should be prepared to consider how to give effect to the educational and community-centric aspects of the open court principle. The absence of a request for a video link does not mean that one should not be provided where the judge considers it appropriate. The open court principle operates to protect the public's interest in knowing what transpires in the courtroom.

[96] La Cour a reconnu que la « présence [des médias] dans les palais de justice est essentielle » pour garantir que le droit du public à l'information quant aux procédures judiciaires ne soit pas illusoire : *S.R.C. c. Canada*, par. 45. Or, comme l'a souligné la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la facilité avec laquelle les médias locaux peuvent suivre de telles procédures et leur capacité de le faire pourraient être réduites si les juges sont autorisés à tenir des audiences en dehors de leur province de rattachement sans lien vidéo avec une salle d'audience située dans cette province : 2014 BCCA 61, 59 B.C.L.R. (5th) 113, par. 69.

[97] Les appelants de l'Ontario soutiennent cependant qu'une audience tenue [TRADUCTION] « "hors province" n'équivaut pas à une audience tenue à huis clos ». Tous en conviennent. Il n'en demeure pas moins que le fait de siéger hors province peut équivaloir à siéger à huis clos si personne de la province n'est présent pour rendre compte de l'audience et s'il n'existe aucun moyen raisonnable pour les résidents de cette province d'y assister sans avoir à débourser une somme substantielle.

III. Application

[98] Dans les circonstances particulières des causes dont nous sommes saisis, il n'était pas nécessaire d'établir un lien vidéo. D'ailleurs, ni les avocats, ni le public, ni les médias n'ont réclamé qu'un tel lien soit mis en place.

[99] Bien qu'il ne soit pas obligatoire d'établir un lien vidéo dans le contexte d'une audience tenue hors province, un juge qui préside une telle audience doit être prêt à examiner comment donner effet au volet éducatif du principe de la publicité des débats judiciaires ainsi qu'à celui qui veut que la communauté soit au cœur de cet enjeu. Le fait que personne ne demande la mise en place d'un lien vidéo ne signifie pas qu'un tel lien ne devrait être pas établi dans les cas où le juge estime qu'il est de mise d'en établir un. Le principe de la publicité des débats sert à protéger l'intérêt qu'a le public de connaître ce qui ressort des débats judiciaires.

[100] I readily acknowledge that the open court principle is not unassailable. The open court principle may be limited where countervailing values are engaged: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442. For example, the open court principle "must yield to circumstances that would render the proper administration of justice unworkable": *C.B.C. v. New Brunswick*, at para. 29.

[101] While the court should not presumptively order that a video link back to the home province be set up where the court sits extraprovincially, members of the public, the media, or counsel can request that a video link or other means be used to enhance the accessibility of the hearing. If such a request is made and subject to any countervailing considerations, such a request should generally be granted.

Appeals allowed and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant Anita Endean, as representative plaintiff: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the respondent/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal Dianna Louise Parsons et al.: Pape Barristers, Toronto.

Solicitors for the appellant the Fund Counsel for Ontario: Gowling WLG (Canada) Inc., Toronto.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

[100] Je reconnais d'emblée que le principe de la publicité des débats n'est pas absolu. Il peut être limité lorsque des principes opposés sont en jeu : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Par exemple, ce principe « doit céder le pas devant des circonstances qui rendraient impossible la bonne administration de la justice » : *S.R.C. c. N.-B.*, par. 29.

[101] Même si les tribunaux ne devraient pas présumer devoir ordonner la mise en place d'un lien vidéo avec les provinces de rattachement lorsque les juges siègent hors province, les membres du public, les médias ou les avocats peuvent demander qu'un tel lien ou qu'un autre moyen de communication soit utilisé pour accroître l'accessibilité à l'audience. Si une telle demande est présentée, sous réserve de considérations qui feraient contrepoids, elle devrait généralement être accueillie.

Pourvois accueillis et pourvoi incident rejeté.

Procureurs de l'appelante Anita Endean, en sa qualité de représentante des demandeurs : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intimé/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident Dianna Louise Parsons et autres : Pape Barristers, Toronto.

Procureurs de l'appelant le Conseiller juridique du Fonds pour l'Ontario : Gowling WLG (Canada) Inc., Toronto.

Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents Her Majesty The Queen in Right of Alberta et al.: McCarthy Tétrault, Toronto.

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

Procureurs des intimés Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et autres : McCarthy Tétrault, Toronto.

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

Matthew John Anthony-Cook *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of Ontario, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association des avocats de la défense de Montréal and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Anthony-Cook

2016 SCC 43

File No.: 36410.

2016: March 31; 2016: October 21.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Sentencing procedure — Guilty plea — Joint submission on sentence from Crown and defence counsel — Whether trial judge erred in departing from joint submission — Proper legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from joint submission.

A-C attended a drop-in centre which provided assistance to people suffering from mental health and addiction problems. He had a long-standing mental health disorder and substance abuse issues. On February 9, 2013, A-C punched a regular volunteer at the drop-in centre, G, who fell, hit his head on the pavement, and died. A-C was 28 years old and had a prior criminal record. After his arrest, he was taken to a mental health facility. Following his discharge, A-C breached his bail conditions and was held in custody thereafter until his sentencing hearing, a period of approximately

Matthew John Anthony-Cook *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de l'Ontario, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association des avocats de la défense de Montréal et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Anthony-Cook

2016 CSC 43

N° du greffe : 36410.

2016 : 31 mars; 2016 : 21 octobre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Procédure de détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité — Recommandation conjointe relative à la peine présentée par les avocats du ministère public et de la défense — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant la recommandation conjointe? — Critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s'il est approprié, dans une affaire donnée, d'écarter une recommandation conjointe.

A-C fréquentait une halte-accueil offrant de l'aide aux personnes qui ont des problèmes de santé mentale et de dépendance. Il présentait depuis longtemps des troubles mentaux et des problèmes d'alcoolisme et de toxicomanie. Le 9 février 2013, A-C a frappé un bénévole de la halte-accueil, G, qui a fait une chute et est mort lorsque sa tête a heurté la chaussée. A-C était âgé de 28 ans et avait un casier judiciaire. À la suite de son arrestation, on l'a amené dans un établissement psychiatrique. Après sa libération, A-C a enfreint les conditions de sa libération sous caution et il a par la suite été détenu sur une période

11 months. After several days of trial, A-C pleaded guilty to manslaughter for his role in the death of G. The Crown and the defence made a joint submission on sentence, proposing a further 18 months in custody with no period of probation to follow. The trial judge applied a "fitness test" to the joint submission and rejected it. He concluded that an appropriate sentence was two years less a day, factoring in deductions for pre-sentence custody, and added a three year probation order. The Court of Appeal unanimously dismissed A-C's sentence appeal on the basis that the sentence imposed was fit in the circumstances.

Held: The appeal should be allowed and the sentence varied to bring it into conformity with the joint submission.

Joint submissions on sentence — that is, when Crown and defence counsel agree to recommend a particular sentence to the trial judge, in exchange for the accused entering a plea of guilty — are vitally important to the well-being of the criminal justice system, as well as the justice system at large. Generally, such agreements are unexceptional and they are readily approved by trial judges without any difficulty. Occasionally, however, a joint submission may appear to be unduly lenient, or perhaps unduly harsh, and trial judges are not obliged to go along with them (*Criminal Code*, s. 606(1.1)(b)(iii)).

There is a lack of consensus regarding the legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from a joint submission. There are four possible approaches: the fitness test; the demonstrably unfit test; the public interest test; and, the approach that treats the fitness and public interest tests as essentially the same. The public interest test is the proper legal test that trial judges should apply. Under the public interest test, a trial judge should not depart from a joint submission on sentence unless the proposed sentence would bring the administration of justice into disrepute or would otherwise be contrary to the public interest. For joint submissions to be possible, the parties must have a high degree of confidence that they will be accepted. The public interest test, by being more stringent than the other tests proposed, best reflects the many benefits that joint submissions bring to the criminal

d'environ 11 mois, jusqu'à son audience de détermination de la peine. Après plusieurs jours de procès, il s'est reconnu coupable d'homicide involontaire coupable pour sa participation au décès de G. Le ministère public et la défense ont présenté une recommandation conjointe relative à la peine prévoyant une période de 18 mois de détention additionnels sans période de probation par la suite. Le juge du procès a appliqué un « critère de la justesse » pour rejeter la recommandation conjointe. Il a conclu qu'une peine de détention de deux ans moins un jour était appropriée, déduction faite de la période de détention présentencielle, et il a ajouté une ordonnance de probation pour une période de trois ans. La Cour d'appel a unanimement rejeté l'appel de A-C à l'encontre de la peine imposée puisque celle-ci était juste dans les circonstances.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la peine est modifiée pour qu'elle soit conforme à la recommandation conjointe.

Les recommandations conjointes relatives à la peine — lorsque les avocats du ministère public et de la défense recommandent au juge du procès une peine en particulier en échange d'un plaidoyer de culpabilité de la part de l'accusé — sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice pénale et du système de justice en général. Habituellement, de telles ententes n'ont rien d'exceptionnel, et les juges du procès les acceptent d'emblée. À l'occasion cependant, une recommandation conjointe peut sembler trop clémente, ou peut-être trop sévère, et le juge du procès n'est pas tenu de l'accepter (*Code criminel*, sous-al. 606(1.1)b)(iii)).

Il n'y a pas de consensus au sujet du critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s'il y a lieu d'écarter une recommandation conjointe dans un cas donné. Quatre critères peuvent être appliqués : celui de la justesse, celui de la peine manifestement non indiquée, celui de l'intérêt public, et celui pour lequel on considère que le critère de la justesse et celui de l'intérêt public sont essentiellement le même. Le critère de l'intérêt public est celui que les juges du procès devraient appliquer. Selon ce critère, un juge du procès ne devrait pas écarter une recommandation conjointe relative à la peine, à moins que la peine proposée soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou qu'elle soit par ailleurs contraire à l'intérêt public. La présentation de recommandations conjointes ne reste possible que si les parties sont très confiantes qu'elles seront acceptées. Le critère de l'intérêt public est plus rigoureux que les

justice system and the corresponding need for a high degree of certainty in them.

Crown and defence counsel are well placed to arrive at a joint submission that addresses the interests of both the public and the accused. Trial judges should not reject a joint submission lightly. They should only do so where the proposed sentence would be viewed by reasonable and informed persons as a breakdown in the proper functioning of the justice system. A lower threshold than this would cast the efficacy of resolution agreements into too great a degree of uncertainty.

Where the joint submission is contentious and raises concerns with the trial judge, the following procedures should be followed. First, the trial judge should approach the joint submission on an "as-is" basis. Second, the public interest test should be applied when a trial judge is considering going above or below the sentence proposed in the joint submission, although different considerations may inform the public interest in each context. Third, the trial judge may inquire about the circumstances leading to the joint submission — and, in particular, any benefits obtained by the Crown or concessions made by the accused. Fourth, the trial judge should notify counsel of any concerns and invite further submissions on those concerns, including the possibility of allowing the accused to withdraw his or her guilty plea. Fifth, if the trial judge's concerns are not alleviated, the judge may allow the accused to withdraw his or her guilty plea. Finally, if the trial judge remains unsatisfied by counsel's submissions, he or she should provide clear and cogent reasons for departing from the joint submission.

In the present case, the trial judge applied the fitness test, a less stringent test than he should have applied, and in doing so, he erred in principle. In view of the trial judge's error, deference is not owed. Applying the proper legal test — the public interest test — the sentence proposed by the parties did not, in the circumstances, warrant a departure from the joint submission. Indeed, it was close to the range of sentence identified by the trial judge. Moreover, A-C gave up his right to a trial and any self-defence argument he may have had. In the end, the trial judge's deviation from the recommended custodial

autres critères proposés et il reflète le mieux les nombreux avantages que les recommandations conjointes apportent au système de justice pénale ainsi que le besoin correspondant d'un degré de certitude élevé que ces recommandations seront acceptées.

Les avocats du ministère public et de la défense sont bien placés pour en arriver à une recommandation conjointe qui favorise tant les intérêts du public que ceux de l'accusé. Les juges du procès ne devraient pas rejeter trop facilement une recommandation conjointe; ils ne devraient le faire que lorsque des personnes renseignées et raisonnables estimeraient que la peine proposée fait échec au bon fonctionnement du système de justice. Un seuil moins élevé que celui-ci jetterait trop d'incertitude sur l'efficacité des ententes de règlement.

Il y a lieu d'appliquer les procédures suivantes lorsque la recommandation conjointe est controversée et soulève des préoccupations pour le juge du procès. Premièrement, les juges du procès devraient aborder la recommandation conjointe telle qu'elle leur est présentée. Deuxièmement, le juge du procès doit appliquer le critère de l'intérêt public lorsqu'il envisage d'infliger une peine plus lourde ou plus clémente que celle recommandée conjointement, bien que les considérations qui sous-tendent l'intérêt public puissent être différentes selon le contexte. Troisièmement, le juge du procès peut s'informer des circonstances à l'origine de la recommandation conjointe, en particulier tous les avantages obtenus par le ministère public ou toutes les concessions faites par l'accusé. Quatrièmement, le juge du procès devrait faire part aux avocats de ses préoccupations et les inviter à y répondre, en leur indiquant notamment la possibilité de permettre à l'accusé de retirer son plaidoyer de culpabilité. Cinquièmement, si les préoccupations du juge du procès ne sont pas atténuées, le juge peut permettre à l'accusé de retirer son plaidoyer de culpabilité. Enfin, si le juge du procès n'est pas convaincu par les observations des avocats, il devrait énoncer des motifs clairs et convaincants à l'appui de sa décision d'écarter la recommandation conjointe.

En l'espèce, le juge du procès a appliqué le critère de la justesse, un critère moins rigoureux que celui qu'il aurait dû appliquer et, ce faisant, il a commis une erreur de principe. En raison de l'erreur du juge du procès, il n'y a pas lieu de faire montre de déférence. En appliquant le critère juridique approprié — le critère de l'intérêt public, — la peine proposée par les parties ne justifiait pas, dans les circonstances, un rejet de la recommandation conjointe. En fait, elle s'approchait de la fourchette de peines indiquée par le juge du procès. De plus, A-C a renoncé à son droit à un procès et à tout argument relatif

sentence — by only six months — amounts to little more than tinkering. In addition, the probation order should not have been made. Counsel's view that the probation order was duplicative and therefore unnecessary to protect the public was reasonable in the circumstances.

Cases Cited

Not followed: *R. v. Douglas* (2002), 162 C.C.C. (3d) 37; **referred to:** *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20; *R. v. Bezdan*, 2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122; *R. v. MacIvor*, 2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342; *R. v. Druken*, 2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271; *R. v. Nome*, 2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183; *R. v. Cerasuolo* (2001), 151 C.C.C. (3d) 445; *R. v. Dion*, 2015 QCCA 1826; *R. v. Dumont*, 2013 QCCA 576; *R. v. Mailhot*, 2013 QCCA 870; *R. v. B.O.2*, 2010 NLCA 19; *R. v. Edgar*, 2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161; *R. v. DeSousa*, 2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Oxford*, 2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327; *R. v. Sinclair*, 2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569; *R. v. Tkachuk*, 2001 ABCA 243, 293 A.R. 171.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 606(1.1)(b)(iii).
Mental Health Act, R.S.B.C. 1996, c. 288.

Authors Cited

Law Society of British Columbia. *Code of Professional Conduct for British Columbia* (online: www.lawsociety.bc.ca/docs/publications/mm/BC-Code_2016-06.pdf).
Layton, David, and Michel Proulx. *Ethics and Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Neilson, Bennett and Garson JJ.A.), 2015 BCCA 22, 367 B.C.A.C. 96, 631 W.A.C. 96, [2015] B.C.J. No. 63 (QL), 2015

à la légitime défense qu'il aurait pu invoquer. En fin de compte, en dérogeant — de seulement six mois — à la peine de détention recommandée, c'est tout juste si le juge ne l'a pas simplement remaniée. En outre, l'ordonnance de probation n'aurait pas dû être prononcée. L'opinion des avocats, selon laquelle l'ordonnance de probation était redondante et n'était donc pas nécessaire pour assurer la protection du public, était raisonnable dans les circonstances.

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *R. c. Douglas* (2002), 162 C.C.C. (3d) 37; **arrêts mentionnés :** *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20; *R. c. Bezdan*, 2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122; *R. c. MacIvor*, 2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342; *R. c. Druken*, 2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271; *R. c. Nome*, 2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183; *R. c. Cerasuolo* (2001), 151 C.C.C. (3d) 445; *R. c. Dion*, 2015 QCCA 1826; *R. c. Dumont*, 2013 QCCA 576; *R. c. Mailhot*, 2013 QCCA 870; *R. c. B.O.2*, 2010 NLCA 19; *R. c. Edgar*, 2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161; *R. c. DeSousa*, 2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Oxford*, 2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327; *R. c. Sinclair*, 2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569; *R. c. Tkachuk*, 2001 ABCA 243, 293 A.R. 171.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 606(1.1)b)(iii).
Mental Health Act, R.S.B.C. 1996, c. 288.

Doctrine et autres documents cités

Law Society of British Columbia. *Code of Professional Conduct for British Columbia* (online : www.lawsociety.bc.ca/docs/publications/mm/BC-Code_2016-06.pdf).
Layton, David, and Michel Proulx. *Ethics and Criminal Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*, Toronto, The Committee, 1993.
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Garson), 2015 BCCA 22, 367 B.C.A.C. 96, 631 W.A.C. 96, [2015] B.C.J. No. 63 (QL),

CarswellBC 79 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Ehrcke J., 2014 BCSC 1503, [2014] B.C.J. No. 2055 (QL), 2014 CarswellBC 2353 (WL Can.). Appeal allowed.

Micah B. Rankin, *Michael Sobkin* and *Jeremy G. Jensen*, for the appellant.

Mary T. Ainslie, *Q.C.*, and *Megan A. Street*, for the respondent.

David W. Schermbrucker and *Monica McQueen*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Elise Nakelsky, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Joseph Di Luca and *Erin Dann*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Nicholas St-Jacques, *Lida Sara Nouraie* and *Walid Hijazi*, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Emily Lapper and *Ryan D. W. Dalziel*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] Moldaver J. — Resolution discussions between Crown and defence counsel are not only commonplace in the criminal justice system, they are essential. Properly conducted, they permit the system to function smoothly and efficiently.

[2] Joint submissions on sentence — that is, when Crown and defence counsel agree to recommend a particular sentence to the judge, in exchange for the accused entering a plea of guilty — are a subset of

2015 CarswellBC 79 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Ehrcke relative à la détermination de la peine, 2014 BCSC 1503, [2014] B.C.J. No. 2055 (QL), 2014 CarswellBC 2353 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Micah B. Rankin, *Michael Sobkin* et *Jeremy G. Jensen*, pour l'appelant.

Mary T. Ainslie, c.r., et *Megan A. Street*, pour l'intimée.

David W. Schermbrucker et *Monica McQueen*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Elise Nakelsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joseph Di Luca et *Erin Dann*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Nicholas St-Jacques, *Lida Sara Nouraie* et *Walid Hijazi*, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Emily Lapper et *Ryan D. W. Dalziel*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] Le juge Moldaver — Les discussions que tiennent les avocats du ministère public et ceux de la défense en vue d'un règlement sont non seulement courantes dans le système de justice pénale, elles sont essentielles. Menées correctement, elles permettent un fonctionnement en douceur et efficace du système.

[2] Les recommandations conjointes relatives à la peine — c'est-à-dire lorsque les avocats du ministère public et de la défense conviennent de recommander au juge une peine en particulier, en

resolution discussions.[1] They are both an accepted and acceptable means of plea resolution. They occur every day in courtrooms across this country and they are vital to the efficient operation of the criminal justice system. As this Court said in *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, not only do joint submissions "help to resolve the vast majority of criminal cases in Canada", but "in doing so, [they] contribute to a fair and efficient criminal justice system" (para. 47).

[3] But joint submissions on sentence are not sacrosanct. Trial judges may depart from them. That is what happened here. The appellant, Mr. Anthony-Cook, entered a plea of guilty to manslaughter on the basis of a joint submission as to sentence. The trial judge rejected the joint submission and imposed a longer custodial sentence than the sentence proposed by Crown and defence counsel. He also imposed a probation order for three years, even though the joint submission did not contemplate a period of probation.

[4] The narrow issue before us is whether the trial judge erred in departing from the joint submission proposed by the parties. The broader issue concerns the legal test trial judges should apply in deciding whether it is appropriate in a particular case to depart from a joint submission.

[5] For the reasons that follow, I am respectfully of the view that the trial judge in the present case applied a less stringent test than he should have in choosing to depart from the joint submission — and in doing so, he erred in principle. The test he applied was a "fitness of sentence" test. The test he should have applied is whether the proposed sentence

[1] These reasons do not address sentencing flowing from plea agreements in which the parties are not in full agreement as to the appropriate sentence.

échange d'un plaidoyer de culpabilité de la part de l'accusé — font partie des discussions en vue d'un règlement[1]. Elles constituent un moyen à la fois accepté et acceptable d'arriver à une entente sur le plaidoyer. On en voit tous les jours dans les salles d'audience partout au pays, et elles sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice pénale. Comme l'a dit notre Cour dans *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, ces recommandations conjointes contribuent non seulement à ce « que l'on règle la grande majorité des affaires pénales au Canada », mais « elles contribuent donc à rendre le système de justice pénale équitable et efficace » (par. 47).

[3] Toutefois, les recommandations conjointes relatives à la peine ne sont pas sacro-saintes. Les juges du procès peuvent les écarter. Ce fut le cas dans la présente affaire. L'appelant, M. Anthony-Cook, a enregistré un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable en se fondant sur une recommandation conjointe relative à la peine. Le juge du procès a rejeté la recommandation conjointe et a imposé une peine de détention plus longue que celle que proposaient les avocats du ministère public et de la défense. Il a aussi prononcé une ordonnance de probation de trois ans, même si la recommandation conjointe ne prévoyait pas de période de probation.

[4] La question précise dont nous sommes saisis est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en écartant la recommandation conjointe des parties. La question plus générale concerne le critère juridique que les juges du procès devraient appliquer pour décider s'il est approprié, dans une affaire donnée, d'écarter une recommandation conjointe.

[5] Pour les motifs qui suivent, et avec égards, je suis d'avis que le juge du procès en l'espèce a appliqué un critère moins rigoureux que celui qu'il aurait dû appliquer lorsqu'il a choisi d'écarter la recommandation conjointe — et, ce faisant, il a commis une erreur de principe. Il a appliqué un critère relatif à la « justesse de la peine ». Le critère qu'il

[1] Les présents motifs ne traitent pas de la peine qui découle d'une entente sur le plaidoyer où les parties ne sont pas entièrement d'accord au sujet de la peine appropriée.

would bring the administration of justice into disrepute, or would otherwise be contrary to the public interest.

[6] In view of the trial judge's error, deference is not owed and we can look at the matter afresh, using the correct test to determine whether the joint submission on sentence should have been accepted. Applying that test, I am satisfied that the sentence proposed by the parties did not, in the circumstances, warrant a departure from the joint submission. Accordingly, I would allow the appeal and vary the sentence to bring it into conformity with the joint submission.

I. Facts

[7] On June 16, 2014, the appellant entered a plea of guilty to manslaughter for his role in the death of Michael Gregory. The facts underlying his plea are as simple as they are tragic.

[8] The Kettle Friendship Society is a society in Vancouver, British Columbia, that provides services to individuals with mental health and addictions issues. The appellant has a long history of such problems and from time to time, he turned to the Society's drop-in centre for assistance. So too did Mr. Gregory although, in his case, in addition to receiving assistance, he acted as a volunteer.

[9] On the morning of February 9, 2013, Mr. Gregory attended the centre but left at around 10:30 a.m. because he was feeling ill. At about the same time, the appellant was in the centre's computer room. One of the other attendees complained about him causing a disturbance. Staff found him swearing and punching at a board near a computer. They told him to leave, which he did. On his way out, he shouted at the staff and appeared angry and upset.

aurait dû appliquer était de savoir si la peine proposée serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ou serait par ailleurs contraire à l'intérêt public.

[6] En raison de l'erreur du juge du procès, il n'y a pas lieu de faire montre de déférence, et nous pouvons examiner l'affaire à nouveau, en utilisant le bon critère pour déterminer si la recommandation conjointe relative à la peine aurait dû être acceptée. En appliquant ce critère, je suis convaincu que, dans les circonstances, la peine proposée par les parties ne justifiait pas un rejet de la recommandation conjointe. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier la peine pour qu'elle soit conforme à la recommandation conjointe.

I. Les faits

[7] Le 16 juin 2014, l'appelant a enregistré un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable relativement à son rôle dans la mort de Michael Gregory. Les faits à l'origine de son plaidoyer sont aussi simples qu'ils sont tragiques.

[8] La société Kettle Friendship Society (la « Société ») de Vancouver, en Colombie-Britannique, dispense des services aux personnes qui ont des problèmes de santé mentale et de dépendance. L'appelant présente ces problèmes depuis longtemps et, de temps à autre, il se rendait à la halte-accueil de la Société pour obtenir de l'aide. C'est également ce que faisait M. Gregory qui, en plus de recevoir de l'aide, agissait à titre de bénévole.

[9] Le 9 février 2013, M. Gregory s'est rendu à la halte le matin, mais il a quitté vers 10 h 30 parce qu'il ne se sentait pas bien. L'appelant se trouvait dans la salle des ordinateurs de la halte à peu près au même moment. Une des autres personnes présentes s'est plainte du fait que l'appelant dérangeait. Des membres du personnel ont trouvé ce dernier alors qu'il blasphémait et frappait sur un tableau situé près d'un ordinateur. Ils lui ont dit de quitter les lieux, ce qu'il a fait. En sortant, il a crié en direction du personnel; il semblait en colère et perturbé.

[10] As the appellant walked away from the drop-in centre, he saw Mr. Gregory crossing the street, heading away from him. The appellant called out to Mr. Gregory, shouting words to the effect that he would "kick his head in".

[11] Mr. Gregory shouted back, telling the appellant to "smarten up" or "dummy up". He then changed direction and after catching up with the appellant, grabbed him by the shoulder and began pushing him. The two men pushed each other. Mr. Gregory continued yelling, and the appellant threw three or four punches, none of which connected.

[12] Mr. Gregory then backed away from the appellant with his hands raised. The appellant moved forward and threw two more punches, striking Mr. Gregory in and around the head and neck. The first blow stunned Mr. Gregory, and the second knocked him unconscious. Mr. Gregory fell backwards. His skull fractured when it hit the pavement. He never regained consciousness, and was pronounced dead at the hospital. All of the punches occurred within a matter of 10 to 20 seconds.

[13] After Mr. Gregory fell, the appellant fled. He was located and arrested by the police about five hours later. He was released without charge the following day but was detained at a mental health facility pursuant to a Director's warrant issued under the *Mental Health Act*, R.S.B.C. 1996, c. 288. He remained in detention at a mental health facility for about two months, until April 4, 2013, when he was taken into police custody and charged with manslaughter.

[14] Four days later, the appellant was released on bail with conditions. One condition required that he reside at a mental health facility unless discharged by his physicians. In early July 2013, after spending three months in a facility, the appellant's physicians discharged him into the community. However, on July 19, 2013, he was arrested for breaching the curfew condition of his bail order and his bail was revoked. He was held in custody thereafter until his

[10] Comme l'appelant quittait la halte-accueil, il a vu M. Gregory qui traversait la rue, s'éloignant de lui. L'appelant a interpellé M. Gregory, lui criant des propos selon lesquels il allait lui [TRADUCTION] « botter la tête ».

[11] Monsieur Gregory a répliqué en criant à l'appelant de [TRADUCTION] « se déniaiser » ou de « se taire ». Il a alors changé de direction et, après avoir rattrapé l'appelant, il l'a saisi par l'épaule et a commencé à le pousser. Les deux hommes se sont poussés l'un l'autre. Monsieur Gregory a continué à crier, et l'appelant lui a envoyé trois ou quatre coups de poing, mais aucun d'eux n'a porté.

[12] Monsieur Gregory s'est alors éloigné de l'appelant, en reculant les mains en l'air. L'appelant s'est avancé et a donné deux autres coups de poing, frappant M. Gregory dans la région de la tête et du cou. Le premier coup a étourdi M. Gregory, et le second lui a fait perdre connaissance. Monsieur Gregory est tombé à la renverse. Son crâne s'est fracturé en heurtant la chaussée. Il n'a jamais repris conscience, et son décès a été constaté à l'hôpital. Tous les coups de poing ont été assénés en 10 à 20 secondes.

[13] Après la chute de M. Gregory, l'appelant a pris la fuite. La police l'a trouvé et l'a arrêté environ cinq heures plus tard. Il a été libéré sans accusation le jour suivant, mais il a été détenu dans un établissement psychiatrique, conformément à un mandat du directeur décerné sous le régime de la *Mental Health Act*, R.S.B.C. 1996, c. 288. Il a été détenu en établissement psychiatrique pendant environ deux mois, jusqu'au 4 avril 2013, lorsqu'il a été confié à la garde de la police et a été accusé d'homicide involontaire coupable.

[14] Quatre jours plus tard, l'appelant a obtenu une libération sous caution assortie de certaines conditions. Il devait notamment demeurer dans un établissement psychiatrique, à moins de recevoir congé de ses médecins. Au début de juillet 2013, après qu'il eût passé trois mois dans un établissement, les médecins de l'appelant l'ont remis en liberté dans la collectivité. Toutefois, le 19 juillet 2013, il a été arrêté pour bris de la condition de couvre-feu de son

sentencing hearing in June 2014, a period of approximately 11 months.

[15] Initially, the appellant entered a plea of not guilty to the charge of manslaughter. He changed his plea to guilty after several days of trial. He did so following a resolution agreement with the Crown, under which the appellant would serve a further 18 months in custody — in addition to the period of about a year he had spent in pre-trial custody — with no period of probation to follow. In exchange, the appellant would plead guilty to manslaughter, thereby giving up his right to a trial, and with it, the possibility of raising the defence of self-defence.

[16] The appellant was 28 years old at the time of his plea. He has a criminal record dating back to 2007. It includes convictions for breaking and entering, theft, mischief, and failing to comply with probation orders. His criminal record does not reflect a history of violence, apart from one conviction involving a minor assault. The appellant also has long-standing mental health and drug use problems. He suffers from a refractory psychotic disorder (schizoaffective disorder). While there is no suggestion that drug use played a role in the present offence, it has been a factor in some of his prior offences.

[17] At the sentencing hearing, the trial judge put the Crown and defence on notice that he had serious reservations about the joint submission. He asked for further submissions. He also invited the appellant to apply to withdraw his guilty plea, if he wished to do so. The appellant declined the trial judge's invitation.

ordonnance de cautionnement, et sa libération a été révoquée. Il a par la suite été détenu sur une période d'environ 11 mois, jusqu'à son audience de détermination de la peine en juin 2014.

[15] Initialement, l'appelant avait enregistré un plaidoyer de non-culpabilité à l'accusation d'homicide involontaire coupable. Après plusieurs jours de procès, il a changé de plaidoyer. Il a plaidé coupable lorsqu'une entente de règlement a été conclue avec le ministère public; cette entente prévoyait que l'appelant purgerait 18 mois de détention additionnels — en plus de la période d'environ un an qu'il avait passée en détention préventive — sans période de probation par la suite. En échange, l'appelant enregistrerait un plaidoyer de culpabilité pour homicide involontaire coupable, abandonnant ainsi son droit à un procès et, de ce fait, à la possibilité d'invoquer la légitime défense.

[16] L'appelant était âgé de 28 ans lorsqu'il a enregistré son plaidoyer. Son casier judiciaire remonte à 2007. Il comporte des déclarations de culpabilité pour introduction par effraction, vol, méfait, et défaut de se conformer à des ordonnances de probation. Son casier judiciaire ne révèle pas d'antécédents de violence, à l'exception d'une déclaration de culpabilité concernant une voie de fait mineure. L'appelant présente depuis longtemps des problèmes de santé mentale et de consommation de drogue. Il souffre d'un trouble psychotique réfractaire (trouble schizoaffectif). Si rien ne laisse croire que la consommation de drogue a joué un rôle dans l'infraction en cause dans la présente affaire, elle constituait un facteur dans certaines des infractions commises par l'appelant auparavant.

[17] À l'audience de détermination de la peine, le juge du procès a avisé les avocats du ministère public et de la défense qu'il avait de sérieuses réserves au sujet de la recommandation conjointe. Il a demandé qu'on lui présente des observations additionnelles. Il a également invité l'appelant à présenter une demande en vue de retirer son plaidoyer de culpabilité, s'il désirait le faire. L'appelant a décliné l'invitation du juge.

[18] The trial judge expressed twoconcerns with the joint submission. First, he noted that counsel had mistakenly overestimated by some six months the amount of credit to which the appellant was entitled for time spent in pre-sentence custody. Crown counsel acknowledged the error, but stated that it did not alter his position on the joint submission and he continued to seek a further custodial sentence of 18 months.

[19] Second, the trial judge was concerned that without a probation order, the sentence would not adequately protect the public. In particular, he considered it important that the appellant refrain from using non-medically prescribed drugs. Counsel informed the trial judge that a probation order would not be appropriate for two reasons. First, it would be duplicative because the appellant remained certified under the *Mental Health Act*, and he would be supervised by his treatment team while living in the community. If his psychosis worsened or he failed to take his medications, a warrant could issue requiring that he be returned to the hospital, where he would remain until his team felt he was suitable for release. Second, counsel maintained that a probation order would set the appellant up for failure because, in the past, he had experienced difficulty complying with multiple reporting obligations due to his mental illness.

II. Decisions Below

A. *Supreme Court of British Columbia (Ehrcke J.), 2014 BCSC 1503*

[20] The trial judge rejected the joint submission. While giving it "very careful consideration", he concluded that it did not "give adequate weight to the principles of denunciation, deterrence, and protection of the public" (para. 68 (CanLII)). In its place, instead of sentencing the appellant to a further term of 18 months in custody, as requested, he sentenced him to a custodial term of two years less a day (after credit for pre-sentence custody) — a

[18] Le juge du procès a exprimé deux préoccupations au sujet de la recommandation conjointe. Il a d'abord fait remarquer que les avocats avaient erronément surestimé de quelque six mois le crédit auquel l'appelant avait droit pour le temps passé en détention présentencielle. L'avocat du ministère public a reconnu l'erreur, mais a déclaré qu'elle ne modifiait pas sa position sur la recommandation conjointe, et il a continué à solliciter une peine de détention additionnelle de 18 mois.

[19] En second lieu, le juge du procès craignait que, sans une ordonnance de probation, la peine ne protégerait pas adéquatement le public. En particulier, il estimait important que l'appelant s'abstienne de consommer des drogues non prescrites par un médecin. Les avocats ont informé le juge qu'une ordonnance de probation ne serait pas appropriée pour deux raisons. Premièrement, elle serait redondante, parce que l'appelant demeurait sous le coup d'un certificat d'admission sous le régime de la *Mental Health Act*, et qu'il serait surveillé par son équipe médicale pendant qu'il vivrait dans la collectivité. En cas d'aggravation de sa psychose ou de défaut de sa part de prendre ses médicaments, un mandat pourrait être décerné, exigeant son retour à l'hôpital, où il demeurerait jusqu'à ce que son équipe médicale estime qu'il conviendrait de lui donner congé. Deuxièmement, les avocats ont maintenu qu'une ordonnance de probation serait vouée à l'échec, parce que, dans le passé, l'appelant avait, du fait de sa maladie mentale, éprouvé de la difficulté à respecter de multiples obligations de se présenter à un agent de probation.

II. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Ehrcke), 2014 BCSC 1503*

[20] Le juge du procès a rejeté la recommandation conjointe. Après l'avoir [TRADUCTION] « examinée très minutieusement », il a conclu qu'elle « n'accorderait pas l'importance qu'il faut accorder aux principes de dénonciation, de dissuasion et de protection du public » (par. 68 (CanLII)). Plutôt que de condamner l'appelant à une peine de 18 mois de détention additionnels, selon ce qui lui avait été demandé, il lui a imposé une peine de détention de

six month differential. In addition, he placed the appellant on probation for three years.

[21] In departing from the joint submission, the trial judge considered the circumstances of the appellant and the offence, and various sentencing authorities provided by counsel. He determined that three years would be a fit sentence (before credit for pre-sentence custody), and that any sentence below that "would be an unfit sentence" (para. 43). In view of his conclusion that the appellant was entitled to less credit for time spent in pre-sentence custody than counsel had recommended, he increased the proposed custodial sentence by six months in order to achieve the effective three-year sentence he considered "fit".

[22] The trial judge also rejected the joint submission to the extent that it did not include an order for probation. He considered that such an order was necessary to protect the public because the treatment team could not control the appellant's use of street drugs. Accordingly, he imposed a three-year probation order, which included a term prohibiting the appellant from possessing or consuming non-medically prescribed drugs.

B. *Court of Appeal for British Columbia (Neilson, Bennett and Garson JJ.A.), 2015 BCCA 22, 367 B.C.A.C. 96*

[23] The Court of Appeal for British Columbia unanimously dismissed the appellant's sentence appeal. Justice Garson, writing for the court, concluded that the sentence imposed was "fit in the circumstances" (para. 1).

[24] The court accepted the Crown's position that it was unnecessary to decide the test for departing from a joint submission. In its view, the trial judge did not err in his assessment of the appropriate

deux ans moins un jour (en tenant compte de la période de détention présentencielle) — une différence de six mois. De plus, il a prononcé à l'encontre de l'appelant une ordonnance de probation pour une période de trois ans.

[21] En écartant la recommandation conjointe, le juge du procès a pris en considération la situation de l'appelant et les circonstances de l'infraction, de même que les divers précédents en matière de détermination de la peine cités par les avocats. Selon lui, la peine de trois ans était une juste peine (avant le crédit pour la détention présentencielle), et toute peine moins sévère [TRADUCTION] « ne serait pas une juste peine » (par. 43). Ayant conclu que l'appelant avait droit, pour le temps passé en détention présentencielle, à un crédit moindre que ce qu'avaient recommandé les avocats, il a accru de six mois la peine de détention proposée, afin d'arriver à la peine de trois ans qu'il estimait être « juste ».

[22] Le juge du procès a aussi rejeté la recommandation conjointe dans la mesure où elle ne comportait pas une ordonnance de probation. Selon lui, une telle ordonnance était nécessaire pour assurer la protection du public, parce que l'équipe médicale ne pourrait pas contrôler la consommation, par l'appelant, de drogues illicites. Par conséquent, il a imposé une ordonnance de probation de trois ans, assortie d'une interdiction, pour l'appelant, de posséder ou de consommer des drogues non prescrites à des fins médicales.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Neilson, Bennett et Garson), 2015 BCCA 22, 367 B.C.A.C. 96*

[23] Les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont unanimement rejeté l'appel interjeté par l'appelant à l'encontre de la peine. Au nom de la cour, la juge Garson a conclu que la peine imposée était [TRADUCTION] « juste dans les circonstances » (par. 1).

[24] La cour a accepté la position du ministère public selon laquelle il n'était pas nécessaire de décider du critère auquel il faut satisfaire pour écarter une recommandation conjointe. Selon la cour, le juge

range of sentence, and it was open to him to decline to give the appellant any credit for time spent in a mental health facility. Reading the trial judge's reasons as a whole, it was clear that he viewed the joint submission as neither fit, nor in the public interest, having regard to the risk to the public the appellant posed should he use illegal drugs and fail to comply with his treatment regime. In short, the court found no error in the trial judge's reasoning or in the sentence he imposed.

du procès n'avait pas commis d'erreur dans son appréciation de la fourchette des peines appropriée, et il pouvait refuser d'accorder à l'appelant un crédit pour le temps passé dans un établissement psychiatrique. Il ressort clairement des motifs du juge du procès dans leur ensemble qu'il estimait qu'il ne serait ni juste, ni dans l'intérêt public, qu'il impose la peine recommandée, eu égard au risque que l'appelant posait pour le public s'il consommait des drogues illicites et ne respectait pas son régime de traitement. Bref, la cour n'a constaté aucune erreur dans le raisonnement du juge du procès ou dans la peine qu'il avait imposée.

III. Analysis

III. Analyse

[25] It is an accepted and entirely desirable practice for Crown and defence counsel to agree to a joint submission on sentence in exchange for a plea of guilty. Agreements of this nature are commonplace and vitally important to the well-being of our criminal justice system, as well as our justice system at large. Generally, such agreements are unexceptional and they are readily approved by trial judges without any difficulty. Occasionally, however, a joint submission may appear to be unduly lenient, or perhaps unduly harsh, and trial judges are not obliged to go along with them (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 606(1.1)(b)(iii)). In such cases, trial judges need a test against which to measure the acceptability of the joint submission. The question is: What test?

[25] Le fait, pour les avocats du ministère public et de la défense, de convenir d'une recommandation conjointe relative à la peine en échange d'un plaidoyer de culpabilité constitue une pratique acceptée et tout à fait souhaitable. Les ententes de cette nature sont monnaie courante, et elles sont essentielles au bon fonctionnement de notre système de justice pénale et de notre système de justice en général. Habituellement, de telles ententes n'ont rien d'exceptionnel, et les juges du procès les acceptent d'emblée. À l'occasion cependant, une recommandation conjointe peut sembler trop clémente, ou peut-être trop sévère, et le juge du procès n'est pas tenu de l'accepter (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, sous-al. 606(1.1)b)(iii)). Dans de tels cas, les juges ont besoin d'un critère pour apprécier le caractère acceptable de la recommandation conjointe. La question se pose alors : quel critère appliquer?

[26] Not unexpectedly, the answer is contentious. Provincial appellate courts across the country do not agree on a uniform test, nor do the parties or the various interveners who appeared before us. Minor variations aside, four possible tests or approaches emerge from the submissions we received.

[26] La réponse à cette question est controversée, et ce n'est guère surprenant. Les cours d'appel provinciales à travers le pays ne s'entendent pas sur un critère uniforme, les parties ainsi que les divers intervenants qui ont comparu devant nous non plus. Hormis quelques variations mineures, quatre critères ou approches possibles émergent des observations qui nous ont été présentées.

[27] The first of these is the "fitness" test. Under this test, trial judges should give joint submissions serious consideration, but may depart from them if,

[27] Le premier de ces critères est celui de la « justesse ». Selon ce critère, les juges du procès devraient examiner sérieusement les recommandations

having regard to the circumstances of the case and the applicable sentencing principles, they conclude that the proposed sentence is not "fit". Some provincial appellate courts use this test, most commonly in the western provinces (see, for example, *R. v. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20, at paras. 17-18; *R. v. Bezdan*, 2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122, at para. 15; *R. v. MacIvor*, 2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344, at para. 31). Crown counsel for the respondent urged us to adopt this test, arguing that it best reflects the trial judge's duty to come to an independent decision regarding the appropriate sentence.

[28] The second test is also a "fitness" test, although of a different kind. It resembles the standard of review that appellate courts apply on sentencing appeals in circumstances where the sentence imposed by the trial judge is entitled to deference. Under this test, trial judges should not depart from a joint submission unless they conclude that the sentence proposed is "demonstrably unfit" (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 11). This is clearly a more stringent test than the simple "fitness" test. However, the parties did not point us to any appellate decisions that have adopted it, and I am aware of none.

[29] The third test, commonly referred to as the "public interest" test, was developed in the *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (the "Martin Committee Report").[2] Under this test, trial judges "should not depart from a joint submission unless the proposed sentence

[2] The Committee was commissioned in 1991 by the Hon. Howard Hampton, Attorney General of Ontario, to study the early stages of the criminal process, namely, charge screening, disclosure, and resolution or plea discussions. The Committee comprised leading members of the criminal bar, including both Crown and defence counsel, senior police officers, and other members of the community. Notably, it was chaired by the Hon. G. Arthur Martin, one of the foremost criminal law jurists in this country's history.

conjointes, mais ils peuvent les écarter si, eu égard aux circonstances de l'affaire et aux principes applicables en matière de détermination de la peine, ils concluent que la peine proposée n'est pas « juste ». Certaines cours d'appel provinciales emploient ce critère, plus communément dans les provinces de l'Ouest (voir, par exemple, *R. c. G.W.C.*, 2000 ABCA 333, 277 A.R. 20, par. 17-18; *R. c. Bezdan*, 2001 BCCA 215, 154 B.C.A.C. 122, par. 15; *R. c. MacIvor*, 2003 NSCA 60, 215 N.S.R. (2d) 344, par. 31). L'avocat de l'intimée nous a recommandé avec insistance d'adopter ce critère, en faisant valoir qu'il reflète mieux le devoir du juge du procès de rendre une décision indépendante concernant la peine appropriée.

[28] Le deuxième critère est également un critère de « justesse », bien que d'un genre différent. Il ressemble à la norme de contrôle que les cours d'appel appliquent dans le cadre d'appels en matière de détermination de la peine, dans les cas où il faut faire montre de retenue à l'égard de la peine imposée par le juge du procès. Selon ce critère, le juge du procès ne devrait écarter une recommandation conjointe que s'il arrive à la conclusion que la peine proposée est « manifestement non indiquée » (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 11). Il s'agit clairement d'un critère plus rigoureux que celui de la simple « justesse ». Toutefois, les parties ne nous ont signalé aucune décision d'appel l'ayant adopté, et je n'en connais aucune.

[29] Le troisième critère, appelé communément le critère de l'« intérêt public », a été élaboré dans un rapport ontarien intitulé *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), (le « rapport du comité Martin »)[2]. Selon ce critère, le juge du procès [TRADUCTION] « ne devrait écarter

[2] En 1991, l'hon. Howard Hampton, procureur général de l'Ontario, a chargé le comité d'étudier les premiers stades du processus criminel, à savoir le filtrage des accusations, la communication de la preuve ainsi que les discussions en vue d'un règlement ou d'un plaidoyer. Le comité était composé de membres éminents du barreau spécialisés en droit criminel, y compris des avocats du ministère public et de la défense, des agents de police supérieurs et d'autres membres de la collectivité. Il était notamment présidé par l'hon. G. Arthur Martin, un des criminalistes les plus éminents dans l'histoire du pays.

would bring the administration of justice into disrepute, or is otherwise not in the public interest" (p. 327 (emphasis deleted)). This test has also been adopted by a number of provincial appellate courts (see, for example, *R. v. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342, at para. 11; *R. v. Druken*, 2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271, at para. 29; *R. v. Nome*, 2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183, at paras. 13-14). The appellant supports this test, largely because it provides "a high threshold and is intended to foster confidence in an accused, who has given up his right to a trial, that the joint submission he obtained in return for a plea of guilty will be respected by the sentencing judge" (*R. v. Cerasuolo* (2001), 151 C.C.C. (3d) 445 (Ont. C.A.), at para. 8).

[30] And, finally, some courts, most notably in Quebec, treat the fitness and public interest tests as essentially the same, and use the language of the two tests interchangeably (though in Quebec "reasonableness" is used in place of "fitness": see, for example, *R. v. Douglas* (2002), 162 C.C.C. (3d) 37 (C.A.), at para. 51; *R. v. Dion*, 2015 QCCA 1826, at para. 14 (CanLII); *R. v. Dumont*, 2013 QCCA 576, at para. 12 (CanLII); *R. v. Mailhot*, 2013 QCCA 870, at para. 7 (CanLII)). Perhaps the best example of this is found in *Douglas*, an oft-referred to decision of the Quebec Court of Appeal in which Fish J.A. (as he then was) said:

> In my view, a reasonable joint submission cannot be said to "bring the administration of justice into disrepute". An unreasonable joint submission, on the other hand, is surely "contrary to the public interest". Accordingly, though it is purposively framed in striking and evocative terms, I do not believe that the [public interest test] departs substantially from the test of reasonableness articulated by other courts, including our own. Their shared conceptual foundation is that the interests of justice are well served by the acceptance of a joint submission on sentence accompanied by a negotiated plea of guilty — provided, of course, that the sentence jointly proposed falls within the acceptable range and the plea

une recommandation conjointe que si la peine proposée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou si elle n'est pas par ailleurs dans l'intérêt public » (p. 327 (italique omis)). Un certain nombre de cours d'appel provinciales ont aussi adopté ce critère (voir, par exemple, *R. c. Dorsey* (1999), 123 O.A.C. 342, par. 11; *R. c. Druken*, 2006 NLCA 67, 261 Nfld. & P.E.I.R. 271, par. 29; *R. c. Nome*, 2002 BCCA 468, 172 B.C.A.C. 183, par. 13-14). L'appelant appuie ce critère, en raison principalement du fait qu'il prévoit [TRADUCTION] « un seuil élevé et vise à inspirer, chez l'accusé qui a renoncé à son droit à un procès, la confiance que la recommandation conjointe qu'il a obtenue en retour d'un plaidoyer de culpabilité sera respectée par le juge chargé de la détermination de la peine » (*R. c. Cerasuolo* (2001), 151 C.C.C. (3d) 445 (C.A. Ont.), par. 8).

[30] Enfin, certains tribunaux, notamment au Québec, estiment que le critère de la justesse et celui de l'intérêt public sont essentiellement le même et emploient leur formulation de manière interchangeable (bien qu'au Québec, le critère du « caractère raisonnable » soit utilisé au lieu de celui de la « justesse » : voir, par exemple, *R. c. Douglas* (2002), 162 C.C.C. (3d) 37 (C.A.), par. 51; *R. c. Dion*, 2015 QCCA 1826, par. 14 (CanLII); *R. c. Dumont*, 2013 QCCA 576, par. 12 (CanLII); *R. c. Mailhot*, 2013 QCCA 870, par. 7 (CanLII)). Le meilleur exemple peut-être de ce double emploi se trouve dans *Douglas*, un arrêt maintes fois cité de la Cour d'appel du Québec où le juge Fish (plus tard juge de notre Cour) a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION] À mon avis, on ne saurait dire qu'une recommandation conjointe raisonnable « déconsidère l'administration de la justice ». Par contre, une recommandation conjointe déraisonnable est sûrement « contraire à l'intérêt public ». En conséquence, bien qu'il soit formulé à dessein en termes frappants et évocateurs, je ne crois pas que le [critère de l'intérêt public] s'écarte considérablement de celui du caractère raisonnable énoncé par d'autres cours, dont la nôtre. Selon leur assise conceptuelle commune, l'acceptation d'une recommandation conjointe relative à la peine qui s'accompagne d'un plaidoyer de culpabilité négocié sert bien l'intérêt de la justice — pourvu, bien sûr, que la peine

is warranted by the facts admitted. [Endnote omitted; para. 51.]

[31] Having considered the various options, I believe that the public interest test, as amplified in these reasons, is the proper test. It is more stringent than the other tests proposed and it best reflects the many benefits that joint submissions bring to the criminal justice system and the corresponding need for a high degree of certainty in them. Moreover, it is distinct from the "fitness" tests used by trial judges and appellate courts in conventional sentencing hearings and, in that sense, helps to keep trial judges focused on the unique considerations that apply when assessing the acceptability of a joint submission. To the extent *Douglas* holds otherwise, I am respectfully of the view that it is wrongly decided and should not be followed.

A. *The Proper Test*

[32] Under the public interest test, a trial judge should not depart from a joint submission on sentence unless the proposed sentence would bring the administration of justice into disrepute or is otherwise contrary to the public interest. But, what does this threshold mean? Two decisions from the Newfoundland and Labrador Court of Appeal are helpful in this regard.

[33] In *Druken*, at para. 29, the court held that a joint submission will bring the administration of justice into disrepute or be contrary to the public interest if, despite the public interest considerations that support imposing it, it is so "markedly out of line with the expectations of reasonable persons aware of the circumstances of the case that they would view it as a break down in the proper functioning of the criminal justice system". And, as stated by the same court in *R. v. B.O.2*, 2010 NLCA 19, at para. 56 (CanLII), when assessing a joint submission, trial judges should "avoid rendering a decision that

recommandée conjointement se situe à l'intérieur des limites acceptables et que le plaidoyer soit justifié par les faits admis. [Note en fin d'ouvrage omise; par. 51.]

[31] Après avoir examiné les diverses possibilités, je crois que le critère de l'intérêt public, tel qu'il est développé dans les présents motifs, est celui qui s'impose. Il est plus rigoureux que les autres critères proposés et il reflète le mieux les nombreux avantages que les recommandations conjointes apportent au système de justice pénale ainsi que le besoin correspondant d'un degré de certitude élevé que ces recommandations seront acceptées. De plus, il diffère des critères de « justesse » employés par les juges du procès et les cours d'appel dans les audiences classiques en matière de détermination de la peine et, en ce sens, il aide les juges du procès à se concentrer sur les considérations particulières qui s'appliquent lors de l'appréciation du caractère acceptable d'une recommandation conjointe. Dans la mesure où l'arrêt *Douglas* prescrit le contraire, j'estime avec égards qu'il est mal fondé et qu'il ne devrait pas être suivi.

A. *Le critère approprié*

[32] Selon le critère de l'intérêt public, un juge du procès ne devrait pas écarter une recommandation conjointe relative à la peine, à moins que la peine proposée soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou qu'elle soit par ailleurs contraire à l'intérêt public. Mais que signifie ce seuil? Deux arrêts de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador sont utiles à cet égard.

[33] Dans *Druken*, par. 29, la cour a jugé qu'une recommandation conjointe déconsidérera l'administration de la justice ou sera contraire à l'intérêt public si, malgré les considérations d'intérêt public qui appuient l'imposition de la peine recommandée, elle [TRADUCTION] « correspond si peu aux attentes des personnes raisonnables instruites des circonstances de l'affaire que ces dernières estimeraient qu'elle fait échec au bon fonctionnement du système de justice pénale ». Et, comme l'a déclaré la même cour dans *R. c. B.O.2*, 2010 NLCA 19, par. 56 (CanLII), lorsqu'ils examinent une recommandation conjointe, les

causes an informed and reasonable public to lose confidence in the institution of the courts".

[34] In my view, these powerful statements capture the essence of the public interest test developed by the Martin Committee. They emphasize that a joint submission should not be rejected lightly, a conclusion with which I agree. Rejection denotes a submission so unhinged from the circumstances of the offence and the offender that its acceptance would lead reasonable and informed persons, aware of all the relevant circumstances, including the importance of promoting certainty in resolution discussions, to believe that the proper functioning of the justice system had broken down. This is an undeniably high threshold — and for good reason, as I shall explain.

B. *Why a Stringent Test Is Required*

[35] Guilty pleas in exchange for joint submissions on sentence are a "proper and necessary part of the administration of criminal justice" (Martin Committee Report, at p. 290). When plea resolutions are "properly conducted [they] benefit not only the accused, but also victims, witnesses, counsel, and the administration of justice generally" (*ibid.*, at p. 281 (emphasis deleted)).

[36] Accused persons benefit by pleading guilty in exchange for a joint submission on sentence (see D. Layton and M. Proulx, *Ethics and Criminal Law* (2nd ed. 2015), at p. 436). The most obvious benefit is that the Crown agrees to recommend a sentence that the accused is prepared to accept. This recommendation is likely to be more lenient than the accused might expect after a trial and/or contested sentencing hearing. Accused persons who plead guilty promptly are able to minimize the stress and legal costs associated with trials. Moreover, for those who are truly remorseful, a guilty plea offers an opportunity to begin making amends. For many accused, maximizing certainty as to the outcome is

juges du procès devraient [TRADUCTION] « éviter de rendre une décision qui fait perdre au public renseigné et raisonnable sa confiance dans l'institution des tribunaux ».

[34] À mon avis, ces déclarations fermes traduisent l'essence du critère de l'intérêt public élaboré par le comité Martin. Elles soulignent qu'il ne faudrait pas rejeter trop facilement une recommandation conjointe, une conclusion à laquelle je souscris. Le rejet dénote une recommandation à ce point dissociée des circonstances de l'infraction et de la situation du contrevenant que son acceptation amènerait les personnes renseignées et raisonnables, au fait de toutes les circonstances pertinentes, y compris l'importance de favoriser la certitude dans les discussions en vue d'un règlement, à croire que le système de justice avait cessé de bien fonctionner. Il s'agit indéniablement d'un seuil élevé — et à juste titre, comme je l'explique ci-après.

B. *Motifs à l'appui d'un critère rigoureux*

[35] Les plaidoyers de culpabilité consentis en échange de recommandations conjointes relatives à la peine constituent une [TRADUCTION] « partie appropriée et nécessaire de l'administration de la justice criminelle » (rapport du comité Martin, p. 290). Lorsque les ententes sur le plaidoyer sont « menées correctement, [elles] sont bénéfiques non seulement pour les accusés, mais aussi pour les victimes, les témoins, les avocats et l'administration de la justice en général » (*ibid.*, p. 281 (italique omis)).

[36] Les personnes accusées tirent un avantage à plaider coupable en échange d'une recommandation conjointe relative à la peine (voir D. Layton et M. Proulx, *Ethics and Criminal Law* (2e éd. 2015), p. 436). L'avantage le plus évident est le fait que le ministère public accepte de recommander une peine que l'accusé est disposé à accepter. Cette recommandation est susceptible d'être plus clémente que ce à quoi l'accusé pourrait s'attendre à l'issue d'un procès ou d'une audience de détermination de la peine contestée. Les personnes accusées qui plaident coupables rapidement sont en mesure de minimiser le stress et les frais liés aux procès. De plus, pour ceux qui éprouvent des remords sincères,

crucial — and a joint submission, though not inviolable, offers considerable comfort in this regard.

[37] The Martin Committee recognized this. As it noted at p. 328 of its report, the most important factor in the "ability to conclude resolution agreements, thereby deriving the benefits that such agreements bring, is that of certainty". Generally speaking, accused persons will not give up their right to a trial on the merits, and all the procedural safeguards it entails, unless they have "some assurance that [trial judges] will in most instances honour agreements entered into by the Crown" (*Cerasuolo*, at para. 9).

[38] The Crown also relies on the certainty of joint submissions. Agreements that are certain are attractive to the Crown "because there is less risk that what Crown counsel concludes is an appropriate resolution of the case in the public interest will be undercut" (Martin Committee Report, at p. 328).

[39] From the Crown's perspective, the certain or near certain acceptance of joint submissions on sentence offers several potential benefits. First, the guarantee of a conviction that comes with a guilty plea makes resolution desirable (Martin Committee Report, at pp. 285-86). The Crown's case may suffer from flaws, such as an unwilling witness, a witness of dubious worth, or evidence that is potentially inadmissible — problems that can lead to an acquittal. By agreeing to a joint submission in exchange for a guilty plea, the Crown avoids this risk. Second, the accused may have information or testimony to offer the Crown that can prove invaluable to other investigations or prosecutions. But this information may not be forthcoming absent an agreement as to a joint submission. Third, the Crown may consider it best to resolve a particular case for the benefit of victims

un plaidoyer de culpabilité offre une occasion de commencer à reconnaître leurs torts. Pour de nombreux accusés, il est crucial de favoriser au plus haut point la certitude quant au résultat — et une recommandation conjointe, même si elle n'est pas inviolable, offre à cet égard une assurance considérable.

[37] C'est ce que le comité Martin a reconnu. Comme on le fait remarquer à la p. 328 de son rapport, le facteur le plus important dans la [TRADUCTION] « possibilité de conclure des ententes de règlement, en tirant ainsi les avantages qu'offrent de telles ententes, est celui de la certitude ». De façon générale, les personnes accusées ne renonceront pas à leur droit à un procès sur le fond, et à toutes les garanties procédurales que suppose celui-ci, à moins qu'elles aient [TRADUCTION] « une certaine assurance que [les juges du procès] honoreront, dans la plupart des cas, les ententes conclues par le ministère public » (*Cerasuolo*, par. 9).

[38] Le ministère public s'appuie également sur la certitude qu'offrent les recommandations conjointes. Les ententes qui ont un caractère de certitude sont attrayantes pour le ministère public [TRADUCTION] « parce qu'il y a moins de risques que soit rejeté ce que l'avocat du ministère public estime être un règlement approprié de l'affaire dans l'intérêt public » (rapport du comité Martin, p. 328).

[39] Du point de vue du ministère public, l'acceptation certaine, ou presque certaine, de recommandations conjointes relatives à la peine offre plusieurs avantages potentiels. Premièrement, la garantie d'une déclaration de culpabilité qui accompagne un plaidoyer de culpabilité rend le règlement souhaitable (rapport du comité Martin, p. 285-286). Il peut y avoir des failles dans le dossier du ministère public, comme un témoin réticent, un témoin de valeur douteuse ou un élément de preuve potentiellement inadmissible — des problèmes pouvant mener à un acquittement. En convenant d'une recommandation conjointe en échange d'un plaidoyer de culpabilité, le ministère public évite ce risque. Deuxièmement, l'accusé peut avoir des renseignements ou un témoignage à offrir au ministère public pouvant s'avérer inestimable dans le cadre

or witnesses. When an accused pleads guilty in exchange for a joint submission on sentence, victims and witnesses are spared the "the emotional cost of a trial" (*R. v. Edgar*, 2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161, at para. 111). Moreover, victims may obtain some comfort from a guilty plea, given that it "indicates an accused's acknowledgement of responsibility and may amount to an expression of remorse" (*ibid.*).

[40] In addition to the many benefits that joint submissions offer to participants in the criminal justice system, they play a vital role in contributing to the administration of justice at large. The prospect of a joint submission that carries with it a high degree of certainty encourages accused persons to enter a plea of guilty. And guilty pleas save the justice system precious time, resources, and expenses, which can be channeled into other matters. This is no small benefit. To the extent that they avoid trials, joint submissions on sentence permit our justice system to function more efficiently. Indeed, I would argue that they permit it to function. Without them, our justice system would be brought to its knees, and eventually collapse under its own weight.

[41] But as I have said, for joint submissions to be possible, the parties must have a high degree of confidence that they will be accepted. Too much doubt and the parties may choose instead to accept the risks of a trial or a contested sentencing hearing. The accused in particular will be reluctant to forgo a trial with its attendant safeguards, including the crucial ability to test the strength of the Crown's case, if joint submissions come to be seen as an insufficiently certain alternative.

d'autres enquêtes ou poursuites. Ces renseignements peuvent cependant ne pas être communiqués s'il n'y a pas d'entente sur une recommandation conjointe. Troisièmement, le ministère public peut considérer qu'il vaut mieux régler un dossier donné dans l'intérêt des victimes ou des témoins. Lorsqu'un accusé plaide coupable en échange d'une recommandation conjointe relative à la peine, on épargne aux victimes et aux témoins [TRADUCTION] « le coût, au plan émotionnel, d'un procès » (*R. c. Edgar*, 2010 ONCA 529, 101 O.R. (3d) 161, par. 111). De plus, les victimes peuvent trouver du réconfort dans un plaidoyer de culpabilité, étant donné que cela « indique que l'accusé reconnaît sa responsabilité et peut équivaloir à une expression de remords » (*ibid.*).

[40] En plus des nombreux avantages que les recommandations conjointes offrent aux participants dans le système de justice pénale, elles jouent un rôle vital en contribuant à l'administration de la justice en général. La perspective d'une recommandation conjointe qui comporte un degré de certitude élevé encourage les personnes accusées à enregistrer un plaidoyer de culpabilité. Et les plaidoyers de culpabilité font économiser au système de justice des ressources et un temps précieux qui peuvent être alloués à d'autres affaires. Il ne s'agit pas là d'un léger avantage. Dans la mesure où elles font éviter des procès, les recommandations conjointes relatives à la peine permettent à notre système de justice de fonctionner plus efficacement. Je dirais en fait qu'elles lui permettent de fonctionner. Sans elles, notre système de justice serait mis à genoux, et s'effondrerait finalement sous son propre poids.

[41] Cependant, comme je l'ai mentionné, la présentation de recommandations conjointes ne reste possible que si les parties sont très confiantes qu'elles seront acceptées. Si elles doutent trop, les parties peuvent plutôt choisir d'accepter les risques d'un procès ou d'une audience de détermination de la peine contestée. Si les recommandations conjointes en viennent à être considérées comme des solutions de rechange insuffisamment sûres, l'accusé en particulier hésitera à renoncer à un procès et à ses garanties concomitantes, notamment la faculté cruciale de mettre à l'épreuve la solidité de la preuve du ministère public.

[42] Hence, the importance of trial judges exhibiting restraint, rejecting joint submissions only where the proposed sentence would be viewed by reasonable and informed persons as a breakdown in the proper functioning of the justice system. A lower threshold than this would cast the efficacy of resolution agreements into too great a degree of uncertainty. The public interest test ensures that these resolution agreements are afforded a high degree of certainty.

[43] At the same time, this test also recognizes that certainty of outcome is not "the ultimate goal of the sentencing process. Certainty must yield where the harm caused by accepting the joint submission is beyond the value gained by promoting certainty of result" (*R. v. DeSousa*, 2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792, per Doherty J.A., at para. 22).

[44] Finally, I note that a high threshold for departing from joint submissions is not only necessary to obtain all the benefits of joint submissions, it is appropriate. Crown and defence counsel are well placed to arrive at a joint submission that reflects the interests of both the public and the accused (Martin Committee Report, at p. 287). As a rule, they will be highly knowledgeable about the circumstances of the offender and the offence and the strengths and weaknesses of their respective positions. The Crown is charged with representing the community's interest in seeing that justice is done (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616). Defence counsel is required to act in the accused's best interests, which includes ensuring that the accused's plea is voluntary and informed (see, for example, Law Society of British Columbia, *Code of Professional Conduct for British Columbia* (online), rule 5.1-8). And both counsel are bound professionally and ethically not to mislead the court (*ibid.*, rule 2.1-2(c)). In short, they are entirely capable of arriving at resolutions that are fair and consistent with the public interest (Martin Committee Report, at p. 287).

[42] D'où l'importance, pour les juges du procès, de faire montre de retenue et de ne rejeter les recommandations conjointes que lorsque des personnes renseignées et raisonnables estimeraient que la peine proposée fait échec au bon fonctionnement du système de justice. Un seuil moins élevé que celui-ci jetterait trop d'incertitude sur l'efficacité des ententes de règlement. Le critère de l'intérêt public garantit que ces ententes de règlement jouissent d'un degré de certitude élevé.

[43] En même temps, ce critère reconnaît également que la certitude quant au résultat n'est pas [TRADUCTION] « l'objectif ultime du processus de détermination de la peine. La certitude doit céder le pas lorsque le préjudice qu'entraîne l'acceptation de la recommandation conjointe est plus important que les avantages que procure la promotion de la certitude quant au résultat » (*R. c. DeSousa*, 2012 ONCA 254, 109 O.R. (3d) 792, le juge Doherty, par. 22).

[44] Enfin, je fais remarquer qu'un seuil élevé pour écarter des recommandations conjointes est non seulement nécessaire, mais également approprié, afin que l'on retire tous les avantages des recommandations conjointes. Les avocats du ministère public et de la défense sont bien placés pour en arriver à une recommandation conjointe qui reflète tant les intérêts du public que ceux de l'accusé (rapport du comité Martin, p. 287). En principe, ils connaîtront très bien la situation du contrevenant et les circonstances de l'infraction, ainsi que les forces et les faiblesses de leurs positions respectives. Le ministère public est chargé de représenter l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit rendue (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 616). On exige de l'avocat de la défense qu'il agisse dans l'intérêt supérieur de l'accusé, et il doit notamment s'assurer que le plaidoyer de celui-ci soit donné de façon volontaire et éclairée (voir, par exemple, Law Society of British Columbia, *Code of Professional Conduct for British Columbia* (en ligne), règle 5.1-8). Et les deux avocats sont tenus, sur le plan professionnel et éthique, de ne pas induire le tribunal en erreur (*ibid.*, règle 2.1-2(c)). Bref, ils sont entièrement capables d'arriver à des règlements équitables et conformes à l'intérêt public (rapport du comité Martin, p. 287).

[45] Bearing in mind these benefits and the need for certainty, I turn to the other tests proposed by the respondent Crown and some of the interveners.

C. *The Fitness of Sentence and Demonstrably Unfit Tests Should Be Rejected*

[46] As indicated, the position of the respondent is that while trial judges should give serious consideration to joint submissions, such submissions may be rejected on a simple "fitness" test. With respect, this test is not sufficiently stringent. Under it, trial judges must ask what a fit or appropriate sentence *would be*, instead of asking whether *the sentence proposed* would be viewed by reasonable and informed persons as a breakdown in the proper functioning of the justice system. In short, the "fitness" test does not direct trial judges to approach joint submissions from a position of restraint. Rather, it sends a different, and in my view, a wrong signal: that they may interfere if they have a different view of what a "fit" sentence would be. If trial judges were free to interfere on this basis, the result would be to "effectively eliminate the use of plea bargaining as part of the criminal prosecution process" (*R. v. Oxford*, 2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327, at para. 55).

[47] While the "demonstrably unfit" test used by appellate courts is undoubtedly a higher threshold than the simple "fitness" test, in rare cases, this threshold may not be sufficiently robust for the joint submission context. I would not rule out the possibility that a sentence which would otherwise be considered demonstrably unfit absent a joint submission may nonetheless be acceptable in the context of one. For example, take the case of an accused involved in a very serious crime that the Crown may have difficulty proving because of deficiencies in its case. The accused agrees to plead guilty, and to assist the Crown in prosecuting his co-conspirators for this and other more serious offences. The Crown might reasonably conclude that it is in the public interest to agree, by way of a joint

[45] Gardant à l'esprit ces avantages, de même que le besoin de certitude, j'aborde maintenant les autres critères que proposent le ministère public intimé et certains des intervenants.

C. *Les critères de la justesse de la peine et de la peine manifestement non indiquée devraient être rejetés*

[46] J'ai déjà indiqué que, selon la position de l'intimée, les juges du procès devraient examiner avec soin les recommandations conjointes, mais ces dernières peuvent être rejetées suivant le simple critère de la « justesse ». Avec égards, ce critère n'est pas assez rigoureux. Suivant ce critère, le juge du procès doit se demander ce que *serait* une juste peine ou une peine appropriée, au lieu de se demander si des personnes renseignées et raisonnables estimeraient que *la peine proposée* fait échec au bon fonctionnement du système de justice. Bref, le critère de la « justesse » de la peine n'enjoint pas au juge du procès d'approcher avec retenue les recommandations conjointes. Il envoie plutôt un signal différent et, à mon avis, erroné : le juge peut intervenir s'il diffère d'opinion quant à ce que serait une « juste » peine. Si le juge du procès avait la liberté d'intervenir sur ce fondement, il en résulterait une [TRADUCTION] « suppression du recours à la négociation de plaidoyers dans le cadre du processus de poursuite criminelle » (*R. c. Oxford*, 2010 NLCA 45, 299 Nfld. & P.E.I.R. 327, par. 55).

[47] Bien que le critère de la peine « manifestement non indiquée » appliqué par les cours d'appel soit indubitablement un seuil plus élevé que le simple critère de la « justesse » de la peine, dans de rares cas, ce seuil peut ne pas être suffisamment souple dans le cadre de la recommandation conjointe. Je n'écarterais pas la possibilité qu'une peine, qui serait par ailleurs considérée comme manifestement non indiquée en l'absence d'une recommandation conjointe, puisse néanmoins être acceptable lorsqu'elle est recommandée. Par exemple, prenons le cas d'un accusé impliqué dans un crime très grave dont la preuve peut s'avérer difficile pour le ministère public en raison de lacunes dans son dossier. L'accusé accepte de plaider coupable et d'aider le ministère public dans la poursuite contre

submission, to a very lenient sentence in order to obtain the accused's guilty plea and his assistance. In short, a very lenient, even "demonstrably unfit" sentence may, in a particular case, serve the greater good.

[48] Further, both the fitness test and the appellate "demonstrably unfit" test suffer from a similar flaw: they are designed for different contexts. As such, there is an appreciable risk that the approaches which apply to conventional sentencing hearings or sentencing appeals will be conflated with the approach that must be adhered to on a joint submission. In conventional sentencing hearings, trial judges look at the circumstances of the offender and the offence, and the applicable sentencing principles. They are not asked to consider the critical systemic benefits that flow from joint submissions, namely, the ability of the justice system to function fairly and efficiently. Similarly, appellate courts are not bound to consider these systemic benefits on a conventional sentencing appeal. The public interest test avoids these pitfalls.

D. *Guidance for Trial Judges*

[49] Finally, I would offer some brief guidance to trial judges on the approach they should follow when they are troubled by a joint submission on sentence.

[50] Courts across the country are generally in agreement on the procedure judges should follow when they are inclined to depart from a joint submission (see, for example, *B.O.2*, at paras. 74-82; *R. v. Sinclair*, 2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569, at para. 17; *G.W.C.*, at para. 26). The parties and interveners emphasize the importance of procedure. It

ses coconspirateurs pour cette infraction et d'autres encore plus graves. Le ministère public pourrait raisonnablement conclure qu'il est dans l'intérêt public de donner son adhésion, au moyen d'une recommandation conjointe, à une peine très clémente, dans le but d'obtenir le plaidoyer de culpabilité de l'accusé ainsi que son assistance. En résumé, une peine très clémente, même si elle est « manifestement non indiquée », peut, dans une affaire donnée, servir le bien commun.

[48] En outre, le critère de la justesse ainsi que celui de la peine « manifestement non indiquée » appliqué en cour d'appel comportent tous deux une faille semblable : ils sont conçus pour des contextes différents. Il existe donc un risque appréciable que les méthodes appliquées lors des audiences ou des appels classiques en matière de détermination de la peine soient confondues avec celle qu'il faut appliquer dans le cas d'une recommandation conjointe. Dans le cadre des audiences classiques de détermination de la peine, les juges du procès examinent la situation du contrevenant et les circonstances de l'infraction, de même que les principes applicables à la détermination de la peine. Il ne leur est pas demandé de tenir compte de l'avantage, crucial pour le système, qui découle des recommandations conjointes, à savoir la capacité du système de justice de fonctionner équitablement et efficacement. De même, les cours d'appel n'ont pas l'obligation de prendre en considération cet avantage systémique dans le cadre d'un appel classique en matière de détermination de la peine. Le critère de l'intérêt public permet d'éviter ces pièges.

D. *Indications à l'intention des juges du procès*

[49] Enfin, voici à l'intention des juges du procès quelques indications sur l'approche qu'ils devraient suivre lorsqu'une recommandation conjointe relative à la peine les préoccupe.

[50] Dans l'ensemble, les tribunaux de partout au pays s'entendent sur la procédure qu'un juge devrait suivre quand il est enclin à écarter une recommandation conjointe (voir, par exemple, *B.O.2*, par. 74-82; *R. c. Sinclair*, 2004 MBCA 48, 185 C.C.C. (3d) 569, par. 17; *G.W.C.*, par. 26). Les parties et les intervenants insistent sur l'importance de la procédure. Elle

ensures that joint submissions are given proper consideration, and that accused persons — who have already entered a plea of guilty — are treated fairly. The following procedures reflect practical wisdom gained from the experience of our trial and appellate courts. They are meant to apply only to those cases where the joint submission is contentious and raises concerns with the trial judge. As I mentioned earlier, most joint submissions are unexceptional and are readily approved by trial judges without any difficulty.[3]

[51] First, trial judges should approach the joint submission on an "as-is" basis. That is to say, the public interest test applies whether the judge is considering varying the proposed sentence or adding something to it that the parties have not mentioned, for example, a probation order. If the parties have not asked for a particular order, the trial judge should assume that it was considered and excluded from the joint submission. However, if counsel have neglected to include a mandatory order, the judge should not hesitate to inform counsel. The need for certainty in joint submissions cannot justify failing to impose a mandatory order.

[52] Second, trial judges should apply the public interest test when they are considering "jumping" or "undercutting" a joint submission (*DeSousa*, per Doherty J.A.). That is not to say that the analysis will be the same in either case. On the contrary, from the accused's perspective, "undercutting" does not engage concerns about fair trial rights or undermine confidence in the certainty of plea negotiations. In

[3] As indicated, these reasons do not address sentencing flowing from plea agreements in which the parties are not in full agreement as to the appropriate sentence. In other instances, the Crown and accused may negotiate sentencing positions that reflect partial agreement or an agreed upon range. Such arrangements may involve a comparable *quid pro quo*. In such circumstances, it may be that similar considerations would apply where a trial judge is, for instance, inclined to exceed the ceiling proposed by the Crown, but we leave that question for another day.

fait en sorte que le juge tiendra compte des recommandations conjointes, et que les personnes accusées — qui ont déjà enregistré un plaidoyer de culpabilité — soient traitées avec équité. La procédure qui suit reflète la sagesse pratique que nos tribunaux de première instance et d'appel ont acquise par l'expérience. Elle n'est censée s'appliquer qu'aux affaires dans lesquelles la recommandation conjointe est controversée et soulève des préoccupations pour le juge du procès. Comme je l'ai déjà mentionné, la plupart des recommandations conjointes n'ont rien d'exceptionnel et sont facilement approuvées d'emblée par les juges du procès[3].

[51] Premièrement, les juges du procès devraient aborder la recommandation conjointe telle qu'elle leur est présentée. Autrement dit, le critère de l'intérêt public s'applique, que le juge envisage de modifier la peine recommandée ou d'y ajouter quelque chose dont les parties n'ont pas fait mention, par exemple une ordonnance de probation. Si les parties n'ont pas sollicité une ordonnance en particulier, le juge devrait supposer qu'elle a été examinée et exclue de la recommandation conjointe. Toutefois, si les avocats ont omis d'inclure une ordonnance impérative, le juge ne devrait pas hésiter à les en informer. Le besoin de certitude dans le contexte des recommandations conjointes ne peut justifier l'omission d'imposer une ordonnance impérative.

[52] Deuxièmement, les juges du procès doivent appliquer le critère de l'intérêt public lorsqu'ils envisagent d'infliger une peine plus lourde ou plus clémente que celle recommandée conjointement (*DeSousa*, le juge Doherty). Cela ne veut pas dire pour autant que l'analyse sera la même dans les deux cas. Au contraire, du point de vue de l'accusé, l'infliction d'une peine plus clémente ne suscite pas

[3] J'ai déjà indiqué que les présents motifs ne traitent pas de la peine qui découle d'une entente sur le plaidoyer où les parties ne sont pas entièrement d'accord au sujet de la peine appropriée. Dans d'autres cas, le ministère public et l'accusé peuvent négocier des avis en matière de détermination de la peine qui traduisent un accord partiel ou une fourchette de peines convenue. De tels arrangements peuvent comporter une contrepartie analogue. Dans une telle situation, des considérations semblables peuvent s'appliquer lorsque le juge du procès est, par exemple, enclin à infliger une peine plus lourde que la peine maximale proposée par le ministère public, mais nous reportons à plus tard l'examen de cette question.

addition, in assessing whether the severity of a joint submission would offend the public interest, trial judges should be mindful of the power imbalance that may exist between the Crown and defence, particularly where the accused is self-represented or in custody at the time of sentencing. These factors may temper the public interest in certainty and justify "undercutting" in limited circumstances. At the same time, where the trial judge is considering "undercutting", he or she should bear in mind that the community's confidence in the administration of justice may suffer if an accused enjoys the benefits of a joint submission without having to serve the agreed-upon sentence (see *DeSousa*, at paras. 23-24).

[53] Third, when faced with a contentious joint submission, trial judges will undoubtedly want to know about the circumstances leading to the joint submission — and in particular, any benefits obtained by the Crown or concessions made by the accused. The greater the benefits obtained by the Crown, and the more concessions made by the accused, the more likely it is that the trial judge should accept the joint submission, even though it may appear to be unduly lenient. For example, if the joint submission is the product of an agreement by the accused to assist the Crown or police, or an evidentiary weakness in the Crown's case, a very lenient sentence might not be contrary to the public interest. On the other hand, if the joint submission resulted only from the accused's realization that conviction was inevitable, the same sentence might cause the public to lose confidence in the criminal justice system.

[54] Counsel should, of course, provide the court with a full account of the circumstances of the offender, the offence, and the joint submission without waiting for a specific request from the trial

chez lui de préoccupations relativement au droit à un procès équitable, ni ne mine sa confiance envers la certitude des négociations sur le plaidoyer. De plus, quand il se demande si la sévérité d'une peine recommandée conjointement irait à l'encontre de l'intérêt public, le juge du procès doit être conscient de l'inégalité du rapport de force qu'il peut y avoir entre le ministère public et la défense, surtout lorsque l'accusé n'est pas représenté par avocat ou est détenu au moment de la détermination de la peine. Ces facteurs peuvent atténuer l'intérêt qu'a le public dans la certitude et justifier l'imposition d'une peine plus clémente dans des circonstances limitées. Par contre, lorsque le juge du procès envisage d'infliger une peine plus clémente, il doit se rappeler que la confiance de la société envers l'administration de la justice risque d'en souffrir si un accusé profite des avantages d'une recommandation conjointe sans avoir à purger la peine convenue (voir *DeSousa*, par. 23-24).

[53] Troisièmement, en présence d'une recommandation conjointe controversée, le juge du procès voudra sans aucun doute connaître les circonstances à l'origine de la recommandation conjointe, en particulier tous les avantages obtenus par le ministère public ou toutes les concessions faites par l'accusé. Plus les avantages obtenus par le ministère public sont grands, et plus l'accusé fait de concessions, plus il est probable que le juge du procès doive accepter la recommandation conjointe, même si celle-ci peut paraître trop clémente. Par exemple, si la recommandation conjointe est le fruit d'une entente par laquelle l'accusé s'engage à prêter main-forte au ministère public ou à la police, ou si elle reflète une faille dans la preuve du ministère public, une peine très clémente peut ne pas être contraire à l'intérêt public. Par contre, si la recommandation conjointe ne découlait que du constat de l'accusé qu'une déclaration de culpabilité était inévitable, la même peine pourrait faire perdre au public la confiance que lui inspire le système de justice pénale.

[54] Les avocats doivent évidemment donner au tribunal un compte rendu complet de la situation du contrevenant, des circonstances de l'infraction ainsi que de la recommandation conjointe sans attendre

judge. As trial judges are obliged to depart only rarely from joint submissions, there is a "corollary obligation upon counsel" to ensure that they "amply justify their position on the facts of the case as presented in open court" (Martin Committee Report, at p. 329). Sentencing — including sentencing based on a joint submission — cannot be done in the dark. The Crown and the defence must "provide the trial judge not only with the proposed sentence, but with a full description of the facts relevant to the offender and the offence", in order to give the judge "a proper basis upon which to determine whether [the joint submission] should be accepted" (*DeSousa*, at para. 15; see also *Sinclair*, at para. 14).

[55] This is not to say that counsel must inform the trial judge of "their negotiating positions or the substance of their discussions leading to the agreement" (*R. v. Tkachuk*, 2001 ABCA 243, 293 A.R. 171, at para. 34). But counsel must be able to inform the trial judge why the proposed sentence would not bring the administration of justice into disrepute or otherwise be contrary to the public interest. If they do not, they run the risk that the trial judge will reject the joint submission.

[56] There may, of course, be cases where it is not possible to put the main considerations underlying a joint submission on the public record because of safety or privacy concerns, or the risk of jeopardizing ongoing criminal investigations (see Martin Committee Report, at p. 317). In such cases, counsel must find alternative means of communicating these considerations to the trial judge in order to ensure that the judge is apprised of the relevant considerations and that a proper record is created for appeal purposes.

[57] A thorough justification of the joint submission also has an important public perception component. Unless counsel put the considerations

que le juge du procès le demande explicitement. Puisque les juges du procès sont tenus de ne s'écarter que rarement des recommandations conjointes, [TRADUCTION] « les avocats ont l'obligation corollaire » de s'assurer qu'ils « justifient amplement leur position en fonction des faits de la cause, tels qu'ils ont été présentés en audience publique » (rapport du comité Martin, p. 329). La détermination de la peine — y compris celle fondée sur une recommandation conjointe — ne peut se faire à l'aveuglette. Le ministère public et la défense doivent [TRADUCTION] « présenter au juge du procès non seulement la peine recommandée, mais aussi une description complète des faits pertinents à l'égard du contrevenant et de l'infraction », dans le but de donner au juge « un fondement convenable lui permettant de décider si [la recommandation conjointe] devrait être acceptée » (*DeSousa*, par. 15; voir aussi *Sinclair*, par. 14).

[55] Cela ne veut pas dire que les avocats doivent informer le juge du procès [TRADUCTION] « des positions qu'ils ont adoptées lors des négociations ou du contenu de leurs discussions ayant mené à l'entente » (*R. c. Tkachuk*, 2001 ABCA 243, 293 A.R. 171, par. 34). Les avocats doivent cependant être en mesure d'expliquer au juge pourquoi la peine qu'ils recommandent n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou n'est pas par ailleurs contraire à l'intérêt public. S'ils ne le font pas, ils courent le risque de voir le juge du procès rejeter la recommandation conjointe.

[56] Certes, dans certains cas, il ne sera pas possible de consigner au dossier les principales considérations sous-tendant une recommandation conjointe, en raison de préoccupations quant à la sécurité ou la vie privée, ou du risque de mettre en péril des enquêtes criminelles en cours (voir le rapport du comité Martin, p. 317). Dans de tels cas, les avocats doivent trouver d'autres moyens de communiquer ces considérations au juge du procès, et ce, dans le but de s'assurer que le juge est au fait des facteurs pertinents et qu'un dossier adéquat est créé pour les besoins d'un appel éventuel.

[57] Une justification exhaustive de la recommandation conjointe comporte également un élément important relatif à la perception du public. À moins

underlying the joint submission on the record, "though justice may be done, it may not have the appearance of being done; the public may suspect, rightly or wrongly, that an impropriety has occurred" (C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at p. 73).

[58] Fourth, if the trial judge is not satisfied with the sentence proposed by counsel, "fundamental fairness dictates that an opportunity be afforded to counsel to make further submissions in an attempt to address the . . . judge's concerns before the sentence is imposed" (*G.W.C.*, at para. 26). The judge should notify counsel that he or she has concerns, and invite further submissions on those concerns, including the possibility of allowing the accused to withdraw his or her guilty plea, as the trial judge did in this case.

[59] Fifth, if the trial judge's concerns about the joint submission are not alleviated, the judge may allow the accused to apply to withdraw his or her guilty plea. The circumstances in which a plea may be withdrawn need not be settled here. However, by way of example, withdrawal may be permitted where counsel have made a fundamental error about the legality of the proposed joint submission, for example, where a conditional sentence has been proposed but is unavailable.

[60] Finally, trial judges who remain unsatisfied by counsel's submissions should provide clear and cogent reasons for departing from the joint submission. These reasons will help explain to the parties why the proposed sentence was unacceptable, and may assist them in the resolution of future cases. Reasons will also facilitate appellate review.

IV. Application

[61] The Crown submits that on any test, the trial judge was entitled to depart from the joint submission. Respectfully, I cannot agree. Setting aside

que les avocats consignent au dossier les considérations sous-tendant la recommandation conjointe, [TRADUCTION] « la justice peut être rendue, mais elle peut paraître ne pas l'être; le public peut soupçonner, à tort ou à raison, qu'elle est entachée d'une irrégularité » (C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8e éd. 2012), p. 73).

[58] Quatrièmement, si le juge du procès n'est pas satisfait de la peine recommandée par les avocats, [TRADUCTION] « l'équité fondamentale exige que soit offerte aux avocats la possibilité de présenter des observations additionnelles en vue de tenter de répondre aux préoccupations du juge [. . .] avant qu'il impose la peine » (*G.W.C.*, par. 26). Le juge devrait faire part aux avocats de ses préoccupations, et les inviter à y répondre, en leur indiquant notamment la possibilité de permettre à l'accusé de retirer son plaidoyer de culpabilité, comme l'a fait le juge du procès en l'espèce.

[59] Cinquièmement, si les préoccupations que le juge du procès a soulevées au sujet de la recommandation conjointe ne sont pas atténuées, le juge peut permettre à l'accusé de demander le retrait de son plaidoyer de culpabilité. Il n'est pas nécessaire d'établir, dans les présents motifs, les circonstances dans lesquelles un plaidoyer peut être retiré. Toutefois, à titre d'exemple, le retrait peut être autorisé lorsque les avocats ont commis une erreur fondamentale quant à la légalité de la recommandation conjointe, par exemple si une peine d'emprisonnement avec sursis a été recommandée mais ne peut être imposée.

[60] Enfin, le juge du procès qui n'est toujours pas convaincu par les observations des avocats devrait énoncer des motifs clairs et convaincants à l'appui de sa décision d'écarter la recommandation conjointe. Ces motifs permettront d'expliquer aux parties pourquoi la peine recommandée n'était pas acceptable, et pourront leur être utiles pour le règlement d'affaires ultérieures. Les motifs faciliteront aussi l'examen en appel.

IV. Application

[61] Le ministère public soutient que, peu importe le critère, il était loisible au juge du procès d'écarter la recommandation conjointe. Soit dit en tout

that the trial judge failed to apply the proper test — he asked only whether the joint submission was fit — he failed to take into account the important systemic benefits of joint submissions, and the corresponding need for them to be reasonably certain.

[62] In terms of the custodial sentence, it appears the trial judge treated the joint submission as though it was a conventional sentencing hearing. With respect, he erred in doing so. The parties made a clear and firm recommendation on the appropriate sentence. Importantly, the Crown did not resile from the joint submission, but maintained his position that he was seeking a further period of 18 months in custody even after he learned of the calculation error.

[63] In my respectful view, there was no basis for the trial judge to substitute his opinion for the considered agreement of counsel. The custodial term proposed, while low, was not so low as to bring the administration of justice into disrepute or be contrary to the public interest. It was close to the range of sentence identified by the trial judge, and, as I have said, joint submissions promote the smooth operation of the criminal justice system. The appellant gave up his right to a trial and any self-defence argument he may have had. In the end, the trial judge's deviation from the recommended custodial sentence — by only six months — amounts to little more than tinkering.

[64] The probation order raises more difficult questions, but, in my view, it should not have been made. While the trial judge had reason to be concerned about how the appellant would manage in the community, these concerns were addressed by counsel (see para. 19, above).

[65] Normally a probation order requiring that the accused refrain from the use of non-medically

respect, je ne peux être d'accord. Hormis le fait que le juge du procès n'a pas appliqué le critère approprié — il s'est seulement demandé si la recommandation conjointe prévoyait une juste peine — il a omis de prendre en compte les avantages systémiques importants des recommandations conjointes, de même que la nécessité correspondante qu'elles soient raisonnablement certaines.

[62] En ce qui a trait à la peine de détention, il semble que le juge du procès ait traité la recommandation conjointe comme s'il s'agissait d'une audience classique de détermination de la peine. En toute déférence, il a ainsi commis une erreur. Les parties ont formulé une recommandation claire et ferme quant à la peine appropriée. Il est important de souligner que le ministère public ne s'est pas désisté de la recommandation conjointe, mais a maintenu sa position selon laquelle il sollicitait une période de détention additionnelle de 18 mois, même après avoir été informé de l'erreur de calcul.

[63] À mon avis, le juge du procès n'avait aucune raison de substituer son opinion à l'entente examinée avec soin par les avocats. La peine de détention proposée, bien que légère, ne l'était pas au point de déconsidérer l'administration de la justice ou d'être contraire à l'intérêt public. Elle s'approchait de la fourchette de peines indiquée par le juge du procès, et, comme je l'ai mentionné, les recommandations conjointes favorisent un fonctionnement en douceur du système de justice pénale. L'appelant a renoncé à son droit à un procès et à tout argument relatif à la légitime défense qu'il aurait pu invoquer. En fin de compte, en dérogeant — de seulement six mois — à la peine de détention recommandée, c'est tout juste si le juge ne l'a pas simplement remaniée.

[64] L'ordonnance de probation soulève des questions plus difficiles, mais, à mon avis, elle n'aurait pas dû être prononcée. Le juge du procès avait raison de se préoccuper de la façon dont l'appelant se comporterait dans la collectivité, mais les avocats lui avaient fourni des explications à ce sujet (voir par. 19 ci-dessus).

[65] Normalement, une ordonnance de probation interdisant à l'accusé de consommer des drogues

prescribed drugs would be, if not essential, certainly warranted where it is shown that an accused's drug addiction has contributed to his offending. However, the failure to impose such an order in the context of a joint submission is not necessarily fatal, particularly in a case like this, where the reason for the order is somewhat attenuated by the Director's warrant and the likelihood that the order would be self-defeating.

[66] The Crown, having considered the public interest, obviously felt that society would be adequately protected without a probation order. Counsel's view that the probation order was duplicative and therefore unnecessary to protect the public was reasonable in the circumstances. In fact, counsel appear to have come to a practical decision on how best to further the appellant's rehabilitation while ensuring the public's protection.

V. Conclusion

[67] I would allow the appeal, and vary the appellant's sentence to bring it into conformity with the joint submission, namely, that the appellant serve an additional 18 months in custody, with no period of probation to follow. The sentence jointly proposed by the Crown and defence was not one that would bring the administration of justice into disrepute, nor was it otherwise contrary to the public interest.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Jensen Law Corporation, Kamloops; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

non prescrites par un médecin serait assurément justifiée, voire essentielle, lorsqu'il est démontré que la dépendance de l'accusé aux drogues l'a mené à commettre son infraction. L'omission de rendre pareille ordonnance à la suite d'une recommandation conjointe n'est toutefois pas nécessairement fatale, surtout dans un cas comme celui qui nous occupe, où le mandat du directeur et la probabilité que l'ordonnance s'avère vaine font perdre à celle-ci quelque peu de sa raison d'être.

[66] Après avoir tenu compte de l'intérêt public, le ministère public a de toute évidence estimé que la société serait suffisamment protégée en l'absence d'une ordonnance de probation. L'opinion des avocats, selon laquelle l'ordonnance de probation était redondante et n'était donc pas nécessaire pour assurer la protection du public, était raisonnable dans les circonstances. En fait, les avocats semblent en être venus à une décision pratique quant à la meilleure façon de favoriser la réadaptation de l'appelant tout en assurant la protection du public.

V. Conclusion

[67] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier la peine de l'appelant pour qu'elle soit conforme à la recommandation conjointe, à savoir que l'appelant purge une peine de détention additionnelle de 18 mois, sans période de probation par la suite. La peine recommandée conjointement par le ministère public et la défense n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et n'était pas par ailleurs contraire à l'intérêt public.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Jensen Law Corporation, Kamloops; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Di Luca Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal; Association des avocats de la défense de Montréal, Montréal.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Di Luca Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal; Association des avocats de la défense de Montréal, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Jean-François Morasse *Appellant*

v.

Gabriel Nadeau-Dubois *Respondent*

and

Canadian Civil Liberties Association, Alberta Public Interest Research Group and Amnistie internationale, Section Canada francophone *Interveners*

Indexed as: Morasse *v.* Nadeau-Dubois

2016 SCC 44

File No.: 36351.

2016: April 22; 2016: October 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Contempt of court — Required knowledge and intent — Statutory provision creating offence of contempt of court for anyone who disobeys any process or order of court or judge, or acts in such way as to interfere with orderly administration of justice or to impair authority or dignity of court — Student organization holding protests and forming picket lines at university — Student obtaining provisional interlocutory injunction mandating free access to university facilities and classes — Spokesperson of student organization commenting on injunctions and picket lines in interview — Whether spokesperson guilty of contempt — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 50 para. 1.

N-D was the spokesperson for a student organization that held protests and formed picket lines in Quebec's various post-secondary institutions over proposed increases in university tuition fees. M, a student, obtained a provisional interlocutory injunction that mandated free access to the facilities in which classes for M's program were held. In a television interview he gave with another student leader, N-D stated that such attempts to force

Jean-François Morasse *Appelant*

c.

Gabriel Nadeau-Dubois *Intimé*

et

Association canadienne des libertés civiles, Alberta Public Interest Research Group et Amnistie internationale, Section Canada francophone *Intervenants*

Répertorié : Morasse *c.* Nadeau-Dubois

2016 CSC 44

N° du greffe : 36351.

2016 : 22 avril; 2016 : 27 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Outrage au tribunal — Connaissance et intention requises — Disposition légale prévoit qu'est coupable de l'infraction d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal — Protestations orchestrées et piquets de grève érigés à l'université par une organisation étudiante — Injonction interlocutoire provisoire ordonnant de laisser libre accès aux classes et aux installations universitaires obtenue par un étudiant — Commentaires sur les injonctions et les lignes de piquetage émis par le porte-parole d'une organisation étudiante durant une entrevue — Le porte-parole est-il coupable d'outrage? — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 50 al. 1.

N-D était le porte-parole d'une organisation étudiante qui a orchestré des manifestations et érigé des piquets de grève dans divers établissements postsecondaires du Québec pour contester des hausses projetées des droits de scolarité universitaires. M, un étudiant, a obtenu une injonction interlocutoire provisoire qui intimait de laisser libre accès aux installations où se donnaient les cours du programme auquel M était inscrit. Durant une entrevue

students back to class do not work, that a minority of students use the courts to circumvent the majority's collective decision to go on strike, and that picket lines are an entirely legitimate means to ensure respect of the vote to strike. M filed a motion for contempt against N-D for his comments in the interview. N-D was found guilty of contempt of court under art. 50 para. 1 of the *Code of Civil Procedure* and sentenced to 120 hours of community service to be completed within six months under the supervision of a probation officer. The Court of Appeal set the conviction and sentence aside and entered an acquittal.

télévisée qu'il a accordée en présence d'un autre leader étudiant, N-D a affirmé que ces tentatives pour forcer le retour en classe ne fonctionnent pas, qu'une minorité d'étudiants et d'étudiantes utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective de faire la grève, et que les lignes de piquetage constituent un moyen tout à fait légitime d'assurer le respect du vote de grève. M a déposé une requête pour outrage contre N-D pour les commentaires qu'il a émis durant l'entrevue. N-D a été déclaré coupable d'outrage au tribunal en application du premier alinéa de l'art. 50 du *Code de procédure civile* et condamné à accomplir 120 heures de travaux communautaires dans un délai de six mois sous la supervision d'un agent de probation. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité ainsi que la peine et a prononcé un acquittement.

Held (Wagner, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ.: What is at issue is whether a contempt charge brought by a private citizen against another individual, meets the strict procedural and substantive safeguards required by law to ensure that the liberty interests of those accused of contempt are fully protected. The power to find an individual guilty of contempt of court is an exceptional one. It is an enforcement power of last resort and the only civil proceeding in Quebec that may result in a penalty of imprisonment. Because of the potential impact on an individual's liberty, the formalities for contempt proceedings must be strictly complied with. Clear, precise and unambiguous notice of the specific contempt offence must be given to the accused, and the elements required for a conviction must be proven beyond a reasonable doubt. A conviction for contempt should only be entered where it is genuinely necessary to safeguard the administration of justice.

Arrêt (les juges Wagner, Côté et Brown sont dissidents) : L'appel est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon : La question en litige est celle de savoir si une accusation d'outrage portée par un simple citoyen contre une autre personne satisfait aux garanties procédurales et substantielles rigoureuses prescrites par la loi pour faire en sorte que le droit à la liberté de personnes accusées d'outrage soit pleinement protégé. Le pouvoir de déclarer une personne coupable d'outrage au tribunal en est un d'exception. Il s'agit d'un pouvoir de contrainte de dernier recours et de la seule procédure civile au Québec qui peut donner lieu à une peine d'emprisonnement. En raison des répercussions éventuelles qu'elle peut avoir sur la liberté de l'intéressé, les formalités de la procédure pour outrage doivent être strictement respectées; un avis clair, précis et sans ambiguïté de l'infraction particulière d'outrage dont il est inculpé doit être donné à l'accusé, et les éléments nécessaires à la déclaration de culpabilité doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable. Une déclaration de culpabilité pour outrage ne doit être prononcée que lorsqu'il est véritablement nécessaire de protéger l'administration de la justice.

At the time M instituted private proceedings against N-D, the offence of contempt of court existed in two separate provisions of the *Code*, now consolidated in art. 58 of the new *Code*. Article 50 para. 1 established the courts' general ability to hold someone in contempt. Article 761 created an offence for contempt of court that related specifically to breaching injunctions. Both provisions have been interpreted harmoniously with the common law. The offence of contempt of court at art. 50 para. 1 has two branches. Where a particular court order or process is at issue, both branches require actual or inferred knowledge of it. The first branch relates to disobeying any process

À l'époque où M a engagé sa procédure contre N-D, l'infraction d'outrage au tribunal était prévue dans deux dispositions distinctes du *Code*, maintenant consolidées à l'art. 58 du nouveau *Code*. Le premier alinéa de l'art. 50 établissait la compétence générale des tribunaux de déclarer quelqu'un coupable d'outrage. L'article 761 créait l'infraction d'outrage au tribunal qui se rapportait spécifiquement aux violations d'injonctions. Ces deux dispositions ont été interprétées en harmonie avec la common law. L'infraction d'outrage au tribunal décrite au premier alinéa de l'art. 50 comporte deux volets. Lorsqu'une ordonnance ou une injonction en particulier est en cause,

or order of the court or of a judge. The person accused of contempt must have intentionally done the act that the order prohibits or intentionally failed to do the act that the order compels. Under the second branch, the *actus reus* is made out where a person "acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice" or "to impair the authority or dignity of the court". The acts done, or the words complained of must either succeed in doing so, or create a serious or substantial risk of having this effect. The *mens rea* for this form of contempt is an intention to vilify the administration of justice, to destroy public confidence therein, or to excite disaffection against it. Good faith criticism of judicial institutions and their decisions falls short of this threshold.

The only allegations raised by M against N-D related to an alleged violation of one paragraph in an injunction order in the form of comments N-D made in an interview. N-D was not given notice as to which specific branch of art. 50 para. 1, if any, he was being charged under. With respect to the first branch, there was no evidence that N-D had knowledge, either actual or inferred, of the order. The fact that there were other injunctions does not prove that N-D knew of this particular order. Nor can knowledge be imputed to N-D on the basis of his comments during the interview, the question he was asked, or the statements of the other student leader interviewed with him. Nor did his endorsement of students picketing in general amount to an encouragement to use picket lines to block access to classes, since the order did not prohibit picketing altogether. M's failure to prove N-D's actual or inferred knowledge of the order is dispositive of the second branch. If N-D did not know about the order, he cannot have intended to interfere with it, or encourage others to do so.

Per Moldaver J.: In responding as he did in the television interview, N-D intended to incite students at large to breach any and all court orders which enjoined the use of picket lines to block access to classes. Had the case proceeded on that basis, his call to disobey at large would necessarily have included the interlocutory injunction obtained by M, regardless of whether he had specific knowledge of it or not. However, the issue at trial was whether N-D breached this particular order. The Quebec Court of Appeal therefore found correctly that the evidence did

les deux volets exigent la connaissance réelle ou inférée de l'ordonnance ou de l'injonction. Le premier volet vise la contravention à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un juge. La personne accusée d'outrage doit avoir intentionnellement commis un acte interdit par l'ordonnance ou intentionnellement omis de commettre un acte comme elle l'exige. Suivant le deuxième volet, l'*actus reus* est établi lorsque la personne « agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal ». Les actes posés ou les propos reprochés doivent soit avoir cet effet, soit créer un risque sérieux ou important de l'avoir. La *mens rea* de cette forme d'outrage est l'intention de dénigrer l'administration de la justice, de miner la confiance du public à son égard, ou d'inciter à la désaffection à son endroit. La critique de bonne foi des institutions judiciaires et de leurs décisions n'atteint pas ce seuil.

Les seules allégations qu'a soulevées M à l'endroit de N-D se rapportaient à une violation alléguée d'un paragraphe d'une ordonnance par les propos tenus en entrevue. N-D n'a pas été avisé de la partie spécifique du premier alinéa de l'art. 50, le cas échéant, en vertu de laquelle il était accusé. Quant au premier volet, il n'y avait aucune preuve que N-D avait une connaissance, directe ou par inférence, de l'ordonnance. Le fait que d'autres injonctions aient été prononcées ne prouve pas que N-D avait connaissance de l'ordonnance particulière en cause. La connaissance ne peut pas non plus être imputée à N-D sur le fondement des commentaires qu'il a formulés durant l'entrevue, de la question qui lui a été posée ou des déclarations faites par l'autre leader étudiant interviewé en même temps que lui. L'appui qu'il a donné au piquetage par les étudiants en général n'équivalait pas non plus à une incitation à employer des piquets de grève pour bloquer l'accès aux cours, puisque l'ordonnance n'interdisait pas complètement le piquetage. Le fait que M n'ait pas prouvé que N-D avait connaissance, réellement ou par inférence, de l'ordonnance est déterminant pour trancher la question au regard du deuxième volet. Si N-D n'avait pas connaissance de l'ordonnance, il ne pouvait avoir l'intention d'y faire obstacle ou d'inciter d'autres personnes à le faire.

Le juge Moldaver : En répondant comme il l'a fait durant l'entrevue télévisée, N-D avait l'intention d'inciter les étudiants en général à contrevenir à toutes les ordonnances judiciaires quelle qu'elles aient été qui prohibaient le piquetage comme moyen d'empêcher l'accès aux cours. Si le dossier avait été présenté de la sorte, son appel généralisé à la désobéissance aurait nécessairement visé l'ordonnance interlocutoire obtenue par M, que N-D ait eu une connaissance spécifique de cette dernière ou non. Or, la question à trancher lors du procès était celle

not support a finding that N-D had specific knowledge of the order, and that this was fatal to the contempt finding. Given the way the case was argued at trial, it would be both unfair and prejudicial to allow M to change the theory of the case at this level of the proceedings. The appeal should be dismissed for this reason alone.

Per Wagner, Côté and Brown JJ. (dissenting): The purpose of convictions for contempt of court, whether in a civil or a criminal context, is to maintain public confidence in the administration of justice and ensure the smooth functioning of the courts. This power is exceptional and must be exercised only as a last resort. Exercising it is nonetheless justified where a contempt conviction is necessary to protect the integrity of the justice system and to ensure that system's credibility in the eyes of the public. Strict conditions, including the criminal law standard of proof, apply when a contempt order is made. But this does not mean that the use of the power must be so arduous that, in practice, it can no longer be exercised.

In this case, N-D knew full well that the contempt charge he had to answer had been laid under both art. 761 and art. 50 para. 1 of the *Code of Civil Procedure*, as can be seen from the statements made by counsel for M at the appearance, from the special rule ordering N-D to appear, which expressly referred to both provisions, from the acts alleged by M against N-D in his motion and the description of the allegations against N-D, and from the submissions made by N-D at trial. It was therefore appropriate for the trial judge to determine whether N-D was guilty under the final portion of art. 50 para. 1 of the *Code*.

Specific knowledge of an order is not essential for the purposes of the final portion of art. 50 para. 1 of the *Code*. The offence it establishes is broader than the simple breach of an order. A contempt conviction is possible under this provision even where the underlying order has not yet taken effect. Actual personal knowledge of a court order, a requirement that flows from the case law, can always be inferred from circumstantial evidence. The inference must be reasonable given the evidence or the absence of evidence, assessed logically, and in light of common sense and human experience. The evidence must establish that the person accused of inciting others to breach an order knew of the existence of one or more orders that were in effect at the time of the offence and was also in a

de savoir si N-D avait contrevenu à cette ordonnance en particulier. La Cour d'appel du Québec a donc conclu, à bon droit, que la preuve n'étayait pas la conclusion selon laquelle N-D avait une connaissance spécifique de l'ordonnance, et que cela empêchait de conclure à l'outrage au tribunal. Vu la façon dont la cause a été présentée au procès, il serait à la fois injuste et préjudiciable d'autoriser M à changer sa thèse à la présente étape des procédures. Pour ce seul motif, l'appel est rejeté.

Les juges Wagner, Côté et Brown (dissidents) : La condamnation pour outrage au tribunal, que ce soit en matière civile ou criminelle, a pour but de sauvegarder la confiance du public dans l'administration de la justice et d'assurer le fonctionnement harmonieux des tribunaux. Ce pouvoir est exceptionnel et ne doit être exercé qu'en dernier recours. L'exercice de ce pouvoir est néanmoins justifié lorsqu'une condamnation pour outrage au tribunal s'impose afin d'appuyer l'intégrité du système de justice et d'assurer sa crédibilité auprès des justiciables. Le prononcé d'une ordonnance d'outrage exige le respect de conditions d'application strictes, notamment la norme de preuve applicable en droit criminel. Cela ne veut pas dire pour autant que l'application de ce pouvoir doit être à ce point ardue que celui-ci ne peut plus concrètement être exercé.

En l'espèce, N-D savait précisément qu'il devait répondre à l'accusation d'outrage portée en vertu des art. 761 et 50 al. 1 du *Code de procédure civile*, compte tenu des précisions apportées par l'avocat de M lors de sa comparution en première instance, de l'ordonnance spéciale de comparaître qui fait expressément état des deux articles, des faits que M reproche à N-D dans sa requête et de la description des allégations formulées contre ce dernier, ainsi que des arguments que N-D a présentés lors du procès. Le juge de première instance était donc justifié de décider si N-D était coupable en vertu de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 du *Code*.

La connaissance spécifique d'une ordonnance n'est pas essentielle pour les fins de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 du *Code*. Cette infraction est de portée plus générale que la seule violation des ordonnances. Une condamnation pour outrage au tribunal est possible, sous le régime de cette disposition, même si l'ordonnance sous-jacente n'a pas encore pris effet. La connaissance personnelle réelle de l'ordonnance d'un tribunal, exigée par la jurisprudence, peut toujours être inférée de la preuve circonstancielle. L'inférence doit être raisonnable compte tenu d'une appréciation logique de la preuve ou de l'absence de preuve, et suivant le bon sens et l'expérience humaine. La preuve doit établir que celui accusé d'avoir incité d'autres personnes à violer une ordonnance

position to know that his or her acts or words were contrary to those orders.

In this case, a contextual analysis of N-D's words can lead to only one reasonable inference. When considered in the context of the entire interview, those words show beyond a reasonable doubt that he knew of the existence, content and scope of the orders, and that he incited students to breach them.

The trial judge's conclusion with respect to the *actus reus* is entitled to deference. The *actus reus* under the first portion of art. 50 para. 1 of the *Code* is disobeying any process or order of a court. By contrast, the *actus reus* contemplated by the final portion of that provision consists of any action that interferes or tends to interfere with the orderly administration of justice, or that impairs or tends to impair the authority or dignity of the court. When assessed in the context of the entire interview, N-D's words were an incitement to breach the order in question as well as the other orders that had been made to ensure that students would have access to their classes.

It would not be appropriate to interfere with the trial judge's finding as regards the *mens rea*. An intention to interfere with the administration of justice or to impair the authority or dignity of the court is not an essential element of the offence of contempt; recklessness as to this consequence is enough. Given the context in which N-D made his remarks, he knew that his act of defiance would be public and it may be inferred that he was at least reckless as to whether the authority of the court would be impaired.

The importance of freedom of expression and of the protection of that freedom in a democratic society can never be overstated. But one may not use the exercise of one's freedom of expression as a pretext for inciting people to breach a court order. Ensuring compliance with orders made by the courts, and thereby maintaining the authority and credibility of the courts, has the effect of reinforcing the rule of law and, by extension, the fundamental freedoms, including freedom of expression.

The sentence imposed by the trial judge was neither unreasonable nor disproportionate. The trial judge correctly applied the rules dealing with the admissibility of evidence at the sentencing stage. N-D's argument that at the time the sentence was imposed, the need to prevent orders from being contravened no longer existed as a

connaissait l'existence d'une ou de plusieurs ordonnances en vigueur au moment de l'infraction et qu'il était en mesure de savoir que ses actes ou ses paroles contrevenaient à ces ordonnances.

En l'espèce, une analyse contextuelle des propos de N-D ne peut mener qu'à une seule conclusion raisonnable. Considérées dans le contexte de l'ensemble de l'entrevue, les paroles de N-D démontrent au-delà de tout doute raisonnable qu'il connaissait l'existence des ordonnances, ainsi que la teneur et la portée de celles-ci, et qu'il a incité les étudiants à y contrevenir.

La conclusion du juge de première instance sur l'*actus reus* mérite déférence. L'*actus reus* correspondant à la première partie de l'art. 50 al. 1 du *Code* est une contravention à une ordonnance ou à une injonction d'un tribunal. Par contre, l'*actus reus* visé par la dernière partie de cette disposition s'entend de toute action qui entrave ou tend à entraver le cours normal de l'administration de la justice, ainsi que de toute action qui porte ou tend à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal. Appréciées dans le contexte de l'ensemble de l'entrevue, les paroles de N-D constituaient une incitation à contrevenir à l'ordonnance en question ainsi qu'aux autres ordonnances visant à assurer l'accès des étudiants à leurs cours.

La conclusion du juge de première instance sur la *mens rea* ne justifie pas une intervention. L'intention d'entraver l'administration de la justice ou de porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction d'outrage au tribunal; l'insouciance à l'égard de cette conséquence suffit. Vu le contexte dans lequel N-D a prononcé ses paroles, il savait que sa transgression serait publique et il est permis d'inférer qu'à tout le moins il ne se souciait pas de savoir s'il y aurait atteinte à l'autorité de la cour.

L'importance de la liberté d'expression et de sa protection dans une société démocratique ne saurait jamais être exagérée. Or on ne peut, sous prétexte d'exercer sa liberté d'expression, inciter des citoyens à violer une ordonnance de la cour. Le fait d'assurer le respect des ordonnances prononcées par les tribunaux et, ainsi, de maintenir l'autorité et la crédibilité de ceux-ci, a pour effet d'appuyer le principe de la primauté du droit et, par ricochet, les libertés fondamentales, dont la liberté d'expression.

La peine infligée par le juge de première instance n'était ni déraisonnable ni disproportionnée. Le juge a correctement appliqué les règles relatives à l'admissibilité de la preuve à l'étape de la détermination de la peine. L'argument de N-D voulant qu'au moment où la peine a été infligée, la nécessité d'empêcher la violation des

result of a legislative measure disregards the objective of denunciation in the case of contempt. The sentence that was imposed is not an unreasonable departure from the penalties imposed in similar cases in which the contempt was public in nature.

Cases Cited

By Abella and Gascon JJ.

Referred to: *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1565; *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859; *Lavoie v. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 1685; *Goudreault v. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2017; *Caron v. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc.*, 2016 QCCA 564; *Carey v. Laiken*, 2015 SCC 17, [2015] 2 S.C.R. 79; *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Guay v. Lebel*, 2016 QCCA 1555; *Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137; *Javanmardi v. Collège des médecins du Québec*, 2013 QCCA 306, [2013] R.J.Q. 328; *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Constructions Louisbourg ltée v. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155; *Trudel v. Foucher*, 2015 QCCA 691; *Chamandy v. Chartier*, 2015 QCCA 1142; *Montréal (Ville de) v. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301*, 2006 QCCS 5273; *Gougoux v. Richard*, 2005 CanLII 37770; *Estrada v. Young*, 2005 QCCA 493; *Zhang v. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338; *Prud'homme v. Prud'homme*, 1997 CanLII 8253; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156.

By Moldaver J.

Referred to: *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859, *Newcastle Recycling Ltd. v. Clarington (Municipality)*, 2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373; *R. v. Vaillancourt* (1995), 105 C.C.C. (3d) 552; *R. v. Tran*, 2016 ONCA 48; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350.

By Wagner J. (dissenting)

Morasse v. Université Laval, 2012 QCCS 1565; *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859; *Zhang v. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298, leave to appeal refused, [2003] 3 S.C.R. v; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Baxter*

ordonnances n'existait plus en vertu d'une intervention législative fait abstraction de l'objectif de dénonciation en cas d'outrage au tribunal. La peine infligée ne s'écarte pas de manière déraisonnable des sanctions imposées en semblable matière, où l'outrage avait une connotation publique.

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Gascon

Arrêts mentionnés : *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565; *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859; *Lavoie c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 1685; *Goudreault c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2017; *Caron c. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc.*, 2016 QCCA 564; *Carey c. Laiken*, 2015 CSC 17, [2015] 2 R.C.S. 79; *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Guay c. Lebel*, 2016 QCCA 1555; *Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137; *Javanmardi c. Collège des médecins du Québec*, 2013 QCCA 306, [2013] R.J.Q. 328; *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109; *Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155; *Trudel c. Foucher*, 2015 QCCA 691; *Chamandy c. Chartier*, 2015 QCCA 1142; *Montréal (Ville de) c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301*, 2006 QCCS 5273; *Gougoux c. Richard*, 2005 CanLII 37770; *Estrada c. Young*, 2005 QCCA 493; *Zhang c. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338; *Prud'homme c. Prud'homme*, 1997 CanLII 8253; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156.

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859, *Newcastle Recycling Ltd. c. Clarington (Municipality)*, 2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373; *R. c. Vaillancourt*, 1995 CanLII 5036; *R. c. Tran*, 2016 ONCA 48; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350.

Citée par le juge Wagner (dissident)

Morasse c. Université Laval, 2012 QCCS 1565; *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859; *Zhang c. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298, autorisation d'appel refusée, [2003] 3 R.C.S. v; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Baxter*

Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd., [1983] 2 S.C.R. 388; *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *R. v. Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4th) 154, aff'd (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1; *R. v. Krawczyk*, 2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. xi; *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585, aff'd (1975), 11 O.R. (2d) 167; *Constructions Louisbourg ltée v. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155; *Echostar Satellite Corp. v. Lis*, 2004 CanLII 2156; *Procom Immobilier Inc. v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1992] R.D.J. 561; *Cotroni v. Quebec Police Commission*, [1978] 1 S.C.R. 1048; *Re Awada* (1970), 13 C.R.N.S. 127; *Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137; *Iron Ore Co. of Canada v. United Steel Workers of America, Local 5795* (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27, leave to appeal refused, [1979] 1 S.C.R. viii; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Carey v. Laiken*, 2015 SCC 17, [2015] 2 S.C.R. 79; *College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225; *Estrada v. Young*, 2005 QCCA 493; *R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1001; *Re Tilco Plastics Ltd. v. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547, aff'd [1967] 2 C.C.C. 196, leave to appeal refused, [1966] S.C.R. vii; *Avery v. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414; *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Attorney-General of Quebec v. Hebert*, [1967] 2 C.C.C. 111; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Attorney-General of Quebec v. Charbonneau* (1972), 13 C.C.C. (2d) 226; *Boon-Strachan Coal Co. v. Campbell*, [1981] C.S. 923; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338, varied on other grounds, [1976] C.A. 788; *Daigle v. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon*, [1991] R.D.J. 249; *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *Canadian Transport Co. v. Alsbury* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473, aff'd [1953] 1 D.L.R. 385, aff'd [1953] 1 S.C.R. 516; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Westfair Foods Ltd. v. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *Agence nationale d'encadrement du secteur financier v. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales*, 2005 CanLII 11614; *Peter Kiewit Sons Co. v. Perry*, 2007 BCSC 305.

Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada), Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388; *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *R. c. Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4th) 154, conf. par (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1; *R. c. Krawczyk*, 2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. xi; *Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585, conf. par (1975), 11 O.R. (2d) 167; *Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155; *Echostar Satellite Corp. c. Lis*, 2004 CanLII 2156; *Procom Immobilier Inc. c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1992] R.D.J. 561; *Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048; *Re Awada* (1970), 13 C.R.N.S. 127; *Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137; *Iron Ore Co. of Canada c. United Steel Workers of America, Local 5795* (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27, autorisation d'appel refusée, [1979] 1 R.C.S. viii; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Carey c. Laiken*, 2015 CSC 17, [2015] 2 R.C.S. 79; *College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225; *Estrada c. Young*, 2005 QCCA 493; *R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1001; *Re Tilco Plastics Ltd. c. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547, conf. par [1967] 2 C.C.C. 196, autorisation d'appel refusée, [1966] R.C.S. vii; *Avery c. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414; *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Hébert c. Procureur général du Québec*, [1966] J.Q. nº 15 (QL); *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449; *Charbonneau c. Procureur général du Québec*, [1973] R.P. 10; *Boon-Strachan Coal Co. c. Campbell*, [1981] C.S. 923; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338, modifié pour d'autres motifs, [1976] C.A. 788; *Daigle c. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon*, [1991] R.D.J. 249; *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *Canadian Transport Co. c. Alsbury* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473, conf. par [1953] 1 D.L.R. 385, conf. par [1953] 1 R.C.S. 516; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Westfair Foods Ltd. c. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *Agence nationale d'encadrement du secteur financier c. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales*, 2005 CanLII 11614; *Peter Kiewit Sons Co. c. Perry*, 2007 BCSC 305.

Statutes and Regulations Cited

Act to enable students to receive instruction from the postsecondary institutions they attend, S.Q. 2012, c. 12, ss. 10, 11, 13, 14, 32.

By-law amending the By-law concerning the prevention of breaches of the peace, public order and safety, and the use of public property, May 18, 2012, City of Montréal, By-law 12-024, art. 1.

By-law concerning the prevention of breaches of the peace, public order and safety, and the use of public property, R.B.C.M., c. P-6, art. 2.1 [ad. 2012, By-law 12-024, art. 1].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, s. 2(*b*).

Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, s. 3.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25 [repl. 2014, c. 1, s. 833], arts. 1, 50, 51 para. 1, 53, 53.1, 761.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, arts. 58, 62.

Authors Cited

Borrie & Lowe: The Law of Contempt, 4th ed., by Ian Cram, gen. ed. London: LexisNexis, 2010.

Ferland, Denis. "La Cour suprême et l'outrage au tribunal en matière d'injonction: Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388; [1983] R.D.J. 481 (C.S.C.)" (1985), 45 *R. du B.* 462.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 5e éd. Montréal: Yvon Blais, 2015.

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Gervais, Céline. *L'injonction*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Popovici, Adrian. *L'outrage au tribunal*. Montréal: Thémis, 1977.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (updated November 2015, release 24).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Giroux and Dufresne JJ.A.), 2015 QCCA 78, [2015] AZ-51142714, [2015] J.Q. no 158 (QL), 2015 CarswellQue 284 (WL Can.), setting aside a conviction and sentence for contempt of court by Jacques J., 2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174, [2012] AZ-50907942, [2012] J.Q. no 11705 (QL), 2012 CarswellQue 11446 (WL Can.), and 2012 QCCS 6101, [2012] R.J.Q. 2279,

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 2*b*).

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25 [rempl. 2014, c. 1, art. 833], art. 1, 50, 51 al. 1, 53, 53.1, 761.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 58, 62.

Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent, L.Q. 2012, c. 12, art. 10, 11, 13, 14, 32.

Règlement modifiant le Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public, 18 mai 2012, Ville de Montréal, Règl. 12-024, art. 1.

Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public, R.R.V.M., c. P-6, art. 2.1 [aj. 2012, Règl. 12-024, art. 1].

Doctrine et autres documents cités

Borrie & Lowe : The Law of Contempt, 4th ed., by Ian Cram, gen. ed., London, LexisNexis, 2010.

Ferland, Denis. « La Cour suprême et l'outrage au tribunal en matière d'injonction : Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388; [1983] R.D.J. 481 (C.S.C.) » (1985), 45 *R. du B.* 462.

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 5e éd., Montréal, Yvon Blais, 2015.

Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.

Gervais, Céline. *L'injonction*, 2e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005.

Popovici, Adrian. *L'outrage au tribunal*, Montréal, Thémis, 1977.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed., Toronto, Canada Law Book, 2015 (updated November 2015, release 24).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, Giroux et Dufresne), 2015 QCCA 78, [2015] AZ-51142714, [2015] J.Q. no 158 (QL), 2015 CarswellQue 284 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité et la peine prononcées par le juge Jacques à l'égard de l'outrage au tribunal, 2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174, [2012] AZ-50907942, [2012] J.Q. no 11705 (QL), 2012 CarswellQue 11446 (WL Can.), et 2012 QCCS

[2012] AZ-50918771, [2012] J.Q. nº 14670 (QL), 2012 CarswellQue 12900 (WL Can.), and entering an acquittal. Appeal dismissed, Wagner, Côté and Brown JJ. dissenting.

Maxime Roy, *Vincent Rochette* and *Ariane Gagnon-Rocque*, for the appellant.

Giuseppe Sciortino, *Sibel Ataogul* and *Félix-Antoine Michaud*, for the respondent.

Written submissions only by *Julius H. Grey*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ranjan K. Agarwal, *Faiz M. Lalani* and *Avnish Nanda*, for the intervener the Alberta Public Interest Research Group.

François Larocque and *Maxine Vincelette*, for the intervener Amnistie internationale, Section Canada francophone.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

[1] Abella and Gascon JJ. — In the spring of 2012, massive and sustained student protests took place in the province of Quebec over the issue of proposed increases in university tuition fees. The increases were announced as part of the budget introduced by the provincial government. Several student organizations which were opposed to the increases organized responsive protests.

[2] The protests paralyzed several post-secondary institutions. Classes at several institutions were cancelled. Student organizations held votes declaring themselves to be "on strike". Picket lines were formed at several universities and CEGEPs.[1] Students and teachers were prevented from entering the buildings in which classes were to be held. As a result, several injunctions were sought to restrict

[1] *Collèges d'enseignement général et professionnel*, Quebec's post-secondary and pre-university educational institutions.

6101, [2012] R.J.Q. 2279, [2012] AZ-50918771, [2012] J.Q. nº 14670 (QL), 2012 CarswellQue 12900 (WL Can.), et prononcé un acquittement. Pourvoi rejeté, les juges Wagner, Côté et Brown sont dissidents.

Maxime Roy, *Vincent Rochette* et *Ariane Gagnon-Rocque*, pour l'appelant.

Giuseppe Sciortino, *Sibel Ataogul* et *Félix-Antoine Michaud*, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Julius H. Grey,* pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Ranjan K. Agarwal, *Faiz M. Lalani* et *Avnish Nanda*, pour l'intervenant Alberta Public Interest Research Group.

François Larocque et *Maxine Vincelette*, pour l'intervenante Amnistie internationale, Section Canada francophone.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon rendu par

[1] Les juges Abella et Gascon — Au printemps 2012, des manifestations étudiantes importantes et soutenues ont lieu dans la province de Québec sur la question de hausses projetées des droits de scolarité universitaires. Les hausses sont annoncées dans le cadre du budget présenté par le gouvernement provincial. Plusieurs organisations étudiantes opposées à ces hausses organisent des manifestations en réaction au projet.

[2] Les manifestations paralysent plusieurs établissements postsecondaires et des cours sont annulés dans plusieurs d'entre eux. Des organisations étudiantes tiennent des votes « de grève ». Des lignes de piquetage sont formées sur les campus de plusieurs universités et cégeps[1]. Des étudiants et des enseignants sont empêchés de pénétrer dans les édifices où doivent se donner les cours. En conséquence,

[1] *Collèges d'enseignement général et professionnel*, les établissements d'enseignement postsecondaires et préuniversitaires du Québec.

these blockages and help ensure the continuation of the school year.

[3] The underlying events in the spring of 2012 were deeply disruptive, and caused massive dislocation and frustration for many. That, however, is not the subject of this appeal. We must be wary of addressing issues and evidence that were not raised or scrutinized at trial. What we are required to determine is whether a contempt charge brought by a private citizen against another individual, meets the strict procedural and substantive safeguards required by law to ensure that the liberty interests of those accused of contempt are fully protected. In our view, it did not.

[4] At the time, Gabriel Nadeau-Dubois was the spokesperson for the Coalition large de l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (CLASSE). As one of the most active student organizations in the province, the CLASSE organized protests and picket lines in various post-secondary institutions.

[5] At the height of the protests, Jean-François Morasse was a student in his final year at Université Laval's Faculty of Planning, Architecture, Arts and Design, completing a certificate in visual arts (*arts plastiques*). The Association des étudiants en arts plastiques de l'Université Laval (ASÉTAP), the organization representing students in that program, held a strike vote and organized protests. On February 29, 2012, picket lines were erected to block the entrance to the building where Mr. Morasse's classes were held.

[6] In the context of civil proceedings that he instituted against Université Laval, ASÉTAP and another student organization, Mr. Morasse obtained a provisional interlocutory injunction on April 12, 2012 for a 10-day period.[2] The injunction mandated

[2] *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1565.

plusieurs injonctions sont demandées pour limiter ces entraves et aider à faire en sorte que l'année scolaire se poursuive.

[3] Les événements sous-jacents de ce printemps 2012 ont été très perturbateurs et ils ont causé d'importants ennuis et beaucoup de frustration pour plusieurs. Toutefois, tel n'est pas l'objet du pourvoi. Nous devons nous garder de nous prononcer sur des questions et des éléments de preuve qui n'ont pas fait l'objet du procès et qui n'y ont pas été examinés. La question sur laquelle nous sommes appelés à nous pencher est celle de savoir si une accusation d'outrage portée par un simple citoyen contre une autre personne satisfait aux garanties procédurales et substantielles rigoureuses prescrites par la loi pour faire en sorte que le droit à la liberté de personnes accusées d'outrage soit pleinement protégé. À notre avis, il faut répondre à cette question par la négative.

[4] Durant la période en cause, Gabriel Nadeau-Dubois est le porte-parole de la Coalition large de l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (CLASSE). En tant qu'organisation étudiante parmi les plus actives dans la province, la CLASSE organise des manifestations et des piquetages dans plusieurs institutions d'enseignement postsecondaire.

[5] Au plus fort des manifestations, Jean-François Morasse est étudiant à la Faculté d'aménagement, d'architecture, d'art et de design de l'Université Laval, qu'il fréquente pour une dernière année avant de terminer un certificat en arts plastiques. L'Association des étudiants en arts plastiques de l'Université Laval (ASÉTAP), l'organisation qui représente les étudiants inscrits à ce programme, tient un vote de grève et organise des manifestations. Le 29 février 2012, des lignes de piquetage sont érigées pour bloquer l'entrée de l'édifice où sont offerts les cours de M. Morasse.

[6] Dans le cadre d'une instance civile qu'il introduit contre l'Université Laval, l'ASÉTAP et une autre organisation étudiante, M. Morasse obtient le 12 avril 2012 une injonction interlocutoire provisoire d'une durée de 10 jours[2]. L'injonction intime de laisser

[2] *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565.

free access to the facilities in which classes for the visual arts program were held. It also ordered all persons who were then boycotting classes to refrain from obstructing or otherwise blocking access to classes by way of intimidation or through other actions likely to have this effect.

[7] On April 26, 2012, Mr. Morasse brought an application to renew the injunction. On May 2, 2012, Émond J. (as he then was) renewed the injunction through a safeguard order valid until September 14, 2012.[3] His order reaffirmed the prohibition to obstruct or otherwise prevent access to classes, but made no specific reference to picketing generally:

[TRANSLATION]

ORDERS Université Laval, the Association des étudiants en arts plastiques [ASÉTAP] and any person informed of this order to give free access to the classrooms of Université Laval in which classes leading to the visual arts certificate are conducted so that those classes may be conducted in accordance with the schedule established for the winter 2012 session;

ORDERS all students and other persons currently boycotting classes to refrain from obstructing or impeding access to classes by means of intimidation or from taking any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question;

CONFERS on Université Laval the responsibility for service, without delay, of this order in the manner provided for in the *Code of Civil Procedure* and for making the order known to any person it deems advisable so that it may, as the owner and authority responsible for the premises, ensure the proper execution of this order;

DECLARES that this order will remain in effect until September 14, 2012; [Underlining added; paras. 59-62 (CanLII).]

[8] Eleven days later, on May 13, 2012, Mr. Nadeau-Dubois was interviewed by RDI, CBC's French television news network,[4] after one CEGEP, the Collège de Rosemont, resumed its regular

[3] *Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859.

[4] Réseau de l'information, a service of the Canadian Broadcasting Corporation.

libre accès à toutes les installations où se donnent des cours du programme d'arts plastiques. Elle enjoint également à tous ceux qui boycottent alors les cours de s'abstenir d'obstruer ou de bloquer autrement l'accès aux cours par l'intimidation ou par d'autres gestes qui auraient vraisemblablement cet effet.

[7] Le 26 avril 2012, M. Morasse présente une demande de renouvellement de l'injonction. Le 2 mai 2012, le juge Émond (maintenant juge de la Cour d'appel) renouvelle l'injonction en prononçant une ordonnance de sauvegarde valide jusqu'au 14 septembre 2012[3]. Dans cette ordonnance, le juge réaffirme l'interdiction d'obstruer l'accès aux cours ou de nuire à cet accès, mais il ne fait aucune mention particulière du piquetage en général :

ORDONNE à l'Université Laval, l'Association des étudiants en arts plastiques [ASÉTAP] ainsi qu'à toute personne informée de la présente ordonnance, de laisser libre accès aux salles de cours de l'Université Laval où sont dispensés les cours menant au certificat en arts plastiques, et ce, afin que ces cours puissent être donnés à l'horaire prévu à la session d'hiver 2012;

ORDONNE à tous les étudiants et autres personnes qui pratiquent présentement le boycottage des cours de s'abstenir d'obstruer ou de nuire à l'accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours;

CONFIE à l'Université Laval le soin de signifier sans délai la présente ordonnance selon les modalités prévues au *Code de procédure civile* et d'en informer toute personne qu'elle jugera à propos de façon à ce qu'elle puisse, à titre de propriétaire et responsable des lieux, s'assurer de la bonne exécution de la présente ordonnance;

DÉCLARE que la présente ordonnance demeure en vigueur jusqu'au 14 septembre 2012; [Nous soulignons; par. 59-62 (CanLII).]

[8] Onze jours plus tard, le 13 mai 2012, M. Nadeau-Dubois est interviewé par RDI, le réseau français de l'information de Radio-Canada, après qu'un cégep, le Collège de Rosemont, eut repris son

[3] *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859.

schedule of classes upon being ordered to do so by the Superior Court.[5] Appearing with him was Léo Bureau-Blouin, head of the Fédération étudiante collégiale du Québec, a coalition representing student unions in Quebec's CEGEPs and private colleges. The interview was broadcast live throughout the province. The relevant portions are as follows:

[TRANSLATION]

[RDI Interviewer]: Let's talk in concrete terms about what's happening on the ground, Léo Bureau-Blouin, so tomorrow, we see that at the Rosemont CEGEP, students are being encouraged to return to class. You, for your part, are you still urging strikers to set up picket lines to prevent students from entering . . . Lionel-Groulx as well . . . there are injunctions all over the place in some CEGEPs . . . ?

[Léo Bureau-Blouin]: There're no demonstrations organized directly by the federation, but every time there are forced returns to class like this, of course it leads to picket lines that go up right in front of the college. We have of course urged students, for example, to comply with the injunctions, you know, when there are specific court orders, not to block the path of certain students, I think it's important to comply with them, but it's sure that the decision made by Rosemont College, I think it's a dangerous decision that could potentially cause tension because, first of all, the vote by the students was a democratic one after all, so this creates some uneasiness for teachers in actually crossing the picket lines there or going to give classes despite the vote, but it also causes tension above all because there're students who want to go to class and there're others who don't want classes to resume, and this leads to heated exchanges and potentially to fights, whereas at this point we're in fact trying to calm the dispute, and it's working, as the situation's been a bit calmer in Montréal the last few days.

[RDI Interviewer]: As for CLASSE, Gabriel Nadeau-Dubois, what's the reaction to the return to class tomorrow, are you, well, are you still encouraging picketing to prevent, um?

horaire normal parce qu'une ordonnance de la Cour supérieure lui enjoignait de le faire[4]. Participe également à l'entrevue M. Léo Bureau-Blouin, dirigeant de la Fédération étudiante collégiale du Québec, une coalition représentant des associations étudiantes des cégeps et collèges privés du Québec. L'entrevue est diffusée en direct partout dans la province. Les extraits pertinents sont reproduits ci-après :

[Journaliste de RDI] : On va parler concrètement sur le terrain, Léo Bureau-Blouin, bon demain, on a vu du côté du Cégep de Rosemont, on incite les étudiants à revenir en classe. Vous de votre côté, est-ce que vous invitez toujours les grévistes à ériger des piquets de grève pour empêcher les étudiants d'entrer . . . Lionel-Groulx également . . . il y a des injonctions un peu partout dans certains cégeps . . .?

[Léo Bureau-Blouin] : Il n'y a pas de manifestation qui est organisée directement par la fédération, mais à chaque fois qu'il y a des retours comme ça forcés en classe, évidemment ça amène des piquets justement qui s'érigent devant le collège, c'est sûr que nous on a invité les étudiants par exemple à respecter les injonctions hein, quand y a des ordres précis de la Cour, pour ne pas bloquer le passage de certains étudiants, ça je pense que c'est important qu'on les respecte, mais c'est sûr que la décision du Collège de Rosemont, je pense c'est une décision qui est dangereuse qui peut potentiellement amener des tensions parce que dans un premier temps c'est un vote qui a été pris de manière démocratique quand même par les étudiants donc ça crée un malaise pour les enseignants de franchir justement ces piquets de grève là ou de malgré le vote d'aller donner les cours mais surtout aussi que ça amène des tensions parce qu'il y a des étudiants qui veulent entrer en classe, y en a d'autres qui veulent pas que les cours reprennent et ça amène des échauffourées, potentiellement des bagarres alors qu'en ce moment justement on essaie de pacifier le conflit et ça marche parce que depuis quelques jours la situation est un peu plus calme à Montréal.

[Journaliste de RDI] : À la CLASSE Gabriel Nadeau-Dubois, on réagit comment devant ce retour en classe demain, est-ce que bon vous, de votre côté, vous encouragez encore les piquets de grève pour empêcher euh?

[5] *Lavoie v. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 1685; *Goudreault v. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2017.

[4] *Lavoie c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 1685; *Goudreault c. Collège de Rosemont*, 2012 QCCS 2017.

[Gabriel Nadeau-Dubois]: What's clear is that such decisions, such attempts to force students back to class, they never work because the students who've been on strike for 13 weeks are standing together, they respect, and I'm speaking generally here, respect the democratic will expressed through the strike vote, and I think it's perfectly legitimate for students to take action to uphold the democratic choice that was made to go on strike. It's quite unfortunate that there's really a minority of students who're using the courts to circumvent the collective decision that was made. So we find it perfectly legitimate for people to do what they have to do to enforce the strike vote, and if that takes picket lines, we think it's a perfectly legitimate way to do it.

(R.F., at para. 62)

[9] On May 15, 2012, Mr. Morasse, acting under art. 53 of the *Code of Civil Procedure*,[6] filed a motion for contempt against Mr. Nadeau-Dubois for his comments in the interview. In this motion filed in his pending proceedings against Université Laval and ASÉTAP, Mr. Morasse claimed that Mr. Nadeau-Dubois' comments violated the following paragraph in Émond J.'s May 2nd order:

[TRANSLATION] **ORDERS** all students and other persons currently boycotting classes to refrain from obstructing or impeding access to classes by means of intimidation or from taking any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question; [para. 60]

[6] CQLR, c. C-25 (repealed):

53. No one may be condemned for contempt of court committed out of the presence of the judge, unless he has been served with a special rule ordering him to appear before the court, on the day and at the hour fixed, to hear proof of the acts with which he is charged and to urge any grounds of defence that he may have.

The judge may issue the rule *ex officio* or on application. Service of this rule is not required; it may be presented before a judge of the district where the contempt was committed.

The rule must be served personally, unless for valid reasons another mode of service is authorized by the judge.

[Gabriel Nadeau-Dubois] : Ce qui est clair c'est que ces décisions-là, ces tentatives-là de forcer le retour en classe, ça ne fonctionne jamais parce que les étudiants et les étudiantes qui sont en grève depuis 13 semaines sont solidaires les uns les autres, respectent, de manière générale là, respectent la volonté démocratique qui s'est exprimée à travers le vote de grève et je crois qu'il est tout à fait légitime pour les étudiants et étudiantes de prendre les moyens pour faire respecter le choix démocratique qui a été fait d'aller en grève. C'est tout à fait regrettable là qu'il y ait vraiment une minorité d'étudiants et d'étudiantes qui utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective qui a été prise. Donc nous, on trouve ça tout à fait légitime là, que les gens prennent les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève et si ça prend des lignes de piquetage, on croit que c'est un moyen tout à fait légitime de le faire.

(m.i., par. 62)

[9] Le 15 mai 2012, M. Morasse, agissant en application de l'art. 53 du *Code de procédure civile*[5] (« *C.p.c.* » ou « *Code* »), dépose une requête pour outrage contre M. Nadeau-Dubois pour les commentaires qu'il a émis durant l'entrevue. Dans cette requête, déposée dans le cadre de son instance pendante contre l'Université Laval et l'ASÉTAP, M. Morasse allègue que les commentaires de M. Nadeau-Dubois violent le paragraphe suivant de l'ordonnance prononcée le 2 mai par le juge Émond :

ORDONNE à tous les étudiants et autres personnes qui pratiquent présentement le boycottage des cours de s'abstenir d'obstruer ou de nuire à l'accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours; [par. 60]

[5] RLRQ, c. C-25 (abrogé) :

53. Nul ne peut être condamné pour outrage au tribunal commis hors la présence du juge, s'il n'a été assigné par ordonnance spéciale lui enjoignant de comparaître devant le tribunal, au jour et à l'heure indiqués, pour entendre la preuve des faits qui lui sont reprochés et faire valoir les moyens de défense qu'il peut avoir.

Le juge peut émettre l'ordonnance d'office ou sur demande. Cette demande n'a pas à être signifiée et peut être présentée devant un juge du district où l'outrage a été commis.

L'ordonnance doit être signifiée à personne, à moins que pour raison valable le juge n'autorise un autre mode de signification.

[10] The motion alleged only a violation of art. 761 of the *Code*, which stated:

761. Any person named or described in an order of injunction, who infringes or refuses to obey it, and any person not described therein who knowingly contravenes it, is guilty of contempt of court and may be condemned to a fine not exceeding $50,000, with or without imprisonment for a period up to one year, and without prejudice to the right to recover damages. Such penalties may be repeatedly inflicted until the contravening party obeys the injunction.

The court may also order the destruction or removal of anything done in contravention of the injunction, if there is reason to do so.

[11] On May 17, 2012, Jacques J. ordered Mr. Nadeau-Dubois to appear before the court on May 29, 2012, to respond to the allegations and evidence raised in Mr. Morasse's motion for contempt.[7] In this "special rule" order that he issued pursuant to art. 53 of the *Code*, Jacques J. described the allegations made against Mr. Nadeau-Dubois as follows: [TRANSLATION] ". . . did, on the air on the RDI television network, publicly incite people to contravene the order [the order of Émond J., that is] by preventing students, including the plaintiff [Mr. Morasse], from having access to their classes" (para. 3 (CanLII)).

[12] On his own initiative, Jacques J. also referred to the first paragraph of art. 50 of the *Code* in the reasons for the order (only the first paragraph is relevant to this appeal):

50. Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

The special rule did not indicate, however, which part of art. 50 para. 1 was at issue. Nor did it refer

[10] La requête se limite à alléguer une violation de l'art. 761 du *Code*, qui dispose :

761. Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n'excédant pas 50 000 $, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction.

Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu.

[11] Le 17 mai 2012, le juge Jacques ordonne à M. Nadeau-Dubois de comparaître le 29 mai suivant pour répondre aux allégations énoncées dans la requête pour outrage de M. Morasse, ainsi qu'à la preuve présentée dans ce contexte[6]. Dans l'« ordonnance spéciale de comparaître » qu'il prononce en application de l'art. 53 du *C.p.c.*, le juge Jacques décrit en ces termes les allégations formulées contre M. Nadeau-Dubois : « . . . a, sur les ondes du réseau de télévision RDI, incité publiquement les gens à contrevenir à l'ordonnance rendue [c'est-à-dire l'ordonnance rendue par le juge Émond] en empêchant les étudiants et étudiantes, dont le demandeur [à savoir, M. Morasse], à avoir accès à leurs cours » (par. 3 (CanLII)).

[12] De son propre chef, le juge Jacques fait aussi référence dans les « considérants » de l'ordonnance au premier alinéa de l'art. 50 du *C.p.c.* (le seul à être pertinent dans le présent pourvoi) :

50. Est coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

Toutefois, l'ordonnance spéciale de comparaître ne précise pas quelle partie du premier alinéa de

[7] *Morasse v. Nadeau-Dubois*, 2012 QCCS 2141.

[6] *Morasse c. Nadeau-Dubois*, 2012 QCCS 2141.

to any other injunction besides the May 2nd order of Émond J.

[13] The minutes and the transcript of the May 29, 2012 hearing at which the evidence against Mr. Nadeau-Dubois was disclosed, made it clear that the parties agreed that Mr. Nadeau-Dubois was only being charged with having actually violated para. 60 of the specific May 2, 2012 injunction by committing an action susceptible of preventing or of negatively affecting access to the classes.

[14] On the merits of the contempt motion, Jacques J. concluded that because Émond J.'s order had not been served on Mr. Nadeau-Dubois, he could not be found guilty of contempt of court under art. 761. However, he found him guilty under that part of art. 50 para. 1, which creates the offence of contempt for acts that interfere with the authority or dignity of the court. Jacques J. concluded that Mr. Nadeau-Dubois' knowledge of the injunction could be inferred from the fact that ASÉTAP, which was served with the order, was a member of CLASSE at the time of its issuance. Since Mr. Nadeau-Dubois was CLASSE's spokesperson at the time, his knowledge could be inferred. Knowledge could also be inferred from his words in the interview, and from his assumed knowledge of other unspecified injunctions that had been issued by other courts around the same time. His statements reflected an intention to obstruct justice or undermine judicial authority. And by encouraging the contravention of injunctions generally, his words had the *effect* of encouraging the contravention of Émond J.'s injunction.[8]

[15] Mr. Nadeau-Dubois was sentenced to 120 hours of community service, to be completed within six months under the supervision of a probation officer.[9]

[8] [2012] R.J.Q. 2174.
[9] [2012] R.J.Q. 2279.

l'art. 50 est en cause. Aucune injonction autre que celle prononcée par le juge Émond le 2 mai n'y est par ailleurs mentionnée.

[13] Il ressort clairement du procès-verbal et des notes sténographiques de l'audience du 29 mai 2012 — lors de laquelle la preuve contre M. Nadeau-Dubois est communiquée — que, pour toutes les parties, la seule accusation portée contre M. Nadeau-Dubois est celle d'avoir effectivement violé le par. 60 de l'injonction prononcée le 2 mai 2012 en posant un geste susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès aux cours.

[14] Sur le fond de la requête pour outrage, le juge Jacques conclut que M. Nadeau-Dubois ne peut pas être reconnu coupable d'outrage au tribunal en application de l'art. 761 puisque l'ordonnance du juge Émond ne lui a pas été signifiée. Toutefois, le juge le déclare coupable en vertu de la disposition du premier alinéa de l'art. 50 qui crée l'infraction d'outrage pour des actes qui portent atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal. Le juge Jacques conclut que la connaissance qu'avait M. Nadeau-Dubois de l'injonction peut être inférée du fait que l'ASÉTAP, à qui l'ordonnance a été signifiée, était membre de la CLASSE au moment où l'ordonnance a été prononcée. Puisque M. Nadeau-Dubois était le porte-parole de la CLASSE à l'époque, sa connaissance peut être inférée. La connaissance qu'il avait de l'injonction peut également être inférée de ses propos tenus lors de l'entrevue, et de sa connaissance présumée d'autres injonctions non précisées que d'autres tribunaux ont prononcées à la même époque. Pour le juge Jacques, les déclarations de M. Nadeau-Dubois témoignent d'une intention d'entraver l'administration de la justice ou de porter atteinte à l'autorité des tribunaux. Qui plus est, en incitant à contrevenir aux injonctions généralement, ses propos ont eu pour *effet* d'inciter à contrevenir à l'injonction du juge Émond[7].

[15] Monsieur Nadeau-Dubois est condamné à accomplir 120 heures de travaux communautaires dans un délai de six mois sous la supervision d'un agent de probation[8].

[7] [2012] R.J.Q. 2174.
[8] [2012] R.J.Q. 2279.

[16] The Quebec Court of Appeal unanimously allowed the appeal.[10] Dufresne J.A., writing for the court, concluded that the statements made during the television interview fell short of establishing that Mr. Nadeau-Dubois knew of the existence and content of Émond J.'s order. The question to which Mr. Nadeau-Dubois was responding in the interview dealt with an injunction granted against a CEGEP, not with the order issued on May 2nd by Émond J. against Université Laval. Nor was it appropriate to infer knowledge of that specific order from Mr. Nadeau-Dubois' general reference to [TRANSLATION] "such attempts to force students back to class".

[17] The Court of Appeal agreed with Jacques J. that art. 761 did not apply because Mr. Nadeau-Dubois was neither named nor designated in the injunction. The only issue, therefore, was whether Mr. Nadeau-Dubois was guilty under art. 50 para. 1. The court concluded that the *mens rea* was not met because it was not proven beyond a reasonable doubt that Mr. Nadeau-Dubois knew of the May 2nd injunction. In those circumstances, it would be improper to impute an intention to Mr. Nadeau-Dubois to encourage others to breach an order of which he had no knowledge. As for the *actus reus*, the court found that in any event, the words spoken were ambiguous, and that it could not therefore conclude beyond a reasonable doubt that these words incited or encouraged persons to violate the injunction. The conviction and sentence were consequently set aside and an acquittal entered.

[18] We agree with the conclusions of the Court of Appeal. Jacques J. made both legal and palpable and overriding errors that justified the Court of Appeal's intervention. For the following reasons, we would dismiss the appeal.

Analysis

[19] In Quebec, the power to find an individual guilty of contempt of court is an exceptional one.

[10] 2015 QCCA 78.

[16] Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel du Québec accueille l'appel[9]. Au nom de la cour, le juge Dufresne conclut que les propos tenus pendant l'entrevue à la télévision ne permettent pas d'établir que M. Nadeau-Dubois connaissait l'existence et la teneur de l'ordonnance du juge Émond. La question à laquelle M. Nadeau-Dubois répondait en entrevue portait sur l'injonction prononcée contre un cégep, et non sur l'ordonnance rendue le 2 mai par le juge Émond contre l'Université Laval. En outre, la référence générale de M. Nadeau-Dubois à « ces tentatives-là de forcer le retour en classe » ne permet pas d'inférer la connaissance de cette ordonnance en particulier.

[17] La Cour d'appel se dit d'accord avec le juge Jacques pour conclure que l'art. 761 ne s'applique pas, puisque M. Nadeau-Dubois n'était ni nommé ni visé par l'injonction. La seule question à trancher est donc celle de savoir si M. Nadeau-Dubois est coupable en application du premier alinéa de l'art. 50. La cour conclut que la *mens rea* n'a pas été établie, puisqu'il n'a pas été prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Nadeau-Dubois avait connaissance de l'injonction du 2 mai. Dans de telles circonstances, on ne peut imputer à M. Nadeau-Dubois une intention d'inciter d'autres personnes à violer une ordonnance dont il n'avait pas connaissance. Quant à l'*actus reus*, la cour conclut que, de toute façon, les paroles prononcées étaient ambiguës, si bien qu'elle ne peut conclure hors de tout doute raisonnable que ces paroles ont incité ou encouragé quiconque à violer l'injonction. La cour annule donc la déclaration de culpabilité ainsi que la peine et prononce un verdict d'acquittement.

[18] Nous souscrivons aux conclusions de la Cour d'appel. Le juge Jacques a commis des erreurs de droit de même que des erreurs manifestes et déterminantes qui justifiaient l'intervention de la Cour d'appel. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Analyse

[19] Au Québec, le pouvoir de déclarer une personne coupable d'outrage au tribunal en est un

[9] 2015 QCCA 78.

Courts have consistently discouraged its routine use to obtain compliance with court orders. It is, in short, an enforcement power of last resort: *Caron v. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc.*, 2016 QCCA 564, at paras. 25-26 (CanLII), citing *Carey v. Laiken*, [2015] 2 S.C.R. 79, at para. 36; *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, at paras. 7-8 (CanLII).

[20] Contempt of court is the only civil proceeding that may result in a penalty of imprisonment in Quebec: *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065, at p. 1076; art. 1 of the *Code of Civil Procedure*; art. 62 of the new *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, which came into force on January 1, 2016. Because of the potential impact on an individual's liberty, the formalities for contempt proceedings must be strictly complied with — clear, precise and unambiguous notice of the specific contempt offence for which he or she is being charged must be given to the accused, and the elements required for a conviction must be proven beyond a reasonable doubt: *Guay v. Lebel*, 2016 QCCA 1555, at para. 8 (CanLII); *Droit de la famille — 122875* (2012), 29 R.F.L. (7th) 137 (Que. C.A.), at paras. 24 and 30, and *Javanmardi v. Collège des médecins du Québec*, [2013] R.J.Q. 328 (C.A.), at para. 26, both citing *Godin v. Godin* (2012), 317 N.S.R. (2d) 204 (C.A.), at para. 47; art. 53.1 of the *Code of Civil Procedure*; Céline Gervais, *L'injonction* (2nd ed. 2005), at p. 125; *Vidéotron*, at p. 1077, citing *Imperial Oil Ltd. v. Tanguay*, [1971] C.A. 109. This insistence on formalism is especially important in the exceptional context of contempt proceedings brought by private parties.

[21] In all cases of contempt, it is crucial that courts stay alert to the exceptional nature of their contempt powers, using it only as a measure of last resort. A conviction for contempt should only be entered where it is genuinely necessary to safeguard the administration of justice: *Centre commercial Les Rivières*, at paras. 7 and 65-66; *Constructions Louisbourg ltée v. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155, at para. 26 (CanLII).

d'exception. Les tribunaux ont toujours refusé de l'exercer de façon routinière pour faire respecter des ordonnances judiciaires. En somme, il s'agit d'un pouvoir qui ne doit être exercé qu'en dernier recours : *Caron c. Paul Albert Chevrolet Buick Cadillac inc.*, 2016 QCCA 564, par. 25-26 (CanLII), citant *Carey c. Laiken*, [2015] 2 R.C.S. 79, par. 36; *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, par. 7-8 (CanLII).

[20] L'outrage au tribunal est la seule procédure civile au Québec qui peut donner lieu à une peine d'emprisonnement : *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, p. 1076; article premier du *Code de procédure civile*; art. 62 du nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, entré en vigueur le 1er janvier 2016. En raison des répercussions éventuelles qu'elle peut avoir sur la liberté de l'intéressé, les formalités de la procédure pour outrage doivent être strictement respectées; un avis clair, précis et sans ambiguïté de l'infraction particulière d'outrage dont il est inculpé doit être donné à l'accusé, et les éléments nécessaires à la déclaration de culpabilité doivent être prouvés hors de tout doute raisonnable : *Guay c. Lebel*, 2016 QCCA 1555, par. 8 (CanLII); *Droit de la famille — 122875* (2012), 29 R.F.L. (7th) 137 (C.A. Qc), par. 24 et 30, et *Javanmardi c. Collège des médecins du Québec*, [2013] R.J.Q. 328 (C.A.), par. 26, citant tous les deux *Godin c. Godin* (2012), 317 N.S.R. (2d) 204 (C.A.), par. 47; art. 53.1 du *Code de procédure civile*; Céline Gervais, *L'injonction* (2e éd. 2005), p. 125; *Vidéotron*, p. 1077, citant *Imperial Oil Ltd. c. Tanguay*, [1971] C.A. 109. Cette insistance sur le formalisme est particulièrement importante dans le cadre exceptionnel de la procédure pour outrage introduite par des parties privées.

[21] Dans toutes les affaires d'outrage, il est essentiel que les tribunaux gardent à l'esprit le caractère exceptionnel de leurs pouvoirs en la matière et ne les exercent qu'à titre de mesure de dernier recours. Une déclaration de culpabilité pour outrage ne doit être prononcée que lorsqu'il est véritablement nécessaire de protéger l'administration de la justice : *Centre commercial Les Rivières*, par. 7 et 65-66; *Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155, par. 26 (CanLII).

[22] At the time Mr. Morasse instituted proceedings against Mr. Nadeau-Dubois, the offence of contempt of court existed in two separate provisions of the *Code of Civil Procedure*, arts. 50 and 761.[11] Article 50 para. 1, which fell within the section of the *Code* that laid out the powers of the courts and judges, established the courts' *general* ability to hold someone in contempt:

50. Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

[23] Article 761 was part of the section of the *Code of Civil Procedure* that dealt with injunctions. It created an offence for contempt of court that related specifically to breaching injunctions:

761. Any person named or described in an order of injunction, who infringes or refuses to obey it, and any person not described therein who knowingly contravenes it, is guilty of contempt of court and may be condemned to a fine not exceeding $50,000, with or without imprisonment for a period up to one year, and without prejudice to the right to recover damages. Such penalties may be repeatedly inflicted until the contravening party obeys the injunction.

The court may also order the destruction or removal of anything done in contravention of the injunction, if there is reason to do so.

[24] Both arts. 50 and 761 have been interpreted harmoniously with the common law: see, e.g., *Vidéotron*, at p. 1078; *Trudel v. Foucher*, 2015 QCCA 691, at para. 31 (CanLII); *Chamandy v. Chartier*,

[22] À l'époque où M. Morasse engage sa procédure contre M. Nadeau-Dubois, l'infraction d'outrage au tribunal est prévue dans deux dispositions distinctes du *C.p.c.*, soit les art. 50 et 761[10]. Le premier alinéa de l'art. 50, qui se trouve dans la partie du *Code* qui énonce les pouvoirs des tribunaux et des juges, établit la compétence *générale* des tribunaux de déclarer quelqu'un coupable d'outrage :

50. Est coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

[23] L'article 761 se trouve dans la partie du *C.p.c.* qui porte sur les injonctions. Il crée l'infraction d'outrage au tribunal qui se rapporte spécifiquement aux violations d'injonctions :

761. Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n'excédant pas 50 000 $, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction.

Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu.

[24] Les articles 50 et 761 ont été tous les deux interprétés en harmonie avec la common law : voir, par ex., *Vidéotron*, p. 1078; *Trudel c. Foucher*, 2015 QCCA 691, par. 31 (CanLII); *Chamandy c. Chartier*,

[11] Quebec's new *Code of Civil Procedure* contains only one provision setting out an offence for contempt of court, effectively consolidating the separate provisions of the old *Code*. Article 58 of the new *Code* states:

> **58.** A person who disobeys a court order *or* injunction *or* acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice or undermine the authority or dignity of the court is guilty of contempt of court.
>
> A person not named in an injunction who disobeys that injunction is guilty of contempt of court only if the person does so knowingly.

[10] Le nouveau *Code de procédure civile* du Québec ne renferme qu'une seule disposition créant l'infraction d'outrage au tribunal, réunissant de fait les dispositions distinctes de l'ancien *Code*. L'article 58 du nouveau *Code* dispose :

> **58.** Se rend coupable d'outrage au tribunal la personne qui contrevient à une ordonnance *ou* à une injonction du tribunal *ou* qui agit de manière à entraver le cours de l'administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.
>
> En matière d'injonction, la personne qui n'y est pas désignée ne se rend coupable d'outrage au tribunal que si elle y contrevient sciemment.

2015 QCCA 1142, at paras. 26 and 31 (CanLII); *Montréal (Ville de) v. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301*, 2006 QCCS 5273, at para. 117 (CanLII); *Gougoux v. Richard*, 2005 CanLII 37770 (Que. Sup. Ct.), at paras. 28-31.

[25] The offence of contempt of court at art. 50 para. 1 has two branches. Where a particular court order or process is at issue, both branches require actual or inferred knowledge of it. Actual knowledge may be shown by evidence that a court order was personally served on the person accused of contempt, or it can be inferred from the surrounding circumstances or from the individual's conduct: *Estrada v. Young*, 2005 QCCA 493, at para. 11 (CanLII); *Zhang v. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298 (Que. C.A.), at paras. 30-31. But actual knowledge cannot be inferred from the conduct of others or from service of the court order on persons other than the accused: *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, at para. 128. Moreover, where a court order is alleged to have been breached, it must state clearly and unequivocally what is required or prohibited. This ensures that an individual will not be convicted of contempt if the court order is vague: *Paul Albert Chevrolet*, at para. 26; *Carey*, at para. 33.

[26] The first branch relates to disobeying any process or order of the court or of a judge. The person accused of contempt must have intentionally done the act that the order prohibits or intentionally failed to do the act that the order compels: *Carey*, at para. 35.

[27] The second branch of art. 50 para. 1 is different. The *actus reus* is made out where a person "acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice" or "to impair the authority or dignity of the court". The acts done, or the words complained of must either succeed in doing so, or create a serious or substantial risk of having this effect: Adrian Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), at p. 41; *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.), at p. 512, citing *Attorney-General*

2015 QCCA 1142, par. 26 et 31 (CanLII); *Montréal (Ville de) c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP), section locale 301*, 2006 QCCS 5273, par. 117 (CanLII); *Gougoux c. Richard*, 2005 CanLII 37770 (C.S. Qc), par. 28-31.

[25] L'infraction d'outrage au tribunal décrite au premier alinéa de l'art. 50 comporte deux volets. Lorsqu'une ordonnance ou une injonction en particulier du tribunal est en cause, les deux volets exigent la connaissance réelle ou inférée de l'ordonnance ou de l'injonction. La connaissance réelle peut être établie par la preuve que l'ordonnance du tribunal a été signifiée personnellement à l'individu accusé d'outrage. Elle peut aussi être inférée des circonstances ou du comportement de l'intéressé : *Estrada c. Young*, 2005 QCCA 493, par. 11 (CanLII); *Zhang c. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298 (C.A. Qc), par. 30-31. Toutefois, la connaissance réelle ne peut être inférée du comportement d'autrui ou de la signification de l'ordonnance du tribunal à d'autres personnes que l'accusé : *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, par. 128. En outre, lorsqu'on allègue la violation d'une ordonnance du tribunal, il faut que l'ordonnance énonce clairement et sans équivoque ce qui est exigé ou interdit. Cette exigence vise à faire en sorte que l'intéressé ne soit pas déclaré coupable d'outrage si l'ordonnance du tribunal est vague : *Paul Albert Chevrolet*, par. 26; *Carey*, par. 33.

[26] Le premier volet vise la contravention à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un juge. La personne accusée d'outrage doit avoir intentionnellement commis un acte interdit par l'ordonnance ou intentionnellement omis de commettre un acte comme elle l'exige : *Carey*, par. 35.

[27] Le deuxième volet du premier alinéa de l'art. 50 est différent. L'*actus reus* est établi lorsque la personne « agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal ». Les actes posés ou les propos reprochés doivent soit avoir cet effet, soit créer un risque sérieux ou important de l'avoir : Adrian Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), p. 41; *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.), p. 512, citant *Attorney-General c.*

v. Times Newspapers Ltd., [1973] 3 All E.R. 54 (H.L.), at pp. 66-67, per Lord Morris of Borth-y-Gest. Encouraging third parties to breach a court order is just one example of what may constitute the *actus reus* for this branch of civil contempt: Denis Ferland, "La Cour suprême et l'outrage au tribunal en matière d'injonction: Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd." (1985), 45 *R. du B.* 462, at p. 464; *Borrie & Lowe: The Law of Contempt* (4th ed. 2010), at p. 145.

[28] The *mens rea* for this form of contempt, at common law and in the law of Quebec, is an intention to "vilify the administration of justice", to "destroy public confidence therein", or to "excite disaffection against it": *Kopyto*, at p. 514, citing *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, at p. 344; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338 (Que. Sup. Ct.), at pp. 356-57; *Gougoux*, at para. 30. Good faith criticism of judicial institutions and their decisions, even where vigorous and outspoken, falls short of this threshold: *Kopyto*, at p. 502, per Dubin J.A., dissenting in part; *Prud'homme v. Prud'homme*, 1997 CanLII 8253 (Que. Sup. Ct.), at paras. 8-9.

Application

[29] In our view, the appeal should be dismissed.

[30] Mr. Nadeau-Dubois was ordered by Jacques J. to appear to answer charges under both arts. 50 para. 1 and 761 of the *Code of Civil Procedure*, notwithstanding that Mr. Morasse only brought charges under art. 761. As noted, the accused in a contempt proceeding must be made aware of the precise nature of the charges laid against him or her: *Droit de la famille*, at paras. 26-27. To protect the rights of the accused, any doubt or ambiguity in this regard must enure to his or her benefit. The only allegations raised here by Mr. Morasse against Mr. Nadeau-Dubois related to an alleged violation of para. 60 of Émond J.'s order through the comments made in the interview. No other court order besides that of Émond J. was raised in the special rule. This was made very clear at the May 29, 2012 hearing. Even Jacques J.'s reasons acknowledged that it was

Times Newspapers Ltd., [1973] 3 All E.R. 54 (H.L.), p. 66-67, lord Morris de Borth-y-Gest. Inciter des tiers à violer une ordonnance du tribunal n'est qu'un exemple parmi d'autres de ce que peut constituer l'*actus reus* de ce volet de l'outrage en matière civile : Denis Ferland, « La Cour suprême et l'outrage au tribunal en matière d'injonction : Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada) Ltd. » (1985), 45 *R. du B.* 462, p. 464; *Borrie & Lowe : The Law of Contempt* (4e éd. 2010), p. 145.

[28] La *mens rea* de cette forme d'outrage, tant en common law qu'en droit québécois, est l'intention de [TRADUCTION] « dénigrer l'administration de la justice », de « miner la confiance du public à son égard », ou d'« inciter à la désaffection à son endroit » : *Kopyto*, p. 514, citant *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, p. 344; *Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338 (C.S. Qc), p. 356-357; *Gougoux*, par. 30. La critique de bonne foi des institutions judiciaires et de leurs décisions, même lorsqu'elle est vigoureuse et véhémente, n'atteint pas ce seuil : *Kopyto*, p. 502, le juge Dubin de la Cour d'appel, dissident en partie; *Prud'homme c. Prud'homme*, 1997 CanLII 8253 (C.S. Qc), par. 8-9.

Application

[29] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

[30] Le juge Jacques a ordonné à M. Nadeau-Dubois de comparaître pour répondre à des accusations fondées à la fois sur le premier alinéa de l'art. 50 et sur l'art. 761 du *C.p.c.*, même si M. Morasse n'avait porté des accusations qu'en vertu de la seconde de ces dispositions. Rappelons que, dans une procédure pour outrage, l'accusé doit être informé de la nature précise des accusations portées contre lui : *Droit de la famille*, par. 26-27. Pour protéger les droits de l'accusé, tout doute ou ambiguïté à cet égard doit jouer en sa faveur. En l'espèce, les seules allégations qu'a soulevées M. Morasse à l'endroit de M. Nadeau-Dubois se rapportaient à une violation alléguée du par. 60 de l'ordonnance du juge Émond par les propos tenus en entrevue. Aucune ordonnance judiciaire autre que celle du juge Émond n'a été invoquée dans l'ordonnance spéciale

imperative that he be convinced beyond a reasonable doubt that Mr. Nadeau-Dubois knew the content of that order specifically (paras. 2, 49, 51(2) and 67).

[31] Since Mr. Nadeau-Dubois was neither named nor described in the injunction issued by Émond J. on May 2, 2012, both prior courts concluded that a conviction for contempt under art. 761 of the *Code* could not be entered against him. This was not argued further by Mr. Morasse before us.

[32] Turning to art. 50 para. 1, while it contains two branches, Mr. Nadeau-Dubois was however not given notice as to which specific part, if any, he was being charged under. Instead, the special rule simply referred to the whole paragraph. Absent other precision, this meant that the only offence against which Mr. Nadeau-Dubois was required to defend himself was with regard to what Mr. Morasse detailed in the allegations of his motion for contempt.

[33] As previously noted, to have Mr. Nadeau-Dubois convicted under the first branch of art. 50 para. 1, Mr. Morasse had the onus of proving beyond a reasonable doubt that Émond J.'s order was clear, that Mr. Nadeau-Dubois had knowledge of it and that he intentionally did what the order prohibited. Yet, there was no evidence that Mr. Nadeau-Dubois had knowledge, either actual or inferred, of the May 2nd injunction. Mr. Nadeau-Dubois was not personally served with a copy of the injunction. Marie-Pierre Bocquet, who was President of ASÉTAP at the time the injunction was issued, acknowledged that she had been served with a copy of the May 2nd order, but testified that she had not given a copy of it to CLASSE or to Mr. Nadeau-Dubois, and was not aware of anyone else doing so. Service to persons other than Mr. Nadeau-Dubois is, on its own, insufficient to ground *his* knowledge of

de comparaître. Cela a été dit très clairement lors de l'audience du 29 mai 2012. Dans ses motifs, le juge Jacques a même reconnu qu'il était essentiel qu'il soit convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Nadeau-Dubois connaissait la teneur de cette ordonnance en particulier (par. 2, 49, 51(2) et 67).

[31] Puisque M. Nadeau-Dubois n'était ni nommé, ni désigné dans l'injonction qu'a prononcée le juge Émond le 2 mai 2012, les deux juridictions d'instances inférieures ont conclu qu'une déclaration de culpabilité d'outrage en application de l'art. 761 du *Code* ne pouvait être prononcée contre lui. Devant la Cour, M. Morasse n'a pas poursuivi le débat sur cette question.

[32] Quant au premier alinéa de l'art. 50, bien qu'il comporte deux volets, M. Nadeau-Dubois n'a pas été avisé de la partie spécifique, le cas échéant, en vertu de laquelle il était accusé. Au contraire, l'ordonnance spéciale de comparaître ne faisait mention que de l'alinéa en entier. Sans autre précision, il s'ensuivait que la seule infraction à l'égard de laquelle M. Nadeau-Dubois devait se défendre avait trait aux allégations particulières qui se trouvaient dans la requête pour outrage présentée par M. Morasse.

[33] Rappelons que pour faire déclarer M. Nadeau-Dubois coupable en vertu du premier volet du premier alinéa de l'art. 50, M. Morasse avait le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'ordonnance du juge Émond était claire, que M. Nadeau-Dubois en avait connaissance et qu'il avait intentionnellement fait ce qu'interdisait l'ordonnance. Or, il n'y avait aucune preuve que M. Nadeau-Dubois avait une connaissance, directe ou par inférence, de l'injonction du 2 mai. Aucune copie de cette dernière n'a été signifiée personnellement à M. Nadeau-Dubois. Marie-Pierre Bocquet, qui était présidente de l'ASÉTAP à l'époque où l'injonction a été prononcée, a reconnu qu'une copie de l'ordonnance du 2 mai lui avait été signifiée, mais elle a affirmé dans son témoignage qu'elle n'en avait pas remis copie à la CLASSE ou à M. Nadeau-Dubois et

the order beyond a reasonable doubt: *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, at para. 128.

[34] Contrary to the conclusion reached by Jacques J., the fact that at the time of the interview there were other injunctions that had been issued in the context of the student protests, does not prove that Mr. Nadeau-Dubois knew of the particular injunction issued by Émond J. As the Court of Appeal correctly stated, inferring that Mr. Nadeau-Dubois knew of the specific order by *assuming* he had knowledge of other, potentially similar orders, none of which were entered in evidence or referred to in the contempt proceedings, amounts to a reversal of the burden of proof; it is a palpable and overriding error.

[35] Nor do we agree that knowledge can be imputed to Mr. Nadeau-Dubois on the basis of the answer he gave to the question posed to him during the interview, or, more tangentially, by relying on any of the statements made by the other person interviewed, Mr. Bureau-Blouin. Neither the interviewer's question to, nor the statements of, Mr. Bureau-Blouin, made any reference to any injunction applying to Université Laval or, in fact, to any other university. Mr. Bureau-Blouin only addressed injunctions that applied to Quebec CEGEPs. And the interviewer's question to Mr. Nadeau-Dubois makes no mention of any injunction at all. There is nothing in the context of the interview that proves that Émond J.'s order was being referred to even obliquely, such that Mr. Nadeau-Dubois' knowledge of it could be assumed.

[36] As for Mr. Nadeau-Dubois' statement in the interview that [TRANSLATION] "a minority of students [were] using the courts to circumvent the collective decision that was made [to go on strike]", it is at

que, à sa connaissance, personne d'autre ne l'avait fait. La signification à des personnes autres que M. Nadeau-Dubois ne permet pas, à elle seule, de conclure hors de tout doute raisonnable que M. Nadeau-Dubois en avait *lui-même* connaissance : *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal*, par. 128.

[34] Contrairement à ce qu'a conclu le juge Jacques, le fait que, à l'époque de l'entrevue, d'autres injonctions aient été prononcées dans le contexte des manifestations étudiantes ne prouve pas que M. Nadeau-Dubois avait connaissance de l'injonction rendue par le juge Émond. Comme la Cour d'appel l'a affirmé à bon droit, inférer que M. Nadeau-Dubois avait connaissance de l'ordonnance particulière en *présumant* qu'il avait connaissance d'autres ordonnances, potentiellement semblables, mais dont aucune n'a été mise en preuve ou mentionnée dans la procédure pour outrage, équivaut à inverser le fardeau de la preuve; il s'agit là d'une erreur manifeste et déterminante.

[35] Nous n'admettons pas non plus que la connaissance puisse être imputée à M. Nadeau-Dubois sur le fondement de la réponse qu'il a donnée à la question qui lui a été posée pendant l'entrevue, ou, plus indirectement, en s'appuyant sur des déclarations faites par l'autre personne interviewée, M. Bureau-Blouin. Ni la question de la journaliste à M. Bureau-Blouin ni les déclarations de ce dernier n'ont fait mention d'injonction s'appliquant à l'Université Laval, ni, de fait, à aucune autre université. Monsieur Bureau-Blouin n'a parlé que des injonctions qui s'appliquaient aux cégeps. Qui plus est, la question que la journaliste a adressée à M. Nadeau-Dubois n'a nullement fait mention de quelque injonction que ce soit. Du contexte de l'entrevue, il ne ressort aucune preuve selon laquelle il était question, même indirectement, de l'ordonnance du juge Émond, de sorte que l'on pût présumer la connaissance de M. Nadeau-Dubois.

[36] Quant à l'affirmation de M. Nadeau-Dubois dans l'entrevue voulant qu'il y ait « une minorité d'étudiants et d'étudiantes qui utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective qui a été prise

best ambiguous. It cannot, on its own, provide a sufficient basis for concluding that he knew the details even of the CEGEP injunctions referred to by the interviewer and Mr. Bureau-Blouin, much less of Émond J.'s order specifically.

[37] In any event, whatever the content of the interviewer's question, or of Mr. Bureau-Blouin's own response, none of their words can be used in a way that attributes knowledge of Émond J.'s order to Mr. Nadeau-Dubois. Doing so opens the door to punishing individuals vicariously for the speech of *others*.

[38] Given that it is only conjecture to impute to Mr. Nadeau-Dubois knowledge of the court order of May 2nd, let alone its contents, it would be untenable to attribute to Mr. Nadeau-Dubois an intention to breach it through the words he used in the interview.

[39] In addition, Jacques J. inferred in the circumstances that Mr. Nadeau-Dubois' endorsement of students picketing in general amounted to an encouragement to use picket lines to block access to classes. Still, Émond J.'s May 2nd injunction did not prohibit picketing *per se*. It only proscribed conduct that would have the effect of impeding access to classes; picketing that fell short of blocking this access was permitted. Mr. Nadeau-Dubois did not refer to obstructing and preventing access to classes in his comments. His general statement about picket lines was at the very least compatible with encouraging the continued use of picket lines in a way that is permitted under the injunction. At most, merely saying that picketing was legitimate, even if understood as equivalent to barring access, fell far short of encouraging others to engage in unlawful conduct.

[40] Even though there were other reasonable and logical inferences to draw from the words used by Mr. Nadeau-Dubois, nowhere in his reasons did Jacques J. consider these alternative possibilities.

[de faire la grève] », elle est, au mieux, ambiguë. À elle seule, cette affirmation ne permet pas de conclure qu'il connaissait les détails des injonctions prononcées contre les cégeps mentionnées par la journaliste et M. Bureau-Blouin, et encore moins de l'ordonnance du juge Émond en particulier.

[37] À tous égards, indépendamment de la teneur de la question de la journaliste ou de la réponse de M. Bureau-Blouin, aucun de leurs propos ne peut être utilisé de manière à attribuer à M. Nadeau-Dubois la connaissance de l'ordonnance du juge Émond. S'il en était autrement, on ouvrirait la porte à la possibilité que des individus puissent être punis pour les paroles prononcées par d'*autres*.

[38] Puisqu'il est purement hypothétique d'attribuer à M. Nadeau-Dubois la connaissance de l'ordonnance que le tribunal a prononcée le 2 mai, et partant, la connaissance de sa teneur, on ne saurait lui imputer une intention de violer cette ordonnance par les propos qu'il a tenus en entrevue.

[39] En outre, le juge Jacques a inféré que, dans les circonstances, l'appui de M. Nadeau-Dubois au piquetage par les étudiants en général équivalait à une incitation à employer des piquets de grève pour bloquer l'accès aux cours. Or, l'injonction qu'a prononcée le juge Émond le 2 mai n'interdisait pas le piquetage en tant que tel. Elle se limitait à proscrire des comportements qui auraient pour effet d'entraver l'accès aux cours; le piquetage qui n'avait pas pour effet de bloquer l'accès était permis. Dans ses commentaires, M. Nadeau-Dubois n'a pas parlé de bloquer et d'empêcher l'accès aux cours. Sa déclaration générale à propos des lignes de piquetage était à tout le moins compatible avec l'encouragement au recours continu à des piquets de grève d'une manière qui était permise par l'injonction. Tout au plus, dire simplement que le piquetage était légitime, même si cela était interprété comme l'équivalent d'empêcher l'accès, était bien loin d'encourager les autres à poser des gestes illégaux.

[40] Même s'il était possible de tirer d'autres inférences raisonnables et logiques des propos de M. Nadeau-Dubois, nulle part dans ses motifs le juge Jacques n'a-t-il pris en considération ces autres

His cursory analysis of the actual words spoken by Mr. Nadeau-Dubois failed to distinguish between legal and prohibited picket lines, resulting in his inference that Mr. Nadeau-Dubois [TRANSLATION] "was . . . promoting anarchy and encouraging civil disobedience" (para. 95). The Court of Appeal was right to conclude that Jacques J.'s apparent association of picketing generally with blocking access to university classrooms specifically was mistaken (reasons of Jacques J., at paras. 84, 94 and 103; Court of Appeal reasons, at para. 77). This Court has established that picketing is a legitimate form of expression and of exercising the freedom of assembly; it is not by itself an illegal practice: *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, at paras. 27 and 30-31; see also *Paul Albert Chevrolet*, at paras. 27 and 30.

[41] Since Émond J.'s order does not prohibit picketing altogether, Jacques J. was wrong to simply assume, without any real consideration of alternative possibilities, that Mr. Nadeau-Dubois was discussing a prohibited act, when he did not actually refer to blocking access to classes, but only to picketing generally. Similarly, in the absence of any direct language to that effect, it was improper for Jacques J. to equate Mr. Nadeau-Dubois' statement that it was legitimate to respect the vote to strike with encouraging others to engage in unlawful conduct.

[42] The final question is whether Mr. Nadeau-Dubois could be found guilty of contempt under the second branch of art. 50 para. 1, that is, whether his words or acts "interfere[d] with the orderly administration of justice" or "impair[ed] the authority or dignity of the court" in the context of the charges identified in the special rule. For Mr. Nadeau-Dubois to be convicted under the second branch of art. 50 para. 1, given the specific allegations of the motion for contempt, the special rule and the disclosure, Mr. Morasse had to prove beyond a reasonable doubt that Mr. Nadeau-Dubois interfered with the orderly administration of justice or impaired the

possibilités. Dans son analyse sommaire des paroles effectivement prononcées par M. Nadeau-Dubois, le juge Jacques n'a pas fait de distinction entre les piquets de grève légaux et ceux qui étaient interdits, ce qui l'a amené à tirer l'inférence selon laquelle M. Nadeau-Dubois « prôn[ait] . . . l'anarchie et encourage[ait] la désobéissance civile » (par. 95). La Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge Jacques s'est trompé en assimilant apparemment le piquetage en général au fait de bloquer l'accès aux salles de cours de l'université en particulier (motifs du juge Jacques, par. 84, 94 et 103; motifs de la Cour d'appel, par. 77). La Cour a déjà statué que le piquetage est une forme légitime d'expression et d'exercice de la liberté de réunion; le piquetage n'est pas une activité illégale en soi : *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 27 et 30-31; voir également *Paul Albert Chevrolet*, par. 27 et 30.

[41] Puisque l'ordonnance du juge Émond n'interdit pas complètement le piquetage, le juge Jacques a eu tort de simplement tenir pour acquis, sans vraiment se pencher sur les autres possibilités, que M. Nadeau-Dubois parlait d'un acte prohibé, alors que, dans les faits, il n'a pas parlé de bloquer l'accès à des classes, mais seulement de piquetage en général. De même, en l'absence de paroles allant directement dans ce sens, le juge Jacques n'aurait pas dû assimiler la déclaration de M. Nadeau-Dubois selon laquelle il était légitime de respecter le vote de grève à un encouragement à l'endroit d'autres personnes à commettre des gestes illégaux.

[42] Il reste à trancher la question de savoir si M. Nadeau-Dubois pouvait être déclaré coupable d'outrage en vertu du deuxième volet du premier alinéa de l'art. 50, c'est-à-dire de déterminer si ses paroles ou ses actes ont « soit [. . .] entrav[é] le cours normal de l'administration de la justice, soit [. . .] port[é] atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal » dans le contexte des accusations identifiées dans l'ordonnance spéciale de comparaître. Pour pouvoir déclarer M. Nadeau-Dubois coupable en vertu de ce deuxième volet du premier alinéa de l'art. 50, compte tenu des allégations précises de la requête pour outrage, de l'ordonnance spéciale

dignity of the court by encouraging others to breach para. 60 of the specific order issued by Émond J. on May 2nd. To do so, Mr. Morasse had to prove that Mr. Nadeau-Dubois knew of the order, and that he intended his words to "vilify the administration of justice" or to "excite disaffection against it", or was at least reckless as to whether they would do so.

et de la communication de la preuve, M. Morasse devait prouver hors de tout doute raisonnable que M. Nadeau-Dubois avait entravé le cours normal de l'administration de la justice ou qu'il avait porté atteinte à la dignité du tribunal en incitant d'autres personnes à violer le par. 60 de l'ordonnance particulière qu'avait prononcée le juge Émond le 2 mai. Pour ce faire, M. Morasse devait prouver que M. Nadeau-Dubois avait connaissance de l'ordonnance et qu'il voulait par ses propos [TRADUCTION] « dénigrer l'administration de la justice », ou « inciter à la désaffection à son endroit », ou du moins qu'il s'était montré insouciant à cet égard.

[43] As under the first branch of art. 50 para. 1, Mr. Morasse's failure to prove Mr. Nadeau-Dubois' actual or inferred knowledge of the May 2nd order is dispositive. If Mr. Nadeau-Dubois did not know about the order, he cannot have intended to interfere with it, or encourage others to do so.

[43] À l'instar de ce qui découle de l'application du premier volet du premier alinéa de l'art. 50, le fait que M. Morasse n'ait pas prouvé que M. Nadeau-Dubois avait connaissance, réellement ou par inférence, de l'ordonnance du 2 mai est déterminant. Si M. Nadeau-Dubois n'avait pas connaissance de l'ordonnance, il ne pouvait avoir l'intention d'y faire obstacle ou d'inciter d'autres personnes à le faire.

[44] The events that unfolded in the spring of 2012 led to several judicial proceedings, of which the present case was but one. The role of the courts was to deal with particular and specific legal issues. This appeal is limited to determining whether the charges brought by Mr. Morasse against Mr. Nadeau-Dubois met the strict rules governing contempt of court. To consider that anything broader was at play in the contempt proceedings of Mr. Morasse would, in our view, go beyond the actual legal issues, and risk punishing the accused for who he was rather than what he was charged with.

[44] Les événements qui se sont déroulés au printemps 2012 ont donné lieu à plusieurs recours judiciaires, dont celui qui nous occupe n'est qu'un exemple. Le rôle des tribunaux était de traiter des questions juridiques spécifiques et particulières à chaque recours. Le présent appel ne concerne que la question de savoir si les accusations portées par M. Morasse contre M. Nadeau-Dubois satisfaisaient aux règles strictes régissant l'outrage au tribunal. Considérer que quoi que ce soit d'autre était en jeu dans le contexte de ce recours irait, selon nous, au-delà des questions juridiques concrètes qui sont en cause ici, et risquerait de punir l'accusé en regard du rôle qu'il a joué plutôt qu'en regard des accusations portées contre lui.

[45] We would dismiss the appeal, with costs in favour of Mr. Nadeau-Dubois.

[45] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de M. Nadeau-Dubois.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

[46] MOLDAVER J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Justices Abella and Gascon and those of Justice Wagner.

[46] LE JUGE MOLDAVER — J'ai eu l'occasion de lire les motifs des juges Abella et Gascon de même que ceux du juge Wagner. Malheureusement, je ne

Unfortunately, I am unable to agree with either set of reasons. As I will explain, had the case been presented at trial in the manner I have outlined below, I would have granted the appeal and upheld the finding of contempt against the respondent, Gabriel Nadeau-Dubois. However, because of the way it proceeded at trial, procedural fairness concerns prevent me from doing so. Accordingly, I must dismiss the appeal.

[47] On my reading of the record, there can be no doubt that in responding as he did in the television interview, the respondent intended to incite students at large to breach any and all court orders which enjoined the use of picket lines as a means of preventing students who wished to access their classes from doing so. In other words, his statement was a blanket call to disobey all court orders, regardless of the individual judge who may have made the order or the specific institution to which it applied.

[48] In my respectful view, had the case proceeded on that basis, the fact that the allegation against the respondent referred specifically to a breach of Émond J.'s "safeguard order" of May 2, 2012 (*Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859), would not have been fatal to his being found in contempt of court. This is because the respondent's call to disobey at large would necessarily have included Émond J.'s order, regardless of whether he had specific knowledge of it or not.

[49] Viewed that way, the respondent's blanket call to disobey would clearly have amounted to contempt of court under the last part of art. 50 para. 1 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (now repealed), namely: acting in a way as to impair the authority and dignity of the court. Indeed, it would have been an egregious case of contempt.

[50] But that is not the way the case proceeded. At trial, the matter was fought out on the basis that the respondent had specific knowledge of Émond J.'s order and that he incited students to breach it

suis d'accord avec ni l'une ni l'autre de leur série de motifs. Comme je l'expliquerai, si la cause avait été présentée au procès comme je le décris ci-après, j'aurais accueilli l'appel et maintenu la conclusion d'outrage au tribunal contre l'intimé, Gabriel Nadeau-Dubois. Cela dit, étant donné la façon dont s'est déroulé le procès, des préoccupations quant à l'équité procédurale m'empêchent d'adopter cette position. En conséquence, je dois rejeter l'appel.

[47] Selon ma lecture du dossier, il ne fait aucun doute que, en répondant comme il l'a fait durant l'entrevue télévisée, l'intimé avait l'intention d'inciter les étudiants en général à contrevenir à toutes les ordonnances judiciaires, quelles qu'elles aient été, qui prohibaient le piquetage comme moyen d'empêcher les étudiants d'accéder à leurs cours. Autrement dit, sa déclaration était un appel généralisé à désobéir aux ordonnances judiciaires, quels qu'aient été le juge en particulier qui avait pu rendre l'ordonnance ou l'établissement auquel cette dernière s'appliquait.

[48] À mon avis, si le dossier avait été présenté de la sorte, le fait que l'allégation contre l'intimé ait fait spécifiquement référence à une violation de l'« ordonnance de sauvegarde » rendue par le juge Émond le 2 mai 2012 (*Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859), n'aurait pas été un obstacle à sa déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal. Ceci s'explique du fait que l'appel généralisé de l'intimé à la désobéissance aurait nécessairement visé l'ordonnance du juge Émond, qu'il ait eu une connaissance spécifique de cette dernière ou non.

[49] De ce point de vue, l'appel généralisé de l'intimé à la désobéissance aurait manifestement constitué l'outrage au tribunal décrit à la dernière portion du premier alinéa de l'art. 50 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (maintenant abrogé), dans la mesure où il a agi de manière à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal. En effet, il se serait agi d'un cas manifeste d'outrage au tribunal.

[50] Ce n'est toutefois pas comme cela que la cause s'est déroulée. Au procès, la question a été débattue sur le fondement de la connaissance spécifique par l'intimé de l'ordonnance du juge Émond et du fait

by setting up picket lines as a means of preventing students studying visual arts (*arts plastiques*) at Université Laval from accessing their classes.

[51] In allowing the appeal from Jacques J.'s order finding the respondent in contempt of court (2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174), the Quebec Court of Appeal found, correctly in my view, that the evidence did not support a finding that the respondent had specific knowledge of Émond J.'s order, as particularized in the allegation against him, and that this was fatal to the contempt finding (2015 QCCA 78). I agree with this conclusion, but I do so because that is the way the case was presented at trial and that is the case the respondent was called upon to meet.

[52] Had the case been presented on the basis I have outlined above, namely, a blanket call to disobey, such a finding — that the respondent had specific knowledge of Émond J.'s order — would not have been necessary to make out a case of contempt against him. But the case was not argued that way at trial, and in my view, it would be both unfair and prejudicial to allow the appellant, Jean-François Morasse, to change the theory of the case at this level (*Newcastle Recycling Ltd. v. Clarington (Municipality)*, 2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373; *R. v. Vaillancourt* (1995), 105 C.C.C. (3d) 552 (Que. C.A.); *R. v. Tran*, 2016 ONCA 48; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350). For this reason — and this reason alone — I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons of Wagner, Côté and Brown JJ. delivered by

WAGNER J. (dissenting) —

I. Overview

[53] The power to punish for contempt of court must be exercised only as a last resort, with caution and showing good judgment. That being said, an

qu'il a incité les étudiants à y contrevenir en mettant en place des piquets de grève pour empêcher les étudiants en arts plastiques de l'Université Laval d'accéder à leurs classes.

[51] En accueillant l'appel de l'ordonnance du juge Jacques selon laquelle l'intimé s'était rendu coupable d'outrage au tribunal (2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174), la Cour d'appel du Québec a conclu, à bon droit selon moi, que la preuve n'étayait pas la conclusion selon laquelle l'intimé avait une connaissance spécifique de l'ordonnance du juge Émond, comme le précisait l'allégation de la demande contre lui, et que cela empêchait de conclure à l'outrage au tribunal (2015 QCCA 78). Je souscris à cette conclusion, mais uniquement parce que c'est de cette façon que la cause a été présentée au procès et que c'est contre cette cause que l'accusé a eu à se défendre.

[52] Si la cause avait été présentée sur le fondement que j'ai décrit précédemment, soit sur celui d'un appel généralisé à la désobéissance, une telle conclusion — que l'intimé avait une connaissance spécifique de l'ordonnance du juge Émond — n'aurait pas été nécessaire pour prouver qu'il avait été coupable d'outrage au tribunal. Cela dit, la cause n'ayant pas été présentée de cette façon au procès, j'estime qu'il serait à la fois injuste et préjudiciable d'autoriser l'appelant, Jean-François Morasse, à changer sa thèse à la présente étape du processus (*Newcastle Recycling Ltd. c. Clarington (Municipality)*, 2010 ONCA 314, 261 O.A.C. 373; *R. c. Vaillancourt*, 1995 CanLII 5036 (C.A. Qc); *R. c. Tran*, 2016 ONCA 48; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350). Pour ce motif — et pour ce seul motif —, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Les motifs des juges Wagner, Côté et Brown ont été rendus par

LE JUGE WAGNER (dissident) —

I. Aperçu

[53] Le pouvoir de sanctionner l'outrage au tribunal ne doit être exercé qu'en dernier recours, avec prudence et avec discernement. Cela dit, une telle

order for contempt must be made where doing so is necessary to protect the rule of law, freedom of expression and democracy, which are to a large extent dependent on the credibility of the judiciary and the justice system in the eyes of the public.

[54] This appeal raises the question of the level of knowledge required of a person who is charged with contempt of court for infringing art. 50 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 ("*C.C.P.*"),[12] which was in force at the relevant time, in a context involving extensive media coverage.

[55] The Superior Court convicted the respondent, Gabriel Nadeau-Dubois, of contempt under that article on the basis that he had, in a television interview, incited people to contravene an order of injunction made by one of its judges. The Court of Appeal reversed the Superior Court's judgment, essentially on the basis that the required level of knowledge and the *actus reus* had not been established beyond a reasonable doubt.

[56] With respect, I find that the Court of Appeal erred in reversing the Superior Court's decision. Unlike the Court of Appeal, I am of the opinion that proof of specific knowledge of the order of injunction was not required. Further, in the absence of an error in the trial court's judgment, it was not open to the Court of Appeal to substitute its own opinion concerning the *actus reus*. I would therefore allow the appeal.

II. Context

A. *Background*

[57] The appeal concerns a period of social unrest that was without precedent in the history of Quebec, [TRANSLATION] "the biggest student 'strike' in its history". It was a conflict that is now known and described as the "Maple Spring" by analogy with the "Arab Spring" that had monopolized media attention

[12] On January 1, 2016, the *C.C.P.* was replaced by the new *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01.

ordonnance s'impose lorsqu'elle est nécessaire pour protéger la primauté du droit, la liberté d'expression et la démocratie, lesquelles sont largement tributaires de la crédibilité de la magistrature et du système de justice auprès des justiciables.

[54] Ce pourvoi soulève la question du niveau de connaissance requis de la part d'une personne accusée d'outrage au tribunal pour cause de violation de l'art. 50 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« *C.p.c.* »)[11], en vigueur à l'époque, dans un contexte particulièrement médiatisé.

[55] La Cour supérieure a déclaré l'intimé, Gabriel Nadeau-Dubois, coupable d'outrage au tribunal en vertu de cet article, pour avoir incité, lors d'une entrevue télévisée, les citoyens à contrevenir à une ordonnance d'injonction prononcée par un de ses juges. La Cour d'appel a infirmé le jugement de la Cour supérieure, essentiellement au motif que le niveau de connaissance requis ainsi que l'*actus reus* n'avaient pas été établis hors de tout doute raisonnable.

[56] Avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel a eu tort d'infirmer la décision de la Cour supérieure. Contrairement à la Cour d'appel, je suis d'avis que la preuve de la connaissance spécifique de l'ordonnance d'injonction n'était pas requise. De plus, en l'absence d'erreur dans le jugement de première instance, il n'était pas loisible à la Cour d'appel de substituer son avis sur l'*actus reus*. Je propose donc d'accueillir le pourvoi.

II. Le contexte

A. *Mise en contexte*

[57] Le pourvoi entrepris concerne une période d'agitation sociale sans précédent dans l'histoire du Québec, soit « la plus importante "grève" étudiante de son histoire ». Il s'agit d'un conflit maintenant connu et décrit comme le « printemps érable » par analogie avec le « printemps arabe » qui, en 2011,

[11] Le *C.p.c.* est remplacé le 1er janvier 2016 par le nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01.

internationally in 2011. The conflict began in response to a proposal made by the Quebec government in 2012 to raise tuition fees. Some students who disagreed with the tuition fee increase called for a "boycott" of classes as a pressure tactic (judgment of the Court of Appeal, 2015 QCCA 78, at para. 12 (CanLII)). A number of student associations, including the Coalition large de l'Association pour une solidarité syndicale étudiante ("CLASSE"), promoted the boycott. At all relevant times, the respondent was the chief spokesperson for CLASSE. He and Léo Bureau-Blouin, the president of the Fédération étudiante collégiale du Québec, became the "standard bearers" for the movement and the "key figures" in the student protest (sentencing decision, 2012 QCCS 6101, [2012] R.J.Q. 2279, at paras. 6 and 15). In addition, while the conflict lasted, they were recognized as the "leaders of the movement", were the main protagonists in the public's eyes, and "were seen regularly in the media".

[58] Picket lines were set up in front of many postsecondary institutions to support the call for a boycott of classes (*Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1565, at para. 4 (CanLII), per Lemelin J.). As a result, classes were [TRANSLATION] "disrupted" and a number of institutions were "paralyzed", because professors and other officials could not do their work (judgment of the Court of Appeal, at para. 12). Of all the dramatic actions carried out by the student associations, shutting down classes and setting up picket lines to prevent students from getting to their classrooms were without question the most controversial.

[59] The movement, which originally involved only students, gradually spread, gaining support from unions and pressure groups that were advocating for all kinds of causes that had little to do with the initial demands. That period of [TRANSLATION] "great agitation" in the province was marked by "numerous [public] demonstrations" on a daily basis, and the demonstrations often ended in acts of violence and clashes with the police (judgment of the Court of Appeal, at para. 12).

avait monopolisé l'attention médiatique à l'échelle internationale. Ce conflit a éclaté en réponse à une hausse des frais de scolarité proposée par le gouvernement du Québec en 2012. Pour exprimer leur désaccord, certains étudiants opposés à la hausse des frais de scolarité appellent au « boycottage » des cours comme moyen de pression (jugement de la Cour d'appel, 2015 QCCA 78, par. 12 (CanLII)). Notamment, des associations étudiantes, dont la Coalition large de l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (« CLASSE »), font la promotion du boycott des cours. À tout moment pertinent, l'intimé est le principal porte-parole de la CLASSE. Il devient avec Léo Bureau-Blouin, président de la Fédération étudiante collégiale du Québec, le « porte-étendard » du mouvement et la « figure de proue » de la contestation étudiante (jugement sur la peine, 2012 QCCS 6101, [2012] R.J.Q. 2279, par. 6 et 15). Ils sont aussi reconnus comme les « leaders du mouvement », incarnent les principaux protagonistes auprès de la population et « sont de toutes les tribunes » pendant que le conflit perdure.

[58] Pour appuyer l'appel au boycott des cours, des piquets sont érigés devant de nombreux établissements d'enseignement postsecondaire (*Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565, par. 4 (CanLII), le juge Lemelin). De ce fait, les cours sont « perturbés » et plusieurs de ces établissements sont « paralysés », puisque les professeurs et autres responsables ne peuvent s'acquitter de leurs tâches (jugement de la Cour d'appel, par. 12). De tous les gestes d'éclat accomplis par les associations étudiantes, c'est sans contredit la levée des cours et la mise en place de lignes de piquetage empêchant les étudiants d'accéder à leurs salles de classe qui suscitent le plus de controverse.

[59] Le mouvement, qui tire son origine d'une action étudiante, s'étend progressivement et rallie dorénavant les syndicats ainsi que des groupes de pression qui prônent toutes sortes de causes ayant peu à voir avec les revendications initiales. Cette période « particulièrement fébrile » dans la province est marquée par de « nombreuses manifestations » populaires quotidiennes, lesquelles se terminent souvent par des actes de violence et des affrontements avec les forces de l'ordre (jugement de la Cour d'appel, par. 12).

[60] In early May 2012, [TRANSLATION] "[d]uring this period of class boycotts and disruption", the appellant, Jean-François Morasse, was a student enrolled in the visual arts (*arts plastiques*) program at Université Laval. He wanted to finish his studies, he objected to the action to shut classes down, and he wanted to be able to get to his classrooms. Université Laval's Association des étudiants en arts plastiques ("ASÉTAP") had been a member of CLASSE since April 2012 and was officially acting on behalf of all students in the program. It supported the shutdown of classes and, starting on February 29, 2012, it set up picket lines in front of Université Laval to prevent students from attending their classes (2012 QCCS 1565, at para. 4).

[61] To gain access to the classrooms, the appellant sought and obtained an order for a provisional interlocutory injunction from Lemelin J. on April 12, 2012. On May 2, 2012, that order was renewed in the form of a safeguard order, which remained in effect until September 14, 2012 (*Morasse v. Université Laval*, 2012 QCCS 1859 (the "Safeguard Order")). It is that second order, made by Émond J. (as he then was), that gave rise to this appeal. Its relevant conclusions were worded as follows:

[TRANSLATION]

ORDERS Université Laval, the Association des étudiants en arts plastiques and any person informed of this order to give free access to the classrooms of Université Laval in which classes leading to the visual arts certificate are conducted so that those classes may be conducted in accordance with the schedule established for the winter 2012 session;

ORDERS all students and other persons currently boycotting classes to refrain from obstructing or impeding access to classes by means of intimidation or from taking any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question; [Bold in original; paras. 59-60 (CanLII).]

[62] After that, there was a [TRANSLATION] "multiplication of [similar] injunctions" in Quebec (judgment of the Court of Appeal, at para. 13; judgment at trial, 2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174, at

[60] Au début du mois de mai 2012, « [p]endant cette période de boycottage des cours et de perturbation », l'appelant, Jean-François Morasse, est étudiant et il est inscrit au programme d'arts plastiques de l'Université Laval. Il désire terminer ses études, s'objecte au mouvement de levée des cours et veut accéder aux salles de cours. L'Association des étudiants en arts plastiques de l'Université Laval (« ASÉTAP ») est membre de la CLASSE depuis avril 2012 et agit officiellement au nom de tous les étudiants du programme. Elle appuie la levée des cours et, à compter du 29 février 2012, elle assure la mise en place de lignes de piquetage devant l'Université Laval pour empêcher les étudiants d'assister à leurs cours (2012 QCCS 1565, par. 4).

[61] Afin d'accéder aux salles de cours, l'appelant sollicite et obtient une ordonnance d'injonction interlocutoire provisoire prononcée par le juge Lemelin le 12 avril 2012. Le 2 mai 2012, cette ordonnance est renouvelée sous la forme d'une ordonnance de sauvegarde, laquelle demeurera en vigueur jusqu'au 14 septembre 2012 (*Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1859 (l'« Ordonnance de sauvegarde »)). C'est cette ordonnance, rendue par le juge Émond (maintenant juge de la Cour d'appel), qui est à l'origine de ce pourvoi. Les conclusions pertinentes sont libellées ainsi :

ORDONNE à l'Université Laval, l'Association des étudiants en arts plastiques ainsi qu'à toute personne informée de la présente ordonnance, de laisser libre accès aux salles de cours de l'Université Laval où sont dispensés les cours menant au certificat en arts plastiques, et ce, afin que ces cours puissent être donnés à l'horaire prévu à la session d'hiver 2012;

ORDONNE à tous les étudiants et autres personnes qui pratiquent présentement le boycottage des cours de s'abstenir d'obstruer ou de nuire à l'accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours; [En caractère gras dans l'original; par. 59-60 (CanLII).]

[62] Il y a alors une « multiplication des injonctions » similaires au Québec (jugement de la Cour d'appel, par. 13; jugement de première instance, 2012 QCCS 5438, [2012] R.J.Q. 2174, par. 81-82,

paras. 81-82, per Jacques J.; sentencing decision, at para. 32). In all cases, the goal was the same: to give students free access to their classes so that they could complete the academic year (judgment at trial, at paras. 15 and 23).

[63] Although some called the action a "strike", no labour law principles were applied anywhere in the impugned judgment. Indeed, in the judgment extending the earlier order of injunction (the Safeguard Order), Émond J. rejected arguments to that effect in the following terms:

[TRANSLATION] ASETAP is confusing the monopoly on representation, if there is one, with the monopoly on work that results from the anti-strikebreaking provisions of the *Labour Code*, which prohibit employers from utilizing the services of an employee who is a member of a bargaining unit that is on strike.

Unlike the *Labour Code*, the *Act respecting the accreditation and financing of students' associations* contains no provision authorizing associations to force students to boycott their classes against their will and to make them bear the consequences of doing so.

References to the *Labour Code* are not only unsound and inappropriate, but also confirm the interpretation of those who, like Lemelin J., are of the view that the laws of Quebec give students no real right to strike. [Emphasis added; footnotes omitted; paras. 30-32.]

[64] Émond J. also summarized the position of the appellant as follows:

[TRANSLATION] The purpose of Mr. Morasse's application is not to prohibit students from demonstrating, but only to prevent them from acting unlawfully by blocking access to rooms where classes are conducted.

. . .

But as we mentioned above, the *Act respecting the accreditation and financing of students' associations* contains no provision authorizing student associations to force students to boycott their classes against their will. [paras. 44-46]

le juge Jacques; jugement sur la peine, par. 32). L'objectif demeure toujours le même : permettre aux étudiants le libre accès à leurs cours pour terminer leur année scolaire (jugement de première instance, par. 15 et 23).

[63] Bien que d'aucuns qualifient de « grève » le mouvement entrepris, nulle part dans le jugement attaqué ne retrouve-t-on l'application de règles propres au droit du travail. D'ailleurs dans le jugement portant sur la prolongation de l'ordonnance d'injonction déjà prononcée (l'Ordonnance de sauvegarde), le juge Émond écartait en ces mots les arguments à cet effet :

L'ASETAP confond le monopole de représentation, si monopole de représentation il y a, avec le monopole du travail, lequel découle des dispositions anti-briseurs de grève du *Code du travail* qui interdisent à un employeur de retenir les services d'un salarié qui fait partie d'une unité de négociation en grève.

Contrairement au *Code du travail*, la *Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants* ne contient aucune disposition permettant à une association de forcer un étudiant, contre son gré, à pratiquer le boycott de ses cours et de lui en faire supporter les effets.

Les références au *Code du travail* sont non seulement boiteuses et inappropriées, mais encore, elles confirment l'interprétation de ceux qui, comme le juge Lemelin, considèrent que les lois du Québec ne confèrent aucun véritable droit de grève aux étudiants. [Je souligne; notes en bas de page omises; par. 30-32.]

[64] De plus, il résumait ainsi la position de l'appelant :

La demande de M. Morasse ne vise pas à interdire aux étudiants de manifester, mais seulement à les empêcher de poser des gestes illégaux, en l'occurrence le blocage de l'accès aux salles où sont dispensés les cours.

. . .

Or, nous l'avons déjà mentionné, la *Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants* ne contient aucune disposition permettant à une association étudiante de forcer un étudiant à boycotter ses cours contre son gré. [par. 44-46]

These observations supplemented, to some extent, the conclusions of Lemelin J., who had said the following in making the first order for a provisional injunction:

> [TRANSLATION] The Court is not debating the right of individual students to support and participate in the boycott by refusing to attend classes, but their refusal does not give them the right to impair and even negate the right of other students to attend their classes so that they can finish their session.
>
> Students who boycott classes must assume the risks of doing so alone. They have no right to impose such risks on those who want to attend their classes. [paras. 14-15]

[65] Furthermore, boycotting classes is a personal choice, and many students therefore disputed the legitimacy, and even the legality, of such a pressure tactic, as can be seen from the orders discussed below.

[66] Despite the many injunctions that were ordered, the situation deteriorated, acts of violence and intimidation followed one another, and officials from educational institutions were unable to safely ensure compliance with the orders when they were present at [TRANSLATION] "heated exchanges" and "fights" (judgment of the Court of Appeal, at para. 15, quoting an interview with Mr. Bureau-Blouin). A crisis of legitimacy and civil disobedience thus took hold in Quebec, poisoning the social climate.

[67] To resolve the impasse, the Quebec National Assembly enacted special legislation on May 18, 2012 (*An Act to enable students to receive instruction from the postsecondary institutions they attend*, S.Q. 2012, c. 12 ("*Law 12*")), which provided, *inter alia*, as follows:

> **13.** No one may, by an act or omission, deny students their right to receive instruction from the institution they attend or prevent or impede the resumption or maintenance of an institution's instructional services or the performance by employees of work related to such

Ces propos complétaient en quelque sorte les constatations du juge Lemelin de la Cour supérieure, qui avait rendu la première ordonnance d'injonction provisoire en ces termes :

> Le Tribunal ne discute pas le droit de certains étudiants de soutenir et de participer au boycottage des cours en refusant d'y assister, mais leur refus ne leur accorde [pas] le droit de brimer et même d'anéantir le droit des autres étudiants d'assister à leurs cours de manière à terminer leur session.
>
> Il appartient aux étudiants qui boycottent les cours de supporter seuls les risques de cette action. Ils n'ont pas le droit d'imposer ou de faire supporter ce risque à ceux qui veulent assister à leurs cours. [par. 14-15]

[65] De plus, le boycott des cours relève d'un choix individuel et de nombreux étudiants contestent en conséquence la légitimité, voire la légalité d'un tel moyen de pression, comme le démontrent les ordonnances décrites ci-dessous.

[66] En dépit du prononcé de nombreuses ordonnances d'injonction, la situation dégénère, les actes de violence et d'intimidation se succèdent, les responsables des institutions d'enseignement ne peuvent assurer le respect des ordonnances en toute sécurité, alors qu'ils assistent à des « échauffourées », des « bagarres » (jugement de la Cour d'appel, par. 15, citant une entrevue avec M. Bureau-Blouin). Il s'installe alors au Québec une crise de légitimité et de désobéissance civile qui empoisonne le climat social.

[67] Pour résoudre cette impasse, l'Assemblée nationale du Québec adopte le 18 mai 2012 une loi spéciale (*Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*, L.Q. 2012, c. 12 (la « *Loi 12* »)), qui prévoit entre autres que :

> **13.** Nul ne peut, par un acte ou une omission, entraver le droit d'un étudiant de recevoir l'enseignement dispensé par l'établissement d'enseignement qu'il fréquente, faire obstacle ou nuire à la reprise ou au maintien des services d'enseignement d'un établissement ou à l'exécution par

services, or directly or indirectly contribute to slowing down, degrading or delaying the resumption or maintenance of such services or the performance of such work.

[68] This special Act also provided that no one may "deny a person access to a place if the person has the right or a duty to be there in order to obtain services from or perform functions for an institution" (s. 14). Finally, the Act required that members of an institution's personnel, including professors, report for work and perform all their usual duties (ss. 10 and 11).

[69] At the same time, the City of Montréal passed a new by-law (*By-law amending the By-law concerning the prevention of breaches of the peace, public order and safety, and the use of public property*, By-law 12-024, May 18, 2012), which required those organizing demonstrations to give authorities, in advance, the location and itinerary chosen by the demonstrators (adding art. 2.1 to R.B.C.M., c. P-6).

[70] After the injunctions were ordered, the respondent and Mr. Bureau-Blouin granted the RDI news network (a French-language television network of the Canadian Broadcasting Corporation) a television interview on May 13, 2012 to discuss the student conflict. The two leaders [TRANSLATION] "took the opportunity . . . to speak to their members and supporters as well as to the people of Quebec" (judgment at trial, at para. 24).

[71] During the interview, which took place at the height of the conflict, the journalist brought up with the two student leaders the fact that Collège de Rosemont was encouraging students to return to class, and then asked Mr. Bureau-Blouin the following question:

[TRANSLATION] You, for your part, are you still urging strikers to set up picket lines to prevent students from entering . . . Lionel-Groulx [college] as well . . . there are injunctions all over the place in some CEGEPs . . .?

(Judgment of the Court of Appeal, at para. 15)

les salariés de leur prestation de travail relative à ces services, ni contribuer directement ou indirectement à ralentir, altérer ou retarder la reprise ou le maintien de ces services ou l'exécution de cette prestation.

[68] Cette loi spéciale interdit également à quiconque d'« entraver l'accès d'une personne à un lieu où elle a le droit ou le devoir d'accéder pour y bénéficier des services d'un établissement ou pour y exercer des fonctions » (art. 14). Finalement, la loi oblige le personnel d'un établissement, y compris les professeurs, à se présenter au travail et à accomplir toutes ses tâches habituelles (art. 10 et 11).

[69] Au même moment, la Ville de Montréal adopte un nouveau règlement (*Règlement modifiant le Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public*, Règl. 12-024, 18 mai 2012) qui oblige les organisateurs de manifestation à fournir à l'avance aux autorités le lieu et l'itinéraire que choisiront les manifestants (ajoutant l'art. 2.1 au R.R.V.M., c. P-6).

[70] Suite au prononcé des ordonnances d'injonction, l'intimé et M. Bureau-Blouin accordent au réseau d'information RDI (un service télévisuel de Radio-Canada), le 13 mai 2012, une entrevue télévisée portant sur le conflit étudiant. Les deux leaders « profitent de l'occasion [. . .] pour s'adresser à leurs membres et sympathisants ainsi qu'à la population du Québec » (jugement de première instance, par. 24).

[71] Au cours de l'entrevue, qui survient au paroxysme du conflit, la journaliste rappelle aux deux leaders étudiants que le Collège de Rosemont incite les étudiants à revenir en classe, puis pose la question suivante à M. Bureau-Blouin :

Vous de votre côté, est-ce que vous invitez toujours les grévistes à ériger des piquets de grève pour empêcher les étudiants d'entrer . . . [le Collège] Lionel-Groulx également . . . il y a des injonctions un peu partout dans certains cégeps . . .?

(Jugement de la Cour d'appel, par. 15)

[72] Being aware of the nature and scope of the injunctions that had already been ordered, as his remarks show, Mr. Bureau-Blouin advised those watching to comply with the court orders:

[TRANSLATION] There're no demonstrations organized directly by the federation, but every time there are forced returns to class like this, of course it leads to picket lines that go up right in front of the college. We have of course urged students, for example, to comply with the injunctions, you know, when there are specific court orders, not to block the path of certain students, I think it's important to comply with them, but it's sure that the decision made by Rosemont College, I think it's a dangerous decision that could potentially cause tension because, first of all, the vote by the students was a democratic one after all, so this creates some uneasiness for teachers in actually crossing the picket lines there or going to give classes despite the vote, but it also causes tension above all because there're students who want to go to class and there're others who don't want classes to resume, and this leads to heated exchanges and potentially to fights, whereas at this point we're in fact trying to calm the dispute, and it's working, as the situation's been a bit calmer in Montréal the last few days. [Emphasis added.]

(Judgment of the Court of Appeal, at para. 15)

[73] The respondent took a completely different approach. After listening to Mr. Bureau-Blouin's answer, the journalist asked the respondent a similar question: [TRANSLATION] ". . . what's the reaction to the return to class tomorrow, are you, well, are you still encouraging picketing to prevent [students from entering]?" The respondent gave the following answer:

[TRANSLATION] What's clear is that such decisions, such attempts to force students back to class, they never work because the students who've been on strike for 13 weeks are standing together, they respect, and I'm speaking generally here, respect the democratic will expressed through the strike vote, and I think it's perfectly legitimate for students to take action to uphold the democratic choice that was made to go on strike. It's quite unfortunate that there's really a minority of students who're using the courts to circumvent the collective decision that

[72] Conscient de la nature et de la portée des ordonnances d'injonction déjà prononcées, comme en témoignent ses propos, M. Bureau-Blouin conseille aux auditeurs de respecter les ordonnances des tribunaux :

Il n'y a pas de manifestation qui est organisée directement par la fédération, mais à chaque fois qui a des retours comme ça forcés en classe, évidemment ça amène des piquets justement qui s'érigent devant le collège, c'est sûr que nous on a invité les étudiants par exemple à respecter les injonctions hein, quand y a des ordres précis de la Cour, pour ne pas bloquer le passage de certains étudiants, ça je pense que c'est important qu'on les respecte, mais c'est sûr que la décision du Collège de Rosemont, je pense c'est une décision qui est dangereuse qui peut potentiellement amener des tensions parce que dans un premier temps c'est un vote qui a été pris de manière démocratique quand même par les étudiants donc ça crée un malaise pour les enseignants de franchir justement ces piquets de grève là ou de malgré le vote d'aller donner les cours mais surtout aussi que ça amène des tensions parce qu'il y a des étudiants qui veulent entrer en classe, y en a d'autres qui veulent pas que les cours reprennent et ça amène des échauffourées, potentiellement des bagarres alors qu'en ce moment justement on essaie de pacifier le conflit et ça marche parce que depuis quelques jours la situation est un peu plus calme à Montréal. [Je souligne.]

(Jugement de la Cour d'appel, par. 15)

[73] L'intimé emprunte pour sa part une tout autre approche. Après avoir entendu la réponse de M. Bureau-Blouin, la journaliste pose une question similaire à l'intimé : « . . . on réagit comment devant ce retour en classe demain, est-ce que bon vous, de votre côté, vous encouragez encore les piquets de grève pour empêcher [les étudiants d'entrer]? » L'intimé répond ce qui suit :

Ce qui est clair c'est que ces décisions-là, ces tentatives-là de forcer le retour en classe, ça ne fonctionne jamais parce que les étudiants et les étudiantes qui sont en grève depuis 13 semaines sont solidaires les uns les autres, respectent, de manière générale là, respectent la volonté démocratique qui s'est exprimée à travers le vote de grève et je crois qu'il est tout à fait légitime pour les étudiants et étudiantes de prendre les moyens pour faire respecter le choix démocratique qui a été fait d'aller en grève. C'est tout à fait regrettable là qu'il y ait vraiment une minorité d'étudiants

was made. So we find it perfectly legitimate for people to do what they have to do to enforce the strike vote, and if that takes picket lines, we think it's a perfectly legitimate way to do it. [Emphasis added.]

(Judgment of the Court of Appeal, at para. 15)

B. *Judgments at Issue in This Appeal*

[74] Two days after the interview, the appellant presented a motion under art. 53 *C.C.P.* for an order summoning the respondent to appear to answer a charge of contempt of court. Citing art. 761 *C.C.P.*, he submitted that the respondent had contravened the Safeguard Order in his comments in the television interview. Article 761 read as follows:

761. Any person named or described in an order of injunction, who infringes or refuses to obey it, and any person not described therein who knowingly contravenes it, is guilty of contempt of court and may be condemned to a fine not exceeding $50,000, with or without imprisonment for a period up to one year, and without prejudice to the right to recover damages. Such penalties may be repeatedly inflicted until the contravening party obeys the injunction.

The court may also order the destruction or removal of anything done in contravention of the injunction, if there is reason to do so.

[75] On May 17, 2012, Jacques J. of the Superior Court ordered the respondent to appear (2012 QCCS 2141). In the reasons for his order, Jacques J. reproduced art. 761 para. 1 *C.C.P.* as well as art. 50 para. 1 *C.C.P.*, which read as follows:

50. Anyone is guilty of contempt of court who disobeys any process or order of the court or of a judge thereof, or who acts in such a way as to interfere with the orderly administration of justice, or to impair the authority or dignity of the court.

The judge described the appellant's arguments as follows:

et d'étudiantes qui utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective qui a été prise. Donc nous, on trouve ça tout à fait légitime là, que les gens prennent les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève et si ça prend des lignes de piquetage, on croit que c'est un moyen tout à fait légitime de le faire. [Je souligne.]

(Jugement de la Cour d'appel, par. 15)

B. *Jugements à l'origine de ce pourvoi*

[74] Deux jours après l'entrevue, l'appelant présente, en vertu de l'art. 53 *C.p.c.*, une requête demandant que l'intimé soit assigné à comparaître pour répondre à une accusation d'outrage au tribunal. Il invoque l'art. 761 *C.p.c.* et soutient que, par ses propos lors de l'entrevue télévisée, l'intimé a contrevenu à l'Ordonnance de sauvegarde. Cet article était rédigé ainsi :

761. Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n'excédant pas 50 000 $, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction.

Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu.

[75] Le 17 mai 2012, le juge Jacques de la Cour supérieure enjoint à l'intimé de comparaître (2012 QCCS 2141). Dans ses motifs, le juge reproduit l'art. 761 al. 1 *C.p.c.*, ainsi que l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*, lequel prévoyait ce qui suit :

50. Est coupable d'outrage au tribunal celui qui contrevient à une ordonnance ou à une injonction du tribunal ou d'un de ses juges, ou qui agit de manière, soit à entraver le cours normal de l'administration de la justice, soit à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal.

Le juge décrit ainsi les prétentions de l'appelant :

[TRANSLATION] . . . the plaintiff[, Jean-François Morasse,] alleges that the defendant, Gabriel Nadeau-Dubois, . . . did, on the air on the RDI television network, publicly incite people to contravene the order [of Émond J.] by preventing students, including the plaintiff, from having access to their classes . . . . [Emphasis added; para. 3 (CanLII).]

[76] At trial, the respondent — who did not testify, as was his prerogative — raised arguments based both on the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* and on art. 761 para. 1 *C.C.P.* The trial judge nevertheless convicted him of contempt of court under the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*, since he was of the view, beyond a reasonable doubt, that the respondent had been well aware of the nature of the orders of injunction, including the Safeguard Order, that his statements had incited non-compliance with those orders and that he had intentionally acted in such a way as to impair the authority of the court. The trial judge also stated that art. 761 para. 1 *C.C.P.* was not applicable in this case, because the Safeguard Order did not apply directly or specifically to the respondent. Finally, he sentenced the respondent to 120 hours of community service, noting in passing that, by inciting people to contravene a court order, the respondent [TRANSLATION] "broke a fundamental rule of our society based on the rule of law" (sentencing decision, at para. 65).

[77] The Court of Appeal reversed the judgment, finding that *specific* knowledge of the Safeguard Order was required and that such knowledge, like knowledge of the *actus reus*, had not been established beyond a reasonable doubt.

[78] With respect, I find that the Court of Appeal erred in reversing the trial judge's decision. Because the trial judge's conclusion that art. 761 *C.C.P.* did not apply was not challenged in the Court of Appeal or in this Court, this appeal essentially concerns art. 50 para. 1 *C.C.P.* In my view, proof of *specific* knowledge of the order is not required where the allegation of contempt of court is based on the final portion of that paragraph. In such a case, it is enough for the plaintiff to establish beyond a reasonable

. . . le demandeur [Jean-François Morasse] allègue que le défendeur Gabriel Nadeau-Dubois [. . .] a, sur les ondes du réseau de télévision RDI, incité publiquement les gens à contrevenir à l'ordonnance rendue [par le juge Émond] en empêchant les étudiants et étudiantes, dont le demandeur, à avoir accès à leurs cours . . . [Je souligne; par. 3 (CanLII).]

[76] Au procès, l'intimé — qui n'a pas témoigné comme c'était son droit le plus strict — invoque des arguments basés à la fois sur la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*, et sur l'art. 761 al. 1 *C.p.c.* Le juge de première instance le reconnaît néanmoins coupable d'outrage au tribunal en vertu de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* étant d'avis, au-delà de tout doute raisonnable, que l'intimé connaissait pertinemment la nature des ordonnances d'injonction prononcées, dont l'Ordonnance de sauvegarde, que ses propos ont incité au non-respect de ces ordonnances et qu'il a intentionnellement agi de manière à porter atteinte à l'autorité du tribunal. Le juge ajoute que l'art. 761 al. 1 *C.p.c.* ne s'appliquait pas en l'espèce, car l'intimé n'était pas directement ou nommément visé par l'Ordonnance de sauvegarde. Finalement, il condamne l'intimé à accomplir 120 heures de travaux communautaires, tout en soulignant au passage qu'en incitant les citoyens à contrevenir à une ordonnance du tribunal, l'intimé « a outrepassé une règle fondamentale de notre société fondée sur l'état de droit » (jugement sur la peine, par. 65).

[77] La Cour d'appel infirme le jugement. Elle estime que la connaissance *spécifique* de l'Ordonnance de sauvegarde est requise et que, tout comme la connaissance de l'*actus reus*, cette connaissance n'a pas été établie hors de tout doute raisonnable.

[78] Avec égards, la Cour d'appel a selon moi eu tort d'infirmer la décision du juge de première instance. Puisque la conclusion du juge de première instance, selon laquelle l'art. 761 *C.p.c.* ne s'appliquait pas, n'était pas contestée devant la Cour d'appel et devant notre Cour, l'analyse porte essentiellement sur l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* En matière d'outrage au tribunal fondé sur la dernière partie de cet alinéa, j'estime que la preuve de la connaissance *spécifique* de l'ordonnance n'est pas requise.

doubt that the defendant knew that orders existed and that they contained, as did the Safeguard Order, the very terms that the defendant incited people to breach. With regard to the *actus reus*, it is my view that the Court of Appeal erred in substituting its own assessment of the respondent's words for that of the trial judge. Finally, I am of the opinion that the trial judge's conclusion on the proof of *mens rea* was consistent with the applicable legal rule. I would allow the appeal and restore the respondent's conviction for contempt of court. I would not vary the sentence imposed by the trial judge.

Il suffit, pour le poursuivant en semblable matière, d'établir hors de tout doute raisonnable que le défendeur savait que des ordonnances existaient et qu'elles contenaient, comme l'Ordonnance de sauvegarde, les mêmes termes qu'il a incité les citoyens à violer. En ce qui concerne l'*actus reus*, la Cour d'appel a, à mon sens, erronément substitué sa propre évaluation des propos de l'intimé à celle du juge de première instance. Finalement, je suis d'avis que la conclusion du juge de première instance sur la preuve de la *mens rea* est conforme à la règle de droit applicable. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la déclaration de culpabilité de l'intimé pour outrage au tribunal. Je ne modifierais pas la peine infligée par le juge de première instance.

III. Analysis

A. *Principles*

[79] In a contempt of court case, the circumstances in which the order was made must be examined carefully (*Zhang v. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298 (Que. C.A.), at para. 31, leave to appeal refused, [2003] 3 S.C.R. v). In the instant case, the judgments of the Superior Court and the Court of Appeal show that the situation in Quebec was explosive, many court orders were being breached and public demonstrations, which were initially peaceful, were escalating every day.

[80] It will be helpful to recall the essential connection between punishment for contempt of court and preservation of the rule of law. McLachlin J. (as she then was) made the following comment in this regard in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 931:

> Both civil and criminal contempt of court rest on the power of the court to uphold its dignity and process. The rule of law is at the heart of our society; without it there can be neither peace, nor order nor good government. The rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect.

III. Analyse

A. *Principes*

[79] En matière d'outrage au tribunal, les circonstances dans lesquelles l'ordonnance est prononcée doivent être examinées avec attention (*Zhang c. Chau* (2003), 229 D.L.R. (4th) 298 (C.A. Qc), par. 31, autorisation d'appel refusée, [2003] 3 R.C.S. v). En l'espèce, l'examen des jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel révèle que la situation au Québec était explosive, de nombreuses ordonnances des tribunaux n'étaient pas respectées et des manifestations populaires, au départ pacifiques, dégénéraient quotidiennement.

[80] Il convient de rappeler le lien essentiel entre la sanction de l'outrage au tribunal et la préservation de la primauté du droit. Comme le souligne la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 931 :

> Tant l'outrage civil au tribunal que l'outrage criminel au tribunal reposent sur le pouvoir de la cour de maintenir sa dignité et sa procédure. La primauté du droit est le fondement de notre société; sans elle, la paix, l'ordre et le bon gouvernement n'existent pas. La primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû.

[81] In other words, convictions for contempt of court are one of the essential tools for ensuring the rule of law in a democratic society and for ensuring that social order prevails rather than chaos (C. Gervais, *L'injonction* (2nd ed. 2005), at p. 123). It is well established that the purpose of the contempt proceeding, whether in a civil or a criminal context, is to maintain public confidence in the administration of justice and ensure the smooth functioning of the courts (A. Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), at pp. 98-99; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388). All forms of contempt thus involve interference with the orderly administration of justice that strikes at the very heart of the rule of law (*Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, at para. 65 (CanLII), quoting *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065).

[82] It is therefore essential that all members of a "democratic" civil society adhere to this ideal and that the courts remain vigilant and ensure that the orders they make are complied with. Such vigilance is especially crucial in a period of social crisis or unrest like the one in Quebec during the "Maple Spring". In such a climate, incitement to disobey court orders will cause disorder and jeopardize fundamental freedoms. "The fragility of the rule of law is such that none of us who seek to enjoy its benefits can be permitted the occasional anarchical holiday from its mandate, no matter how compelling or how persuasive may be the cause that such anarchy seeks to advance" (*R. v. Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4th) 154 (B.C.S.C.), at p. 157, per Wood J., aff'd (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), quoted with approval in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), at para. 6, and in *R. v. Krawczyk*, 2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6, at para. 32, leave to appeal refused, [2010] 1 S.C.R. xi; see also *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.J.), at p. 613, aff'd (1975), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.)).

[81] Autrement dit, la condamnation pour outrage au tribunal fait partie des outils essentiels pour assurer la primauté du droit dans une société démocratique et pour garantir que l'ordre social prime sur le chaos (C. Gervais, *L'injonction* (2e éd. 2005), p. 123). Il est acquis que cette procédure, que ce soit en matière civile ou criminelle, a pour but de sauvegarder la confiance du public dans l'administration de la justice et d'assurer le fonctionnement harmonieux des tribunaux (A. Popovici, *L'outrage au tribunal* (1977), p. 98-99; *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388). En conséquence, toute forme d'outrage implique une entrave à la bonne administration de la justice qui s'attaque au cœur même de la primauté du droit (*Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, par. 65 (CanLII), citant *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065).

[82] Il est donc primordial que tous les acteurs d'une société civile dite démocratique adhèrent à cet idéal et que les tribunaux restent vigilants et assurent le respect des ordonnances qu'ils prononcent. Cette vigilance est particulièrement cruciale en période de crise ou d'agitation sociale, telle celle qu'a vécue le Québec durant le « printemps érable ». Dans un tel climat, l'incitation à désobéir aux ordonnances des tribunaux engendre le désordre et met en péril les libertés fondamentales. [TRADUCTION] « La fragilité de la primauté du droit est telle qu'aucune personne désireuse de jouir des avantages de ce principe ne saurait être autorisée à déroger à ses préceptes pour quelque moment d'anarchie occasionnelle, et ce, aussi impérieuse ou par ailleurs convaincante que puisse être la cause que ces moments d'anarchie visent à soutenir » (*R. c. Bridges* (1989), 61 D.L.R. (4th) 154 (C.S. C.-B.), p. 157, le juge Wood, conf. par (1990), 54 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), cité avec approbation dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), par. 6, et dans *R. c. Krawczyk*, 2009 BCCA 250, 275 B.C.A.C. 6, par. 32, autorisation d'appel refusée, [2010] 1 R.C.S. xi; voir également *Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.J.), p. 613, conf. par (1975), 11 O.R. (2d) 167 (C.A.)).

[83] Thus, in a contempt proceeding, the real legal issue, respect for the authority of the courts, must not be reduced to a simple question of procedure and burden of proof, as a fair and just resolution of the case must be based on the circumstances and consequences of the alleged acts.

[84] This being said, the power to punish for contempt of court is obviously exceptional and must be exercised only as a last resort (*Centre commercial Les Rivières*, at para. 7; *Constructions Louisbourg ltée v. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155, at para. 26 (CanLII)). Exercising this power is nonetheless justified where a contempt conviction is necessary to protect the integrity of the justice system and to ensure that system's credibility in the eyes of the public (*Echostar Satellite Corp. v. Lis*, 2004 CanLII 2156 (Que. Sup. Ct.), at para. 21). However, because of the nature of such an order, strict conditions, including the criminal law standard of proof beyond a reasonable doubt, apply when one is made (art. 53.1 para. 1 *C.C.P.*). But this does not mean that the use of the power must be so arduous that, in practice, it can no longer be exercised.

[85] It is clear, as the Quebec Court of Appeal noted in *Procom Immobilier Inc. v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1992] R.D.J. 561, quoted in *Zhang*, that while it is true that the procedural rules on contempt of court must be applied strictly, that they are *strictissimi juris*, this does not mean that a court must tolerate breaches of contempt orders or allow people to ignore injunctions, or worse yet, to incite others to defy them, in the name of an excessive artificial formalism. See also Gervais, at pp. 125-26.

B. *Notice Under the Final Portion of Article 50 Paragraph 1 C.C.P.*

[86] I agree with the Court of Appeal that, in the instant case, there is no doubt the respondent knew full well that the contempt charge he had to answer

[83] Ainsi, en matière d'outrage au tribunal, il ne faut pas réduire à une simple question de procédure et de fardeau de preuve le véritable enjeu juridique, soit le respect de l'autorité des tribunaux, puisque la résolution juste et équitable du litige est tributaire des circonstances et des conséquences liées aux actes reprochés.

[84] Cela dit, il coule de source que le pouvoir de sanctionner l'outrage au tribunal est exceptionnel et ne doit être exercé qu'en dernier recours (*Centre commercial Les Rivières*, par. 7; *Constructions Louisbourg ltée c. Société Radio-Canada*, 2014 QCCA 155, par. 26 (CanLII)). L'exercice de ce pouvoir est néanmoins justifié lorsqu'une condamnation pour outrage au tribunal s'impose afin d'appuyer l'intégrité du système de justice et d'assurer sa crédibilité auprès des justiciables (*Echostar Satellite Corp. c. Lis*, 2004 CanLII 2156 (C.S. Qc), par. 21). Cela dit, en raison de la nature d'une telle ordonnance, son prononcé exige le respect de conditions d'application strictes, notamment la norme de preuve hors de tout doute raisonnable applicable en droit criminel (art. 53.1 al. 1 *C.p.c.*). Cela ne veut pas dire pour autant que l'application de ce pouvoir doit être à ce point ardue que celui-ci ne peut plus concrètement être exercé.

[85] Force est de constater, comme le soulignait la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Procom Immobilier Inc. c. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1992] R.D.J. 561, cité dans *Zhang*, que même si les règles procédurales portant sur l'outrage au tribunal sont d'application stricte, *strictissimi juris*, cela ne veut pas dire que la cour doit tolérer la violation de ces ordonnances ou qu'elle doit permettre d'ignorer ou pire encore d'inciter à défier une injonction au nom d'un formalisme artificiel et excessif. Voir, également, Gervais, p. 125-126.

B. *Le préavis de l'art. 50 al. 1 C.p.c., in fine*

[86] Je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle, en l'espèce, il ne fait aucun doute que l'intimé savait précisément qu'il devait répondre à

had been laid both under art. 761 *C.C.P.* and under the whole of art. 50 para. 1 *C.C.P.*

[87] I acknowledge that the appellant's motion requesting that the respondent be ordered to appear for contempt of court referred specifically only to art. 761 *C.C.P.* At the appearance, counsel for the appellant stated that the appellant was also submitting that the respondent had breached para. 60 of the Safeguard Order by taking [TRANSLATION] "any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question". That argument was based on the essential elements of art. 761 *C.C.P.* and the first portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*, both of which apply to offences based on a breach by a defendant of an order made by the Superior Court.

[88] The special rule ordering the respondent to appear, with which he was served, expressly referred to arts. 50 and 761 *C.C.P.* Because that rule did not refer to only one portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*, it can be concluded that both articles are central to the case. In addition, the acts alleged against the respondent by the appellant in his motion, and the description of the allegations against the respondent in the special rule — including that he had [TRANSLATION] "publicly incite[d] people to contravene" the Safeguard Order — fall within the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* (see judgment at trial, at paras. 61-62; judgment of the Court of Appeal, at para. 44). Finally, the respondent made submissions related to that provision at trial, maintaining [TRANSLATION] "that he did not act in such a way as to interfere with the due course of justice or to impair the authority or dignity of the court" (judgment at trial, at para. 32). With respect for those who disagree, it is reasonable to say that the respondent knew he also had to answer allegations of contempt based on the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*

[89] Accordingly, having regard to all the circumstances, I am of the view that the respondent was given sufficiently clear and specific notice of the contempt charge based on a breach of art. 50 para. 1 *C.C.P.* The charge laid against the respondent was

l'accusation d'outrage portée en vertu de l'art. 761 *C.p.c.* et de l'ensemble de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*

[87] Je reconnais que le libellé de la requête de l'appelant qui demandait que l'intimé soit assigné à comparaître pour outrage au tribunal se référait uniquement à l'art. 761 *C.p.c.* Lors de sa comparution, l'avocat de l'appelant a précisé que ce dernier invoquait aussi la violation du par. 60 de l'Ordonnance de sauvegarde, à savoir la violation de celle-ci en accomplissant « toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours ». Cette prétention reprend les éléments essentiels de l'art. 761 *C.p.c.* et de la première partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* Les deux dispositions couvrent ainsi les infractions fondées sur la violation par le défendeur d'une ordonnance de la Cour supérieure.

[88] L'ordonnance spéciale de comparaître, dont l'intimé a reçu signification, fait expressément état des art. 50 et 761 *C.p.c.* Puisque cette ordonnance ne cite pas seulement une partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*, il est loisible de conclure que les deux articles sont au cœur du litige. De plus, les faits que l'appelant reproche à l'intimé dans sa requête, ainsi que la description des allégations formulées contre ce dernier dans l'ordonnance spéciale — notamment qu'il a « incité publiquement les gens à contrevenir à » l'Ordonnance de sauvegarde — sont visés par la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* (voir le jugement de première instance, par. 61-62; jugement de la Cour d'appel, par. 44). Finalement, lors du procès, l'intimé a présenté des arguments portant sur cette disposition, soulignant « qu'il n'a pas agi de manière à entraver le cours normal de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal » (jugement de première instance, par. 32). Avec égards pour l'opinion contraire, il est raisonnable d'affirmer que l'intimé savait qu'il devait aussi répondre aux allégations d'outrage au tribunal fondées sur la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*

[89] En conséquence, au vu de l'ensemble des circonstances, je suis d'avis que l'intimé a reçu une notification suffisamment claire et précise de l'accusation d'outrage portant sur une contravention de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* L'accusation déposée contre

specific, as the exact words that had led to the charge and the relevant articles of the *C.C.P.* were reproduced (*Cotroni v. Quebec Police Commission*, [1978] 1 S.C.R. 1048; *Re Awada* (1970), 13 C.R.N.S. 127 (Que. C.A.)). He knew the nature of the charge and had been told everything he needed to know (*Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137, at para. 27). He was fully aware of the charge against him and had an opportunity to answer it (*Iron Ore Co. of Canada v. United Steel Workers of America, Local 5795* (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27 (Nfld. C.A.), at para. 45, per Gushue J.A., leave to appeal refused, [1979] 1 S.C.R. viii). An [TRANSLATION] "excessive artificial formalism" would not have been appropriate (*Procom*, at p. 563). It was therefore appropriate for the trial judge, in assessing the evidence of the facts, to determine whether the respondent had — by inciting others to breach the Safeguard Order, as he was alleged to have done — acted in such a way as to interfere with the course of justice or to impair the authority or dignity of the court within the meaning of the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* (para. 64).

C. *Knowledge of the Order*

[90] In my view, it was not essential that the respondent have specific knowledge of the order he allegedly incited others to breach in order to be convicted of contempt of court under the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*

[91] This is not a case in which the respondent himself disobeyed an order. Rather, the respondent was charged with contravening an order — one among several similar orders — by inciting other students to disobey it. Thus, the contempt alleged in this case does not really involve a breach of the Safeguard Order itself (the first portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*); rather, it involves conduct that impaired the authority of the court (the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*). The second of these offences is broader than the simple breach of an order. This is why a contempt conviction is possible under the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* even where the underlying order has not yet taken effect. Dickson J.

l'intimé était précise, car les propos exacts à l'origine de l'accusation ainsi que les articles pertinents du *C.p.c.* étaient reproduits (*Cotroni c. Commission de police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048; *Re Awada* (1970), 13 C.R.N.S. 127 (C.A. Qc)). Il connaissait la nature de l'accusation et avait reçu tous les détails pertinents (*Droit de la famille — 122875*, 2012 QCCA 1855, 29 R.F.L. (7th) 137, par. 27). Il était pleinement conscient de l'accusation portée contre lui et il avait la possibilité d'y répondre (*Iron Ore Co. of Canada c. United Steel Workers of America, Local 5795* (1979), 20 Nfld. & P.E.I.R. 27 (C.A. T.-N.), par. 45, le juge Gushue, autorisation d'appel refusée, [1979] 1 R.C.S. viii). Un « formalisme artificiel et excessif » ne saurait s'appliquer (*Procom*, p. 563). Dans l'évaluation de la preuve des faits, le juge de première instance était donc justifié de décider si, en incitant d'autres personnes à violer l'Ordonnance de sauvegarde, comme il lui était reproché de l'avoir fait, l'intimé a agi de manière à entraver le cours de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal, suivant les termes de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* (par. 64).

C. *La connaissance de l'ordonnance*

[90] J'estime que la connaissance spécifique d'une ordonnance que l'intimé a, prétend-on, incité d'autres citoyens à enfreindre n'est pas essentielle pour que ce dernier soit déclaré coupable d'outrage au tribunal en vertu de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*

[91] En l'espèce, il ne s'agit pas d'une ordonnance à laquelle l'intimé a lui-même désobéi. Il s'agit plutôt d'une ordonnance, parmi plusieurs autres ordonnances semblables, à laquelle l'intimé est accusé d'avoir contrevenu en incitant d'autres étudiants à y désobéir. Partant, l'outrage au tribunal allégué en l'espèce ne vise pas vraiment la violation de l'Ordonnance de sauvegarde elle-même (la première partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*), mais plutôt un comportement ayant porté atteinte à l'autorité du tribunal (la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*). La deuxième de ces infractions est de portée plus générale que la seule violation des ordonnances. C'est pourquoi une condamnation pour outrage au tribunal

(as he then was), writing for the Court in *Baxter*, stated the following in this regard, at pp. 396-97:

> The general purpose of the court's contempt power is to ensure the smooth functioning of the judicial process. Contempt extends well beyond breach of court orders. . . .
>
> Contempt in relation to injunctions has always been broader than actual breaches of injunctions. Cattanach J. recognized this in the present case. Thomas Maxwell is named in the show cause order as having committed contempt in his personal capacity although he is not a party to the action. He is not personally bound by the injunction and therefore could not personally be guilty of a breach. Nevertheless, Cattanach J. acknowledged he could still be found in contempt if he, with knowledge of its existence, contravened its terms. Although technically not a breach of an injunction, such an action would constitute contempt because it would tend to obstruct the course of justice; *Kerr on Injunctions*, 6th ed. 1927, at p. 675; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516. [Emphasis added.]

[92] A judge must therefore assess the nature and extent of the defendant's knowledge of the order in question so as to determine whether the defendant is guilty beyond a reasonable doubt of contempt of court under the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* for inciting others to disobey the order.

[93] It is true that this Court stated in *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217, at p. 225, that the evidence must show "actual personal knowledge of a court order [on the part of the defendant]". The Quebec law on contempt of court has its source in the common law, whose rules apply unless they have been expressly excluded (*Vidéotron*, per Gonthier J.; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618, at p. 644, per Beetz J.; D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (5th ed. 2015), vol. 1, at pp. 302-3).

est possible, sous le régime de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*, même si l'ordonnance sous-jacente n'a pas encore pris effet. Comme l'a reconnu le juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la Cour dans l'arrêt *Baxter*, p. 396-397 :

> Les pouvoirs de la cour en matière d'outrage ont pour but général d'assurer le fonctionnement harmonieux du système judiciaire. L'outrage au tribunal va beaucoup plus loin que la violation des ordonnances de la cour. . .
>
> L'outrage relatif à des injonctions a toujours été de portée plus générale que la violation réelle d'une injonction. Le juge Cattanach le reconnaît en l'espèce. Thomas Maxwell est désigné dans l'ordonnance de justification comme auteur d'un outrage au tribunal à titre personnel bien qu'il ne soit pas partie à l'action. Il n'est pas personnellement lié par l'injonction et il ne pouvait donc pas être personnellement coupable de violation. Néanmoins, le juge Cattanach a reconnu qu'il pouvait quand même être déclaré coupable d'outrage, si en toute connaissance de l'existence de l'injonction, il a contrevenu à ses conditions. Bien qu'il ne s'agisse pas formellement de la violation d'une injonction, une telle conduite constitue un outrage au tribunal parce qu'elle tend à entraver le cours de la justice; *Kerr on Injunctions*, 6e éd., 1927, à la p. 675; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516. [Je souligne.]

[92] Le juge doit alors apprécier la nature et l'étendue de la connaissance de l'ordonnance en cause afin de décider si le défendeur est, hors de tout doute raisonnable, coupable d'outrage au tribunal selon la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*, pour le motif qu'il a incité d'autres personnes à désobéir à cette ordonnance.

[93] Dans l'arrêt *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217, p. 225, il est exact que notre Cour a précisé que la preuve doit démontrer « la connaissance personnelle réelle [par le défendeur] de l'ordonnance d'un tribunal ». Le droit québécois en matière d'outrage au tribunal tire sa source de la common law, dont les règles s'appliquent à moins d'avoir été écartées expressément (*Vidéotron*, le juge Gonthier; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618, p. 644, le juge Beetz; D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (5e éd. 2015), vol. 1, p. 302-303).

[94] However, *Bhatnager* and other leading cases on the subject do not specify what is meant by "actual personal" knowledge, nor do they state that such knowledge must be specific. See, for example, *Carey v. Laiken*, 2015 SCC 17, [2015] 2 S.C.R. 79, at para. 34; and *College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225, at para. 71. What is clear is that the defendant need not have been served with the order. Knowledge can always be inferred from circumstantial evidence (*Bhatnager*, at p. 226; *Estrada v. Young*, 2005 QCCA 493, at para. 11 (CanLII)). The inference must be reasonable given the evidence or the absence of evidence, assessed logically, and in light of common sense and human experience (*R. v. Villaroman*, 2016 SCC 33, [2016] 1 S.C.R. 1001, at para. 36).

[95] A relevant case on the question of inferred knowledge is *Re Tilco Plastics Ltd. v. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547 (H.C.J.), aff'd [1967] 2 C.C.C. 196 (C.A.), leave to appeal refused, [1966] S.C.R. vii, in which it was alleged that demonstrators had breached an order limiting picketing around a place of work. Most of the demonstrators were not named in the order and were not parties to the action in which the order had been made. However, the court assessed the circumstantial evidence, including the facts that the local media had informed the public of the existence and substance of the order and that a number of signs carried by certain demonstrators while picketing referred generally to injunctions. The court found that it had been shown beyond a reasonable doubt that the demonstrators had knowledge of the nature and substance of the order, and convicted them of contempt of court: ". . . it is most unlikely, in view of the other proven circumstances, that the other respondents did not receive notice of the order through the media of radio and television, and from the general reputation in the community on the subject" (*Tilco Plastics*, at p. 570).

[96] In *Avery v. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414, a case referred to in *Bhatnager*, the court found that

[94] Toutefois, l'arrêt *Bhatnager* et d'autres décisions importantes en la matière ne précisent pas ce qui constitue la connaissance « personnelle réelle ». Elles ne déclarent pas non plus que cette connaissance doit être spécifique. Voir, à titre d'exemple, *Carey c. Laiken*, 2015 CSC 17, [2015] 2 R.C.S. 79, par. 34; et *College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225, par. 71. Ce qui est clair, c'est qu'il n'est pas nécessaire que le défendeur ait reçu signification de l'ordonnance. La connaissance peut toujours être inférée de la preuve circonstancielle (*Bhatnager*, p. 226; *Estrada c. Young*, 2005 QCCA 493, par. 11 (CanLII)). L'inférence doit être raisonnable compte tenu d'une appréciation logique de la preuve ou de l'absence de preuve, et suivant le bon sens et l'expérience humaine (*R. c. Villaroman*, 2016 CSC 33, [2016] 1 R.C.S. 1001, par. 36).

[95] L'arrêt *Re Tilco Plastics Ltd. c. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547 (H.C.J.), conf. par [1967] 2 C.C.C. 196 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1966] R.C.S. vii, constitue un exemple pertinent de connaissance inférée. Dans cet arrêt, il était allégué que les manifestants avaient violé une ordonnance limitant le piquetage autour d'un lieu de travail. La plupart des manifestants n'étaient ni nommés dans l'ordonnance, ni parties à l'action dans laquelle elle avait été prononcée. Néanmoins, la cour a apprécié la preuve circonstancielle, notamment le fait que la presse régionale avait informé le public de l'existence et du contenu de l'ordonnance, et le fait que plusieurs affiches brandies par certains manifestants durant leur piquetage référaient de façon générale aux ordonnances d'injonction. La cour a conclu qu'il avait été démontré hors de tout doute raisonnable que les manifestants connaissaient la nature et le contenu de l'ordonnance et les a reconnus coupables d'outrage au tribunal : [TRADUCTION] « . . . il est très peu probable, compte tenu des autres circonstances établies, que les autres intimés n'aient pas appris l'existence de l'ordonnance par l'entremise de la radio et de la télévision, ainsi que par la notoriété dont jouissait cette situation dans la communauté » (*Tilco Plastics*, p. 570).

[96] Dans l'arrêt *Avery c. Andrews* (1882), 51 L.J. Ch. 414, mentionné dans *Bhatnager*, le tribunal a

some of the defendants, who were new trustees of a society, had sufficient knowledge of the content of an injunction that applied to and named only the former trustees, even though the defendants in question claimed never to have seen the order or a copy of it. The court held that the defendants were "aware of the effect of the order", given that they had attended a meeting at which a letter advising the society to consent to the injunction had been read, and that a local newspaper had published a full account of the proceeding in which the order had been made (pp. 415-16).

[97] The question of knowledge therefore requires that the context be assessed. In *Bhatnager*, at p. 225, this Court quoted with approval the following comments of Thesiger L.J. in *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110 (C.A.), at p. 119:

> . . . the question in each case, and depending upon the particular circumstances of the case, must be, was there or was there not such a notice given to the person who is charged with contempt of Court that you can infer from the facts that he had notice in fact of the order which had been made? And, in a matter of this kind, bearing in mind that the liberty of the subject is to be affected, I think that those who assert that there was such a notice ought to prove it beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

[98] Baudouin J.A. of the Quebec Court of Appeal commented as follows on this subject in *Zhang*: ". . . Courts should, on the one hand, examine the context in which the order was issued, and evaluate it according to the specific and particular circumstances of the case and, on the other hand, ask themselves whether or not the defendant could have reasonably been aware that his acts or omissions fall under the order" (para. 31 (emphasis added)).

[99] Thus, where the contempt charge alleges that the defendant incited others to breach an order, contrary to the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*, it is my view that the evidence must establish beyond a reasonable doubt that the defendant knew of the existence of the order in question or

estimé que certains défendeurs, nouveaux fiduciaires d'une société, possédaient une connaissance suffisante du contenu d'une ordonnance d'injonction visant et nommant seulement les anciens fiduciaires, même si ces défendeurs avaient prétendu n'avoir jamais vu l'ordonnance ou une copie de celle-ci. Le tribunal a décidé que ces défendeurs étaient [TRADUCTION] « au fait des effets de l'ordonnance », étant donné qu'ils avaient assisté à une réunion pendant laquelle une lettre conseillant à la société de consentir à l'ordonnance était lue, et qu'un journal local avait publié un résumé complet du recours dans lequel l'ordonnance avait été rendue (p. 415-416).

[97] En conséquence, la question de la connaissance requiert une évaluation contextuelle. Dans *Bhatnager*, p. 225, notre Cour a cité et approuvé les propos suivants du lord juge Thesiger dans l'arrêt *Ex parte Langley* (1879), 13 Ch. D. 110 (C.A.), p. 119 :

> [TRADUCTION] . . . la question dans chaque cas, et selon les circonstances particulières de l'affaire, doit être : y a-t-il eu un avis donné à la personne accusée d'outrage au tribunal qui permette de déduire des faits qu'elle a effectivement reçu un avis de l'ordonnance qui avait été rendue? Et dans une affaire de ce genre, compte tenu du fait qu'il peut y avoir atteinte à la liberté de la personne, je suis d'avis que ceux qui affirment qu'il y a eu un tel avis sont tenus de le démontrer hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

[98] Ainsi, le juge Baudouin de la Cour d'appel du Québec a souligné ce qui suit dans l'arrêt *Zhang* : [TRADUCTION] « . . . les tribunaux doivent, d'une part, examiner le contexte dans lequel l'ordonnance a été rendue et l'évaluer selon les circonstances spécifiques et particulières de la cause puis, d'autre part, se demander si le défendeur aurait ou non raisonnablement pu savoir que ses actes ou omissions étaient visés par l'ordonnance » (par. 31 (je souligne)).

[99] Cela dit, lorsque l'accusation d'outrage au tribunal reproche au défendeur d'avoir incité d'autres personnes à violer une ordonnance, en contravention de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*, je suis d'avis que la preuve doit établir hors de tout doute raisonnable que le défendeur savait que

of similar orders containing the same terms that the defendant urged other people to breach. In other words, the evidence must establish that the defendant knew of the existence of one or more orders that were in effect at the time of the offence and was also in a position to know that his or her acts or words were contrary to those orders.

[100] In the instant case, a contextual analysis of the respondent's words can lead to only one reasonable inference (*Villaroman*, at para. 30; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42, at para. 33, per Charron J. for the majority), that is, that the respondent had the required knowledge of the nature and scope of the orders.

[101] Because knowledge of the orders is a question of fact, the trial court's finding on this point is entitled to deference. Although the Court of Appeal took issue with some of the facts found by the trial judge that depended on knowledge, and with the inferences the judge drew from those facts, its concerns related primarily to proof of specific knowledge of the Safeguard Order, which, as I explained above, is not necessary.

[102] In my opinion, both the approach adopted by the Court of Appeal and the one proposed by the respondent at the hearing in this Court are incorrect. If the evidence of knowledge is circumstantial, then all the circumstances must be considered. The Court of Appeal stated that the analysis of the respondent's knowledge should focus on the answer given by the respondent in the interview rather than on the journalist's questions (para. 56). And the respondent suggests that Mr. Bureau-Blouin's remarks on the same subject, which were broadcast just before his own, should be disregarded. Such an approach is surprising, and puzzling. How can there be a genuine assessment of the context and circumstances if evidence of certain circumstances is accepted while certain other circumstances are disregarded? With respect, I believe that such an analysis is insufficient and incomplete.

l'ordonnance en cause existait ou qu'il existait des ordonnances semblables contenant les mêmes conditions qu'il a encouragé d'autres personnes à ne pas respecter. En d'autres mots, la preuve doit établir, d'une part, que le défendeur connaissait l'existence d'une ou de plusieurs ordonnances en vigueur au moment de l'infraction et, d'autre part, qu'il était en mesure de savoir que ses actes ou ses paroles contrevenaient à ces ordonnances.

[100] En l'espèce, une analyse contextuelle des propos de l'intimé ne peut mener qu'à une seule conclusion raisonnable (*Villaroman*, par. 30; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42, par. 33, la juge Charron pour la majorité), soit que l'intimé avait la connaissance requise de la nature et de la portée des ordonnances.

[101] La connaissance des ordonnances étant une question de fait, la conclusion du tribunal de première instance à cet égard commande la déférence. Même si la Cour d'appel remet en cause certains faits constatés par le juge de première instance qui sont tributaires de la connaissance, ainsi que les inférences qu'en a tirées le juge, ces reproches concernent pour la plupart la preuve de la connaissance spécifique de l'Ordonnance de sauvegarde, connaissance qui, tel qu'il a été expliqué plus haut, n'est pas nécessaire.

[102] À mon avis, tant l'approche adoptée par la Cour d'appel, que celle avancée par l'intimé lors de l'audience de notre Cour sont erronées. Si la preuve de la connaissance est circonstancielle, il faut alors examiner toutes les circonstances. Or, la Cour d'appel a affirmé que, dans le cadre de l'analyse de la connaissance de l'intimé, il fallait s'attarder à la réponse donnée par l'intimé lors de l'entrevue, plutôt qu'aux questions posées par la journaliste (par. 56). De même, l'intimé suggère d'ignorer les paroles de M. Bureau-Blouin sur le même sujet qui ont été diffusées juste avant. Une telle approche surprend et laisse perplexe. Comment peut-on procéder à une véritable évaluation contextuelle et circonstancielle en acceptant la preuve de certaines circonstances mais en écartant certaines autres? Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime qu'une telle analyse est perfectible et incomplète.

[103] When considered in the context of the entire interview, as the trial judge did, the respondent's words show beyond a reasonable doubt that he knew of the existence, content and scope of the orders — that is, the obligation to allow students to have free access to their classes.

[104] As the trial judge noted, the respondent [TRANSLATION] "himself referred directly to the orders made by the courts that required that students be given free access to their classes" (para. 81). In the television interview, the respondent said that it was [TRANSLATION] "quite unfortunate that there's really a minority of students who're using the courts to circumvent the collective decision" to boycott classes (judgment of the Court of Appeal, at para. 15 (emphasis added)). These remarks by the respondent came after the answer given by Mr. Bureau-Blouin, who had stated that there were "injunctions", "specific court orders, not to block the path of certain students" (*ibid.*). The respondent's remarks came after he had heard Mr. Bureau-Blouin's answer.

[105] To claim that the respondent did not know there were orders whose relevant terms prohibited blocking students' access to their classes is to totally disregard the contextual evidence before the trial judge. Even if this were in theory a possible interpretation of the facts, it was not open to the trier of fact to act on the basis of interpretations that he considered unreasonable (*Villaroman*, at para. 42). The Safeguard Order was one of the measures of whose content the respondent was well aware. As the trial judge observed at para. 82, [TRANSLATION] "[i]n this context, the [respondent] cannot claim that . . . he was referring to all the other orders the courts had made to protect students' access to their classes but not the one made by Émond J." Moreover, as the trial judge concluded — and this was the essence of his reasoning — the respondent was aware of the content of the orders, and in the course of the television interview, he incited students to breach them.

[103] Considérées dans le contexte de l'ensemble de l'entrevue, comme l'a fait le juge de première instance, les paroles de l'intimé démontrent au-delà de tout doute raisonnable que l'intimé connaissait l'existence des ordonnances, ainsi que la teneur et la portée de celles-ci — c'est-à-dire l'obligation de laisser aux étudiants le libre accès à leurs cours.

[104] Comme le constate le juge de première instance, l'intimé « lui-même fait directement référence aux ordonnances rendues par les tribunaux ordonnant le libre accès des étudiants à leurs cours » (par. 81). Pendant l'entrevue télévisée, l'intimé dit qu'il est « tout à fait regrettable là qu'il y ait vraiment une minorité d'étudiants et d'étudiantes qui utilisent les tribunaux pour contourner la décision collective » de boycotter les cours (jugement de la Cour d'appel, par. 15 (je souligne)). Ces propos de l'intimé suivent la réponse de M. Bureau-Blouin, lequel mentionne qu'il y a des « injonctions », « des ordres précis de la Cour, pour ne pas bloquer le passage de certains étudiants » (*ibid.*). L'intimé a tenu les propos reproduits ci-dessus après avoir entendu cette réponse de M. Bureau-Blouin.

[105] Prétendre que l'intimé ne savait pas qu'il y avait des ordonnances dont les conditions pertinentes interdisaient de bloquer l'accès des étudiants à leurs cours fait totalement abstraction du contexte mis en preuve devant le juge de première instance. Même si c'était là une interprétation des faits théoriquement possible, le juge des faits ne devait pas s'appuyer sur des interprétations qu'il considère comme déraisonnables (*Villaroman*, par. 42). L'Ordonnance de sauvegarde faisait partie des mesures dont l'intimé connaissait pertinemment la teneur. Ainsi que le souligne le juge de première instance, au par. 82, « [d]ans ce contexte, [l'intimé] ne peut prétendre [. . .] [qu']il référait à toutes les autres ordonnances rendues par les tribunaux protégeant l'accès pour les étudiants à leurs cours, sauf celle du juge Émond. » De plus, comme a conclu le juge de première instance, et c'était là l'essentiel de son raisonnement, l'intimé connaissait la teneur des ordonnances et il a incité les étudiants à contrevenir à celles-ci pendant l'entrevue télévisée.

D. *Actus Reus*

[106] In my view, the trial judge's conclusion with respect to the *actus reus* is entitled to deference. With respect, the Court of Appeal found no palpable and overriding error in the trial judge's reasoning on the nature and knowledge of the *actus reus*. It simply characterized the same facts differently.

[107] The *actus reus* under the first portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* is disobeying any process or order of a court or of a judge thereof. By contrast, the *actus reus* contemplated by the final portion of that provision consists of any action that interferes or tends to interfere with the orderly administration of justice, or that impairs or tends to impair the authority or dignity of the court (*Baxter*, at p. 396; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, per Dickson C.J.; *Attorney-General of Quebec v. Hebert*, [1967] 2 C.C.C. 111 (Que. Q.B.), at p. 131, per Tremblay C.J.Q.). The danger of prejudice to the administration of justice or to the authority of the court must be serious, real or substantial (*Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54 (H.L.), at pp. 66-67, quoted in *R. v. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.), at p. 512, per Dubin J.A., dissenting in part). Inciting and encouraging others to disobey any process or order can constitute the *actus reus* of the offence defined in the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* (*Attorney-General of Quebec v. Charbonneau* (1972), 13 C.C.C. (2d) 226 (Que. C.A.); *Boon-Strachan Coal Co. v. Campbell*, [1981] C.S. 923; P.-A. Gendreau et al., *L'injonction* (1998), at p. 356).

[108] In light of these principles, I can find no error in the trial judge's conclusion concerning the nature of the *actus reus* or in the reasoning that led him to that conclusion. He did not [TRANSLATION] "impute intentions" to the respondent (judgment of the Court of Appeal, at para. 71). He engaged in a reasoned contextual analysis, whereas the Court of Appeal instead conducted a piecemeal analysis of the evidence. Further, it is the trial judge who was in the best position to undertake that analysis.

D. *L'actus reus*

[106] Je suis d'avis que la conclusion du juge de première instance sur l'*actus reus* mérite déférence. Avec égards, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur manifeste et déterminante dans le raisonnement du juge de première instance sur la nature et la connaissance de l'*actus reus*. Elle a tout simplement qualifié différemment la même trame factuelle.

[107] L'*actus reus* correspondant à la première partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* est une contravention à une ordonnance ou à une injonction d'un tribunal ou d'un de ses juges. Par contre, l'*actus reus* visé par la dernière partie de cette disposition s'entend de toute action qui entrave ou tend à entraver le cours normal de l'administration de la justice, ainsi que de toute action qui porte ou tend à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal (*Baxter*, p. 396; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, le juge en chef Dickson; *Hébert c. Procureur général du Québec*, [1966] J.Q. nº 15 (QL) (B.R.), par. 71-73, le juge en chef Tremblay). Il faut que le risque de préjudice pour l'administration de la justice ou pour l'autorité du tribunal soit sérieux, réel ou substantiel (*Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 3 All E.R. 54 (H.L.), p. 66-67, cité dans *R. c. Kopyto* (1987), 62 O.R. (2d) 449 (C.A.), p. 512, le juge Dubin, dissident en partie). L'incitation et l'encouragement à désobéir à une injonction ou à une ordonnance peuvent constituer l'*actus reus* de l'infraction prévue à la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* (*Charbonneau c. Procureur général du Québec*, [1973] R.P. 10 (C.A.); *Boon-Strachan Coal Co. c. Campbell*, [1981] C.S. 923; P.-A. Gendreau et autres, *L'injonction* (1998), p. 356).

[108] À la lumière de ces principes, je ne décèle aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance sur la nature de l'*actus reus* ou dans le raisonnement qui l'a amené à conclure ainsi. Ce dernier n'a pas « prêt[é] des intentions » à l'intimé (jugement de la Cour d'appel, par. 71). Il a procédé à une analyse contextuelle raisonnée, alors que la Cour d'appel a plutôt entrepris une analyse fragmentaire de la preuve. De plus, le juge de première instance était le mieux placé pour réaliser cette analyse.

[109] When assessed in the context of the entire interview, the respondent's words show beyond a reasonable doubt that he was doing more than merely expressing disagreement with the judicialization of the student conflict. The respondent — who was the spokesperson for CLASSE and one of the leaders of the student movement — stated in the television interview on the conflict then under way in Quebec, in which students had sought the courts' assistance to gain access to their classrooms, that he believed it was [TRANSLATION] "perfectly legitimate" for students to do "what they have to do to enforce the strike vote", even "if that [took] picket lines" (judgment of the Court of Appeal, at para. 15 (emphasis added)). The respondent made these remarks after Mr. Bureau-Blouin had in his comments urged students to comply with the orders of injunction, and immediately after the journalist had asked him whether he was "still encouraging picketing to prevent [students from entering]" (*ibid.* (emphasis added)).

[110] In the trial judge's view, there was no doubt that, in these circumstances, [TRANSLATION] "enforce the strike vote" or "uphold the democratic choice that was made to go on strike" meant "prevent students from gaining access to their classes, even by picketing, despite the injunctions, in order to enforce the students' vote in favour of the boycott" (paras. 94 and 96-97). In the circumstances, no other reasonable and logical inference could be drawn from those words. As well, the respondent's statement that it was "legitimate" to do "what they have to do" for that purpose, which he made after being asked whether he was "still encouraging picketing to prevent [students from entering]", amounted to incitement. There was therefore no doubt that the respondent's words were an incitement to breach the terms of the Safeguard Order as well as those of the other orders that had been made to ensure that students would have access to their classes. The Safeguard Order prohibited anyone boycotting classes [TRANSLATION] "from obstructing or impeding access to classes by means of intimidation or from taking any action that could prevent or adversely affect access to the classes in question" (para. 60). The other orders imposed the same restrictions.

[109] Appréciées dans le contexte de l'ensemble de l'entrevue, les paroles de l'intimé démontrent au-delà de tout doute raisonnable que l'intimé exprimait davantage que son simple désaccord avec la judiciarisation du conflit étudiant. L'intimé — qui était porte-parole de la CLASSE et un des leaders du mouvement étudiant — a déclaré pendant l'entrevue télévisée portant sur le conflit sévissant alors au Québec, au cours duquel des étudiants ont sollicité l'aide des tribunaux afin de pouvoir accéder à leurs salles de cours, que, selon lui, il était « tout à fait légitime » pour les étudiants et les étudiantes de prendre « les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève », même « si ça pren[ait] des lignes de piquetage » (jugement de la Cour d'appel, par. 15 (je souligne)). L'intimé a fait ces remarques après celles de M. Bureau-Blouin, qui a plutôt invité les étudiants à respecter les ordonnances d'injonctions, et immédiatement après la question de la journaliste, lui demandant s'il « encourage[ait] encore les piquets de grève pour empêcher [les étudiants d'entrer] » (*ibid.* (je souligne)).

[110] Selon le juge de première instance, il ne faisait aucun doute que, dans ce contexte, « faire respecter le vote de grève » ou « faire respecter le choix démocratique qui a été fait d'aller en grève » voulait dire « empêcher l'accès aux étudiants à leurs cours, voire même par le piquetage, malgré les injonctions, le tout afin de faire respecter le vote tenu par les étudiants favorables au boycottage » (par. 94 et 96-97). Dans ces circonstances, aucune autre inférence raisonnable et logique ne peut être tirée de ces propos. De plus, la déclaration de l'intimé selon laquelle il est « légitime » de prendre les « moyens nécessaires » à cette fin, faite en réponse à la question de savoir s'il « encourage[ait] encore les piquets de grève pour empêcher [les étudiants d'entrer] », relève de l'incitation. Il n'y avait alors aucun doute que les paroles de l'intimé constituaient une incitation à contrevenir aux conditions de l'Ordonnance de sauvegarde, ainsi qu'aux autres ordonnances visant à assurer l'accès des étudiants à leurs cours. L'Ordonnance de sauvegarde interdisait à toutes les personnes qui boycottaient les cours « d'obstruer ou de nuire à l'accès aux cours par intimidation ou de poser toute action susceptible d'empêcher ou d'affecter négativement l'accès à ces cours » (par. 60). Les autres ordonnances imposaient les mêmes restrictions.

[111] The Court of Appeal's conclusion that [TRANSLATION] "[t]here is no basis for finding that the 'pressure tactics' [the respondent] referred to were anything other than legal tactics" and that, in any event, his words "contained an unresolvable ambiguity" is surprising (paras. 71-72). To reach that conclusion, it is necessary to give the respondent's words a latitudinarian meaning that is neither logical nor reasonable. To what can the words "do what they have to do to enforce the strike vote" refer if not actions to prevent access to classes, contrary to the terms of the Safeguard Order? With respect, the Court of Appeal's conclusion disregards the context and reflects an excessive artificial formalism, as it permits the respondent to "hide behind a restrictive and literal interpretation to circumvent the order and make a mockery of it and of the administration of justice" (*Zhang*, at para. 32).

[111] La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle « [r]ien ne permet de conclure que les "moyens de pression" dont [l'intimé] parle sont autres choses que des moyens légaux », et que, de toute manière, ses propos « comportent une ambiguïté irrésoluble » étonne (par. 71-72). En effet, on ne peut conclure ainsi à moins de donner aux paroles de l'intimé une signification latitudinaire qui s'éloigne de la logique et de la raisonnabilité. À quoi peuvent bien référer les mots « les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève », sinon aux moyens d'empêcher l'accès aux cours, en contravention des conditions de l'Ordonnance de sauvegarde? Soit dit en tout respect, la conclusion de la Cour d'appel fait abstraction du contexte et témoigne d'un formalisme artificiel et excessif, car elle permet à l'intimé de [TRADUCTION] « se réfugier derrière une interprétation restrictive et littérale pour contourner l'ordonnance ainsi que pour la tourner en dérision de même que l'administration de la justice » (*Zhang*, par. 32).

[112] The trial judge had concluded that the respondent, in his comments, [TRANSLATION] "was . . . promoting anarchy and encouraging civil disobedience" (para. 95). He added that the respondent's incitement to breach the orders, including the one the appellant had obtained, seriously impaired the authority of the courts (para. 109). I agree. In a television interview that was broadcast to a large audience, the respondent publicly incited others to breach the court orders at the height of the conflict. He made the remarks in question as a spokesperson for CLASSE, which added to the risk of impairing the authority and undermining the credibility of the courts (*Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338 (Que. Sup. Ct.), varied on other grounds, [1976] C.A. 788). With this in mind, the danger of prejudice to the authority of the court was sufficiently serious and substantial to justify the trial judge's exercising his discretion and convicting the respondent.

[112] De l'avis du juge de première instance, par ses paroles, l'intimé « prôn[ait] [. . .] l'anarchie et encourage[ait] la désobéissance civile » (par. 95). Le juge a également conclu que l'incitation par l'intimé au non-respect des ordonnances, dont celle obtenue par l'appelant, portait une atteinte grave à l'autorité des tribunaux (par. 109). Je suis d'accord. Lors d'une entrevue télévisée largement diffusée, l'intimé incitait publiquement à la violation des ordonnances des tribunaux au beau milieu du conflit. Il a formulé ces propos en sa qualité de porte-parole de la CLASSE, ce qui ajoutait au risque de nuire à l'autorité et de miner la crédibilité des tribunaux (*Re Ouellet (No. 1)* (1976), 28 C.C.C. (2d) 338 (C.S. Qc), modifié pour d'autres motifs, [1976] C.A. 788). Dans ce contexte, le risque de préjudice pour l'autorité du tribunal était suffisamment sérieux et substantiel pour que le juge de première instance soit justifié d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de prononcer la culpabilité de l'intimé.

E. *Mens Rea*

E. *La mens rea*

[113] I would not interfere with the trial judge's finding that the respondent had the *mens rea* required to be convicted of contempt of court under

[113] Je n'interviendrai pas à l'égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'intimé possédait la *mens rea* nécessaire pour être

the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* The Court of Appeal did not consider this question because of its conclusions on the knowledge and *actus reus* issues.

[114] The trial judge found that it was clear from the specific context of the television interview that the respondent had incited and intended to incite people to breach orders made by the courts. He therefore found that the appellant had discharged his burden of proving the *mens rea* beyond a reasonable doubt, even on the basis of a degree of intent that seems higher than necessary.

[115] In *Daigle v. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon*, [1991] R.D.J. 249 (C.A.), the Court of Appeal described the *mens rea* required for the application of art. 50 para. 1 *C.C.P.* as follows:

> [TRANSLATION] In the specific context of article 50 [*C.C.P.*], the *mens rea*, which is an essential element of the respondent's conduct, may take one of two forms: either the attitude of the debtor of the obligation imposed by the judgment shows a clear intention not to perform the obligation; or the debtor acted on the obligation in a manner which is not only unsatisfactory but also shows gross carelessness as to compliance, if not with the letter of the obligation, at least with the spirit in which it was imposed on him or her. [Emphasis added; p. 253.]

[116] However, that description related to the breach of an order and therefore to the first portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* In *Carey*, a recent decision on this subject in the context of the common law, this Court held that establishing the elements of civil contempt does not require that the defendant be found to have breached an injunction with intent to disobey the order or to interfere with the administration of justice. All that is required for the plaintiff to establish civil contempt is proof beyond a reasonable doubt of an intentional act — or omission — by the defendant that was in breach of a clear order of which the defendant had notice. As a result, only acts that are spontaneous or accidental will not meet the intent requirement (the Honourable R. J. Sharpe,

reconnu coupable d'outrage au tribunal en vertu de la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* La Cour d'appel n'a pas examiné cette question vu ses conclusions sur la connaissance et l'*actus reus*.

[114] Le juge de première instance a estimé qu'il ressortait manifestement de l'examen du contexte particulier de l'entrevue télévisée que l'intimé incitait et avait l'intention d'inciter les citoyens à contrevenir aux ordonnances prononcées par les tribunaux. Il a donc conclu que l'appelant avait satisfait au fardeau qui lui incombait de prouver la *mens rea* hors de tout doute raisonnable, et ce, suivant un degré d'intention qui semble être plus exigeant que nécessaire.

[115] Dans l'arrêt *Daigle c. Corporation municipale de la Paroisse de St-Gabriel de Brandon*, [1991] R.D.J. 249 (C.A.), la Cour d'appel a décrit comme suit la *mens rea* requise pour l'application de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* :

> Dans le contexte particulier de l'article 50 [*C.p.c.*], la *mens rea* qui constitue un élément essentiel du comportement de l'intimé peut se manifester de deux façons : ou bien l'attitude du débiteur de l'obligation reconnue par le jugement démontre une intention évidente de ne pas l'exécuter; ou bien il y a donné suite d'une façon qui, en plus d'être insatisfaisante, révèle de sa part une insouciance grossière à en respecter, sinon la lettre, du moins l'esprit dans lequel elle lui a été imposée. [Je souligne; p. 253.]

[116] Cependant, cette description concerne la violation d'une ordonnance et, de ce fait, la première partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* Dans l'arrêt *Carey*, une décision récente sur le sujet en common law, notre Cour a décidé que le droit n'exige pas, pour qu'il soit satisfait aux éléments constitutifs de l'outrage en matière civile, que le défendeur ait violé une injonction avec l'intention d'y désobéir ou d'entraver l'administration de la justice. Au civil, il suffit que le poursuivant prouve hors de tout doute raisonnable que le défendeur a intentionnellement agi — ou omis d'agir — en violation d'une ordonnance claire, dont il avait connaissance. En conséquence, seules des actions spontanées ou accidentelles ne sauraient satisfaire à l'exigence relative à l'intention (l'honorable

Injunctions and Specific Performance (loose-leaf ed.), at p. 6-18).

[117] The situation is not as clear for third parties, that is, persons to whom an order does not specifically apply. Sharpe, who is a judge of the Ontario Court of Appeal, states that it is settled law in England and Australia that an intention to interfere with the administration of justice must be proved in the case of a third party to whom the injunction in question does not specifically apply (p. 6-26). This Court commented on but did not decide this point in *Carey* (paras. 45-46). The existing Canadian case law seems to say that an intention to interfere with the administration of justice or to impair the authority or dignity of the court is not an essential element of the offence of civil contempt where an order is breached. See, for example, *B.C.G.E.U.*; and *Droit de la famille*, at para. 30, where Dalphond J.A. adopted the words of Saunders J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal in *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204, at para. 47.

[118] Even in criminal contempt cases, an intention to knowingly depreciate the authority of the court is not required; recklessness as to this consequence is enough. The appellant argues that, as was held in *United Nurses*, it must be proved that "the accused [acted] with . . . knowledge or recklessness" as to the fact that his or her actions or words would "tend to depreciate the authority of the court" (p. 933). This argument is reasonable in view of the twofold character — civil and criminal — of the offence of contempt of court, and of the fact that, by focusing on the public's interest in protecting the administration of justice, the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.* implies that contempt is quasi-criminal in nature (*Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516). Indeed, the concept of *mens rea* as argued in the instant case is similar to the one outlined in *Daigle* without being attached to an intention to breach an order on the part of the defendant him or herself.

[119] Even if the higher *mens rea* requirement for criminal contempt applies in the instant case,

R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (éd. feuilles mobiles), p. 6-18).

[117] Pour ce qui est des tiers, c'est-à-dire les personnes qui ne sont pas visées par une ordonnance, la situation n'est pas aussi claire. Selon le juge Sharpe de la Cour d'appel de l'Ontario, en Angleterre et en Australie, il est établi que la preuve de l'intention d'entraver l'administration de la justice est requise dans le cas des tiers qui ne sont pas visés par l'injonction en question (p. 6-26). Notre Cour a commenté ce point dans *Carey*, mais ne l'a pas tranché (par. 45-46). D'après la jurisprudence canadienne existante, il semble que l'intention d'entraver l'administration de la justice ou de porter atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction d'outrage au tribunal en matière civile dans le cas de la violation d'une ordonnance. Voir, à titre d'exemple, *B.C.G.E.U.*; et *Droit de la famille*, par. 30, où le juge d'appel Dalphond fait siens les propos formulés par le juge Saunders de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204, par. 47.

[118] Même dans les cas d'outrage en matière criminelle, l'intention de miner sciemment l'autorité de la cour n'est pas requise; l'insouciance à l'égard de cette conséquence suffit. L'appelant prétend en effet que, aux termes de l'arrêt *United Nurses*, il doit être prouvé que, par les actes ou paroles qui lui sont reprochés, « l'accusé a [. . .] contribu[é] à miner l'autorité de la cour, en le sachant ou sans s'en soucier » (p. 933). En raison de la dualité — civile et criminelle — de l'infraction d'outrage au tribunal et du fait qu'en visant l'intérêt du public à la sauvegarde de l'administration de la justice, la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.*, implique la nature quasi criminelle de l'outrage (*Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516), cette prétention de l'appelant est raisonnable. D'ailleurs, la notion de *mens rea*, telle qu'elle est plaidée en l'espèce, ressemble à celle exposée dans *Daigle*, sans être rattachée à l'intention de violer une ordonnance par le défendeur lui-même.

[119] À supposer que la *mens rea* plus exigeante liée à l'outrage criminel s'applique en l'espèce,

which I will not decide here, the evidence shows beyond a reasonable doubt that the respondent had that *mens rea*.

[120] In *United Nurses*, McLachlin J., writing for the majority, explained that recklessness may be inferred from the public quality of the act giving rise to the alleged contempt:

> An open and public defiance of a court order will tend to depreciate the authority of the court. Therefore when it is clear the accused must have known his or her act of defiance will be public, it may be inferred that he or she was at least reckless as to whether the authority of the court would be brought into contempt. [p. 933]

[121] Given the context in which the respondent made his remarks — in a television interview broadcast to a large audience in Quebec — he knew that his act of defiance would be public and, in the words of McLachlin J. in *United Nurses*, it may be inferred that he was at least reckless as to whether the authority of the court would be impaired. The evidence adduced at trial meets the *mens rea* requirements for the offence defined in the final portion of art. 50 para. 1 *C.C.P.*: the appellant has shown beyond a reasonable doubt that the respondent publicly incited students to breach the terms of court orders, including the Safeguard Order, whose content and scope were known to him and that he was, at best, reckless as to the possibility that his comments would impair the authority of the courts.

F. *Freedom of Expression*

[122] Before I turn to the sentence, I believe it will be appropriate to comment briefly on the issue of freedom of expression, which was argued vigorously by the parties and the interveners and to which the Court of Appeal devoted several paragraphs of its decision (paras. 73-76). Given that the right to express opinions in public is protected by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and also, in Quebec, by s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, the Court of Appeal stressed that it was important [TRANSLATION] "to be aware of this in assessing what was said in order to reduce the risk of having

sans toutefois décider ce point, la preuve démontre hors de tout doute raisonnable que l'intimé possédait cette *mens rea*.

[120] Dans *United Nurses*, la juge McLachlin, écrivant au nom de la majorité, a expliqué que le caractère public de l'action à l'origine de l'outrage reproché permet d'inférer l'insouciance :

> Une transgression patente et publique d'une ordonnance de la cour tendra à miner l'autorité de celle-ci. Par conséquent, lorsqu'il ressort de la preuve que l'accusé devait savoir que sa transgression serait publique, il peut être inféré qu'à tout le moins, il ne se souciait pas de savoir s'il y aurait outrage à l'autorité de la cour. [p. 933]

[121] Vu le contexte dans lequel l'intimé a prononcé ses paroles — à savoir à l'occasion d'une entrevue télévisée largement diffusée au Québec —, il savait que sa transgression serait publique et, conformément à l'arrêt *United Nurses*, il est permis d'inférer qu'à tout le moins il ne se souciait pas de savoir s'il y aurait atteinte à l'autorité de la cour. La preuve présentée en première instance satisfait aux exigences de la *mens rea* de l'infraction prévue à la dernière partie de l'art. 50 al. 1 *C.p.c.* : l'appelant a démontré hors de tout doute raisonnable que l'intimé a publiquement incité les étudiants à violer les conditions des ordonnances judiciaires dont il connaissait la teneur et la portée, y compris l'Ordonnance de sauvegarde, et qu'il était, au mieux, insouciant à l'égard de la possibilité que ses propos portent atteinte à l'autorité des tribunaux.

F. *La liberté d'expression*

[122] Avant d'aborder le volet de la peine, je crois opportun de commenter brièvement la question de la liberté d'expression. Les parties et les intervenants l'ont débattue avec vigueur, et la Cour d'appel y a consacré quelques paragraphes de son arrêt (par. 73-76). Puisque le droit d'une personne d'exprimer ses opinions en public est protégé par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et également, au Québec, par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, la Cour d'appel a souligné l'importance « d'être conscient de cette dimension dans l'évaluation des propos tenus pour pallier le risque de paralyser l'exercice

a chilling effect on the exercise of this fundamental right or indirectly imposing a form of censorship" (para. 76).

[123] The importance of freedom of expression and of the protection of that freedom in a democratic society can never be overstated, and I agree entirely with the concern expressed by the Court of Appeal about the need to protect freedom of expression in all its forms to the fullest extent possible. However, the idea of associating incitement to breach a court order with the legitimate exercise of freedom of expression is disconcerting. The impugned judgment and the remarks that gave rise to it have nothing to do with protecting freedom of expression. One may not use the exercise of one's freedom of expression as a pretext for inciting people to breach a court order. Other remedies exist for contesting the validity of a court's decision.

[124] The rule of law underpins our freedoms and is the very foundation of the *Canadian Charter* (*B.C.G.E.U.*), the preamble to which states: ". . . Canada is founded upon principles that recognize . . . the rule of law". Indeed, the rule of law is the reason why our freedoms, including freedom of expression, continue to thrive today. Wood J. explained this eloquently in *Bridges*:

> Everything which we have today, and which we cherish in this free and democratic state, we have because of the rule of law. Freedom of religion and freedom of expression exist today because of the rule of law. Your right to hold the beliefs you do, to espouse those beliefs with the fervour which you do, and to attempt to persuade others to your point of view, exists only because of the rule of law. Without the rule of law there is only the rule of might. Without the rule of law the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which some of you sought to invoke, would be nothing but another piece of parchment adrift in the timeless evolution of man's history. [p. 156]

[125] Therefore, ensuring compliance with orders made by the courts, and thereby maintaining the authority and credibility of the courts, has the

de ce droit fondamental ou d'imposer indirectement une certaine forme de censure » (par. 76).

[123] L'importance de la liberté d'expression et de sa protection dans une société démocratique ne saurait jamais être exagérée, et je souscris entièrement au souci exprimé par la Cour d'appel sur le besoin de protéger le mieux possible la liberté d'expression sous toutes ses formes. Cela dit, l'idée de lier l'incitation à violer une ordonnance d'un tribunal à l'exercice légitime de la liberté d'expression peut surprendre. Le jugement contesté et les propos qui sont à l'origine de celui-ci n'ont rien à voir avec la protection de la liberté d'expression. On ne peut, sous prétexte d'exercer sa liberté d'expression, inciter des citoyens à violer une ordonnance de la cour. D'autres remèdes existent pour contester le bien-fondé des décisions d'une cour de justice.

[124] La primauté du droit est à la base de nos libertés et constitue le fondement même de la *Charte canadienne* (*B.C.G.E.U.*), ainsi que le précise le préambule de cette dernière : « . . . le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent [. . .] la primauté du droit ». D'ailleurs, si nos libertés, dont la liberté d'expression, continuent de s'épanouir aujourd'hui, c'est grâce à la primauté du droit. Comme l'explique de manière éloquente le juge Wood, dans *Bridges* :

> [TRADUCTION] Tout ce que nous avons aujourd'hui, et que nous chérissons dans ce pays libre et démocratique, nous l'avons grâce à la primauté du droit. C'est aussi grâce à elle que nous jouissons aujourd'hui de la liberté de religion et de la liberté d'expression. Votre droit d'avoir les croyances qui sont les vôtres et de les épouser avec la ferveur que vous souhaitez ainsi que celui de tenter de persuader les autres de votre point de vue existent uniquement grâce à la primauté du droit. Sans cette dernière, n'existerait que la loi du plus fort, et la *Charte canadienne des droits et libertés*, que certains d'entre vous ont invoquée, ne serait rien de plus qu'un autre morceau de parchemin à la dérive sur la route intemporelle de l'histoire de l'humanité. [p. 156]

[125] En conséquence, le fait d'assurer le respect des ordonnances prononcées par les tribunaux et, ainsi, de maintenir l'autorité et la crédibilité de

effect of reinforcing the rule of law and, by extension, our fundamental freedoms, including freedom of expression:

> Over the centuries our laws have been built up to give the greatest protection to all classes of our society and only through the medium of the freedom and independence of the courts are these privileges protected. Once our laws are flouted and orders of our courts treated with contempt the whole fabric of our freedom is destroyed. We can then only revert to conditions of the dark ages when the only law recognized was that of might. One law broken and the breach thereof ignored is but an invitation to ignore further laws and this, if continued, can only result in the breakdown of the freedom under the law which we so greatly prize.

(*Canadian Transport Co. v. Alsbury* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473 (B.C.S.C.), at p. 478, aff'd [1953] 1 D.L.R. 385 (B.C.C.A.), aff'd in *Poje.*)

[126] In the trial judge's view, the respondent, by inciting others to disobey court orders, was in reality promoting anarchy and encouraging civil disobedience (para. 95). In light of the principles set out above, he was therefore interfering with the very freedoms he was claiming to exercise, since he was undermining the courts' ability to enforce them.

G. *Sentence*

[127] The respondent offers two arguments in support of his appeal from the sentence that was imposed on him. First, he submits that at the last sentencing hearing, the trial judge took into consideration a video that had previously been found inadmissible because it had been made on April 7, 2012, that is, before the Safeguard Order was made on May 2, 2012. The respondent requests that this evidence not be taken into account. Second, he argues that the enactment of *Law 12* at about the same time should be considered to be a mitigating factor, given that at the time of his sentencing, it was no longer necessary to deter potential offenders. He submits that in this context, the sentence the

ceux-ci, a pour effet d'appuyer le principe de la primauté du droit et, par ricochet, nos libertés fondamentales, dont la liberté d'expression :

> [TRADUCTION] Au cours des siècles, nos régimes législatifs ont été conçus pour offrir une protection optimale à toutes les classes sociales et ce n'est que grâce à la liberté et à l'indépendance des tribunaux que ces privilèges sont protégés. Dès lors qu'on fait fi de nos lois et que nos tribunaux sont traités avec mépris, tout le tissu de nos libertés s'effile. Ne reste alors que le recours aux méthodes du Moyen Âge lorsque la seule règle de droit reconnue était la loi du plus fort. Qu'une loi soit violée et que cette violation soit ignorée ne constitue qu'une incitation à en bafouer d'autres et, de fils en aiguille, ne peut qu'entraîner la disparition de la liberté que garantit notre droit et que nous chérissons.

(*Canadian Transport Co. c. Alsbury* (1952), 6 W.W.R. (N.S.) 473 (C.S. C.-B.), p. 478, conf. par [1953] 1 D.L.R. 385 (C.A. C.-B.), conf. par l'arrêt *Poje.*)

[126] Selon le juge de première instance, en incitant à désobéir aux ordonnances rendues par les tribunaux, l'intimé prônait dans les faits l'anarchie et encourageait à la désobéissance civile (par. 95). À la lumière des enseignements susmentionnés, il nuisait donc aux libertés mêmes qu'il prétendait exercer, puisqu'il s'attaquait à la capacité des tribunaux de les faire respecter.

G. *La peine*

[127] L'intimé avance deux arguments au soutien de son appel sur la peine qui lui a été infligée. Premièrement, il prétend que, durant la dernière audience portant sur la peine, le juge de première instance a considéré une vidéo qui avait préalablement été déclarée inadmissible, étant donné qu'elle avait été tournée le 7 avril 2012, avant l'Ordonnance de sauvegarde rendue le 2 mai 2012. L'intimé demande que cet élément ne soit pas pris en compte. Deuxièmement, il plaide que l'adoption au même moment de la *Loi 12* soit considérée comme un facteur atténuant, puisqu'au moment de l'infliction de la peine, il n'était plus nécessaire de dissuader les délinquants potentiels. En raison de ce contexte,

trial judge imposed on him was unreasonable and greatly disproportionate. In my view, he is wrong.

[128] With regard to the video, the trial judge correctly pointed out that the rules dealing with the admissibility of evidence are relaxed at the sentencing stage (*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 414). In addition, I believe that a careful reading of the trial judge's reasons shows that the video did not lead him to impose an unreasonable sentence.

[129] I will now turn to the respondent's second argument. Under s. 32 para. 1 of *Law 12*, the orders issued to guarantee the delivery of instructional services to students having a right to such services ceased to apply on May 18, 2012. However, at the time the respondent made the remarks that constituted contempt — that is, on May 13, 2012 — those orders, including the one concerning the appellant, were still in effect. Moreover, s. 32 para. 2 of *Law 12* provides that proceedings for contempt of court in relation to contraventions of orders issued before May 18, 2012 could be instituted or continued after that date. The trial judge was aware of this (sentencing decision, at paras. 42-44).

[130] The respondent submits that one of the reasons for imposing a sentence for contempt is to ensure that orders made by the courts will be obeyed. He therefore asserts that the sentence of 120 hours of community service was unreasonable, because at the time it was imposed, the need to prevent orders from being contravened no longer existed as a result of *Law 12*. This argument disregards another objective of sentencing for contempt of court, namely that of denouncing breaches of court orders and conduct that interferes with the orderly administration of justice or impairs the authority or dignity of the court (*Westfair Foods Ltd. v. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238 (C.A.)).

il affirme que la peine qui lui a été imposée par le juge de première instance était déraisonnable et largement disproportionnée. À mon avis, il a tort.

[128] En ce qui concerne l'argument portant sur la vidéo, le juge de première instance a correctement souligné qu'il y a un assouplissement des règles relatives à l'admissibilité de la preuve à l'étape de la détermination de la peine (*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, p. 414). De plus, je suis d'avis qu'une lecture attentive des motifs du juge démontre que la vidéo ne l'a pas amené à infliger une peine déraisonnable.

[129] J'aborde maintenant le deuxième argument de l'intimé. L'article 32 al. 1 de la *Loi 12* précise que les ordonnances visant à garantir aux étudiants les services d'enseignement auxquels ils ont droit cessaient de s'appliquer à partir du 18 mai 2012. Cependant, au moment où l'intimé a prononcé les paroles constituant l'outrage — le 13 mai 2012 — ces ordonnances, dont celle concernant l'appelant, étaient toujours en force. De plus, l'art. 32 al. 2 de la *Loi 12* prescrit que les demandes de condamnation pour outrage au tribunal liées aux contraventions des ordonnances rendues avant le 18 mai 2012 peuvent être introduites ou continuées après le 18 mai 2012. Le juge de première instance en était conscient (jugement sur la peine, par. 42-44).

[130] L'intimé soutient que les raisons qui appuient l'infliction d'une peine pour outrage incluent l'assurance que les ordonnances prononcées par les tribunaux seront respectées. Il affirme donc que la peine de 120 heures de travaux communautaires était déraisonnable, parce qu'au moment où elle a été imposée, la nécessité d'empêcher la violation des ordonnances n'existait plus en vertu de la *Loi 12*. Cet argument fait abstraction d'un autre objectif de l'infliction d'une peine en cas d'outrage au tribunal, soit celui de dénoncer la violation des ordonnances des tribunaux et les comportements qui entravent le cours normal de l'administration de la justice ou qui portent atteinte à l'autorité ou à la dignité du tribunal (*Westfair Foods Ltd. c. Naherny* (1990), 63 Man. R. (2d) 238 (C.A.)).

[131] Finally, as to the proportionality of the sentence, it must be emphasized that, as in the case of criminal offences, the sentence that is imposed following a conviction for contempt is within the trial judge's discretion (*R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 39). An appellate court will not intervene unless it is shown that the sentencing judge erred in law or exercised that discretion improperly, or that the sentence is based on grounds that are not supported by law. The trial judge's reasons do not fit into any of these categories. The sentence he imposed is not disproportionate. A sentence of 120 hours of community service is not an unreasonable departure from the penalties imposed in similar cases in which the contempt was public in nature (see, for example, *Charbonneau*; *Agence nationale d'encadrement du secteur financier v. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales*, 2005 CanLII 11614 (Que. Sup. Ct.); *Westfair Foods*; and *Peter Kiewit Sons Co. v. Perry*, 2007 BCSC 305). Any person who is guilty of contempt of court under art. 50 *C.C.P.* is liable to a fine not exceeding $5,000 or to imprisonment for a period not exceeding one year (art. 51 para. 1 *C.C.P.*), and the appellant suggested a 30-day prison sentence. After considering all the relevant criteria and the mitigating and aggravating factors, the trial judge found that a sentence of 120 hours of community service adequately served the purposes of justice.

[132] Compliance with court orders and respect for the rule of law ensure the preservation of democracy. In the words of the trial judge, the respondent [TRANSLATION] "broke a fundamental rule of our society based on the rule of law" (sentencing decision, at para. 65). I therefore do not find that the sentence imposed in this case is excessive.

IV. Conclusion

[133] For these reasons, I would allow the appeal, restore the respondent's conviction and set aside the Court of Appeal's declaration that the Superior Court's sentencing decision is of no effect.

[131] Finalement, sur la proportionnalité de la peine, il convient de souligner que, comme en matière d'infractions criminelles, la peine imposée à la suite d'une condamnation pour outrage relève de la discrétion du juge de première instance (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 39). Les cours d'appel n'interviendront pas, sauf s'il est démontré qu'il y a eu erreur de droit ou un abus de ce pouvoir discrétionnaire, ou encore que la peine s'appuie sur des motifs non juridiques. Les motifs du juge de première instance n'entrent dans aucune de ces catégories. La peine qui a été infligée n'est pas disproportionnée. Une peine de 120 heures de travaux communautaires ne s'écarte pas de manière déraisonnable des sanctions imposées en semblable matière, où l'outrage avait une connotation publique (voir, à titre d'exemple, *Charbonneau*; *Agence nationale d'encadrement du secteur financier c. Coopérative de producteurs de bois précieux Québec Forestales*, 2005 CanLII 11614 (C.S. Qc); *Westfair Foods*; et *Peter Kiewit Sons Co. c. Perry*, 2007 BCSC 305). Une personne qui se rend coupable d'outrage au tribunal en vertu de l'art. 50 *C.p.c.* est passible d'une amende n'excédant pas 5 000 $ ou d'un emprisonnement pour une période d'au plus un an (art. 51 al. 1 *C.p.c.*), et l'appelant a suggéré l'infliction d'une peine de prison de 30 jours. Après avoir considéré les différents critères pertinents, ainsi que les facteurs atténuants et aggravants, le juge de première instance a conclu qu'une peine de 120 heures de travaux communautaires répondait adéquatement aux besoins de la justice.

[132] Le respect des ordonnances des tribunaux et de la primauté du droit assure la pérennité de la démocratie. Selon le juge de première instance, l'intimé « a outrepassé une règle fondamentale de notre société fondée sur l'état de droit » (jugement sur la peine, par. 65). En conséquence, je suis d'avis que la peine infligée en l'espèce n'est pas excessive.

IV. Conclusion

[133] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, je rétablirais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé et j'infirmerais la déclaration de la Cour d'appel selon laquelle le jugement de la Cour supérieure sur la peine est sans effet.

Appeal dismissed with costs, WAGNER, CÔTÉ *and* BROWN JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Thibault, Roy, Avocats, Québec; Norton Rose Fulbright Canada, Québec.

Solicitors for the respondent: Melançon Marceau Grenier et Sciortino, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Grey, Casgrain, Montréal.

Solicitors for the intervener the Alberta Public Interest Research Group: Bennett Jones, Toronto; Nanda & Company, Edmonton.

Solicitors for the intervener Amnistie internationale, Section Canada francophone: Power Law, Ottawa.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges WAGNER, CÔTÉ *et* BROWN *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Thibault, Roy, Avocats, Québec; Norton Rose Fulbright Canada, Québec.

Procureurs de l'intimé : Melançon Marceau Grenier et Sciortino, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Grey, Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenant Alberta Public Interest Research Group : Bennett Jones, Toronto; Nanda & Company, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale, Section Canada francophone : Juristes Power, Ottawa.

Urban Communications Inc. *Appellant*

v.

BCNET Networking Society *Respondent*

Indexed as: Urban Communications Inc. *v.* BCNET Networking Society

2016 SCC 45

File No.: 36639.

2016: November 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement containing option to renew — Parties disagreeing as to whether option to renew validly exercised and entering into arbitration — Arbitrator ruling that option validly exercised by letter — Chambers judge granting leave to appeal pursuant to s. 31 of Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, allowing appeal and amending arbitrator's award — Court of Appeal reversing grant of leave and reinstating award — Court of Appeal finding that no pure question of law arises from arbitrator's interpretation of agreement and letter and that threshold requirement for granting leave to appeal under s. 31 therefore not met.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Bennett and Willcock JJ.A.), 2015 BCCA 297, 376 B.C.A.C. 15, 646 W.A.C. 15, 386 D.L.R. (4th) 284, 45 B.L.R. (5th) 175, 80 B.C.L.R. (5th) 154, [2016] 2 W.W.R. 298, [2015] B.C.J. No. 1363 (QL), 2015 CarswellBC 1785 (WL Can.), setting aside the decisions of Cohen J., 2014 BCSC 485, [2014] B.C.J. No. 522 (QL), 2014 CarswellBC 789 (WL Can.), and 2014 BCSC 1045, [2014] B.C.J. No. 1171 (QL), 2014 CarswellBC 1659

Urban Communications Inc. *Appelante*

c.

BCNET Networking Society *Intimée*

Répertorié : Urban Communications Inc. *c.* BCNET Networking Society

2016 CSC 45

N° du greffe : 36639.

2016 : 1er novembre.

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

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

Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion par les parties d'un accord comportant une option de renouvellement — Désaccord entre les parties sur la question de savoir si l'option a été validement exercée et recours par celles-ci à l'arbitrage — Décision de l'arbitre concluant que l'option a été validement exercée par voie de lettre — Décision du juge en chambre octroyant l'autorisation d'appeler en vertu de l'art. 31 de la loi intitulée Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, faisant droit à l'appel et modifiant la sentence de l'arbitre — Arrêt de la Cour d'appel infirmant l'octroi de l'autorisation d'appeler et rétablissant la sentence arbitrale — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'interprétation par l'arbitre de l'accord et de la lettre ne soulève pas de pure question de droit et qu'en conséquence la condition préalable à l'octroi de l'autorisation d'appeler prévue par l'art. 31 n'est pas respectée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Bennett et Willcock), 2015 BCCA 297, 376 B.C.A.C. 15, 646 W.A.C. 15, 386 D.L.R. (4th) 284, 45 B.L.R. (5th) 175, 80 B.C.L.R. (5th) 154, [2016] 2 W.W.R. 298, [2015] B.C.J. No. 1363 (QL), 2015 CarswellBC 1785 (WL Can.), qui a annulé les décisions du juge Cohen, 2014 BCSC 485, [2014] B.C.J. No. 522 (QL), 2014 CarswellBC 789 (WL Can.), et 2014 BCSC 1045, [2014] B.C.J. No. 1171

(WL Can.), and reinstating the arbitrator's award. Appeal dismissed.

Murray L. Smith and *Jeffrey W. Beedell*, for the appellant.

David P. Church, *Q.C.*, *Andrew J. Pearson* and *Ian G. Schildt*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of the Court of Appeal of British Columbia.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Smith Barristers, Vancouver; Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Solicitors for the respondent: Church & Company, Vancouver.

(QL), 2014 CarswellBC 1659 (WL Can.), et a rétabli la sentence de l'arbitre. Pourvoi rejeté.

Murray L. Smith et *Jeffrey W. Beedell*, pour l'appelante.

David P. Church, *c.r.*, *Andrew J. Pearson* et *Ian G. Schildt*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Smith Barristers, Vancouver; Gowling WLG (Canada), Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Church & Company, Vancouver.

Scott Diamond *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland and Labrador and Her Majesty The Queen in Right of Canada *Respondents*

Indexed as: R. *v.* Diamond

2016 SCC 46

File No.: 36816.

2016: October 12; 2016: November 3.

Present: Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Police officer noticing knife in accused's truck when conducting visual inspection during traffic stop — Accused arrested for possession of weapon dangerous to public peace and search incidental to arrest revealing cocaine — Majority of Court of Appeal finding that visual inspection by officer did not constitute search, that seizure of knife justified since in plain view and easily accessible to accused, that officer had reasonable and probable grounds to arrest accused and that seizure of cocaine justifiable incidental to arrest — Accused's convictions upheld.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Harrington and White JJ.A.), 2015 NLCA 60, 371 Nfld. & P.E.I.R. 200, 1156 A.P.R. 200, 333 C.C.C. (3d) 61, 25 C.R. (7th) 292, 347 C.R.R. (2d) 43, [2015] N.J. No. 443 (QL), 2015 CarswellNfld 518 (WL Can.), affirming the accused's convictions for unlawful possession of a weapon dangerous to the public peace and for possession of cocaine for the

Scott Diamond *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du chef du Canada *Intimées*

Répertorié : R. *c.* Diamond

2016 CSC 46

N° du greffe : 36816.

2016 : 12 octobre; 2016 : 3 novembre.

Présents : Les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion de la preuve — Constatation par un policier de la présence d'un couteau dans le camion de l'accusé lors d'une inspection visuelle menée durant un contrôle routier — Arrestation de l'accusé pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et présence de cocaïne décelée par suite d'une fouille accessoire à l'arrestation — Conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel portant que l'inspection visuelle menée par le policier ne constituait pas une fouille, que la saisie du couteau était justifiée parce que l'objet était bien en vue et facilement récupérable par l'accusé, que le policier possédait des motifs raisonnables pour arrêter ce dernier et que la saisie de la cocaïne était justifiable en tant que mesure accessoire à l'arrestation — Confirmation des déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Harrington et White), 2015 NLCA 60, 371 Nfld. & P.E.I.R. 200, 1156 A.P.R. 200, 333 C.C.C. (3d) 61, 25 C.R. (7th) 292, 347 C.R.R. (2d) 43, [2015] N.J. No. 443 (QL), 2015 CarswellNfld 518 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et pour possession de cocaïne en vue

purpose of trafficking entered by Hyslop J. Appeal dismissed, Gascon and Côté JJ. dissenting.

Jason Edwards, for the appellant.

Lloyd M. Strickland, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland and Labrador.

Paul Adams and *Robin Fowler*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — The majority of the Court is of the view that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons of Harrington J.A., 2015 NLCA 60, 371 Nfld. & P.E.I.R. 200, at paras. 22-26. Gascon and Côté JJ., dissenting, would have allowed the appeal, substantially for the reasons of White J.A., at paras. 44-48.

[2] The appeal is accordingly dismissed.

Appeal dismissed, GASCON *and* CÔTÉ JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

d'en faire le trafic prononcées contre l'accusé par le juge Hyslop. Pourvoi rejeté, les juges Gascon et Côté sont dissidents.

Jason Edwards, pour l'appelant.

Lloyd M. Strickland, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador.

Paul Adams et *Robin Fowler*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Les juges majoritaires de la Cour sont d'avis de rejeter l'appel essentiellement pour les motifs énoncés par le juge Harrington de la Cour d'appel, 2015 NLCA 60, 371 Nfld. & P.E.I.R. 200, par. 22-26. Les juges Gascon et Côté sont dissidents et sont d'avis d'accueillir l'appel essentiellement pour les motifs énoncés par le juge White, aux par. 44-48.

[2] L'appel est donc rejeté.

Pourvoi rejeté, les juges GASCON *et* CÔTÉ *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

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