

COM Feb 6, 2024



COURT FILE NUMBER B201-979735  
25-2979735  
COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA  
JUDICIAL CENTRE CALGARY

IN THE MATTER OF THE *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY*  
*ACT*, R.S.C. 1985, c B-3, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF THE NOTICE OF INTENTION TO  
MAKE A PROPOSAL OF GRIFFON PARTNERS OPERATION  
CORPORATION, GRIFFON PARTNERS HOLDING  
CORPORATION, GRIFFON PARTNERS CAPITAL  
MANAGEMENT LTD., STELLION LIMITED, 2437801  
ALBERTA LTD., 2437799 ALBERTA LTD., 2437815  
ALBERTA LTD., and SPICELO LIMITED

APPLICANTS GRIFFON PARTNERS OPERATION CORPORATION,  
GRIFFON PARTNERS HOLDING CORPORATION, GRIFFON  
PARTNERS CAPITAL MANAGEMENT LTD.,  
STELLION LIMITED, 2437801 ALBERTA LTD., 2437799  
ALBERTA LTD., 2437815 ALBERTA LTD., and SPICELO  
LIMITED

DOCUMENT **BENCH BRIEF OF THE APPLICANTS**

ADDRESS FOR SERVICE **OSLER, HOSKIN & HARCOURT LLP**  
AND CONTACT Suite 2700, Brookfield Place  
INFORMATION OF 255 – 6th Avenue SW  
PARTY FILING THIS Calgary, AB T2P 1N2  
DOCUMENT

Solicitors: Randal Van de Mosselaer / Emily Paplawski  
Phone: 403.260.7000 / 7071  
Email: [rvandemosselaer@osler.com](mailto:rvandemosselaer@osler.com) / [epaplawski@osler.com](mailto:epaplawski@osler.com)  
Matter: 1247318

**APPLICATION BEFORE THE HONOURABLE JUSTICE JEFFREY ON  
DECEMBER 15, 2023 AT 2:00 PM ON THE COMMERCIAL LIST**

## Table of Contents

|                                                                 | Page |
|-----------------------------------------------------------------|------|
| I. INTRODUCTION .....                                           | 1    |
| II. FACTS AND BACKGROUND .....                                  | 2    |
| The Business of the Applicants.....                             | 3    |
| The Greenfire Shares and the Lock-Up Agreement .....            | 4    |
| Principal Indebtedness of the Applicants.....                   | 7    |
| Events Leading to the Applicants' Insolvency .....              | 8    |
| The Proposal Proceedings.....                                   | 10   |
| III. ISSUES .....                                               | 12   |
| IV. LAW AND ARGUMENT .....                                      | 12   |
| A. The Stay Extension Should be Granted .....                   | 12   |
| B. The Lenders' Proposed Declaration Should Not be Granted..... | 17   |
| V. CONCLUSION AND RELIEF SOUGHT .....                           | 26   |

## I. INTRODUCTION

1. This Bench Brief is submitted on behalf of the applicants, Griffon Partners Operation Corp. (“**GPOC**”), Griffon Partners Holding Corp. (“**GPHC**”), Griffon Partners Capital Management Ltd. (“**GPCM**”, and together with GPOC and GPHC, the “**Griffon Entities**”), Stellion Limited (“**Stellion**”), 2437801 Alberta Limited, 2437799 Alberta Limited, 2437815 Alberta Limited (together with Stellion, 2437801 Alberta Limited and 2437799 Alberta Limited, the “**Shareholder Corporations**”), and Spicelo Limited (“**Spicelo**”) (collectively, the “**Applicants**”). It is submitted:
  - (a) in support of the Applicants’ request for an Order extending the time within which they are required to file a proposal (the “**Stay Period**”) to February 6, 2024; and
  - (b) in response to the Application of Trafigura Canada Limited (“**Trafigura**”) and Signal Alpha C4 Limited (“**Signal**”, and together, the “**Lenders**”) for a declaration that certain sale restrictions set out in a Lock-Up Agreement, dated September 20, 2023 between Greenfire Resources Inc. (“**Greenfire**”), M3-Brigade Sponsor III LP (“**M3 Sponsor**”), and certain founders, officers and employees of Greenfire, including Spicelo (the “**Lock-Up Agreement**”) are not binding on the Lenders.
2. With respect to the Applicants’ request for an extension of the Stay Period, there is no dispute that such extension is necessary and appropriate in the circumstances to permit the sale investment and solicitation process (the “**SISP**”) approved by the Court on October 18, 2023 to conclude. In accordance with the SISP, non-binding letters of intent (“**Non-Binding LOIs**”) are due on December 12, 2023, with final bids due on January 8, 2024. Both the Lenders and the subordinate secured creditor, Tamarack Valley Energy Ltd. (“**Tamarack**”), have advised the Applicants that they consent to the requested extension of the Stay Period.
3. With respect to the Lenders’ application for a declaration, the proposed declaration should not be granted because it is overbroad, inappropriate for declaratory relief, unsupported by the evidence, and will not “settle” the application of the Lock-Up Agreement. The Applicants agree that the Lock-Up Agreement does not impose obligations on the Lenders,

who are non-signatories to the Lock-Up Agreement. (Notwithstanding any suggestions by the Lenders to the contrary, the Applicants have never suggested that the Lenders were somehow bound by an agreement to which they are not party.) However, the Lenders' proposed declaration is considerably broader than this, purporting to declare that the Lock-Up Agreement could not possibly have any potential impact on any enforcement step contemplated by the Lenders. The Lenders thus essentially seek a blanket finding about the scope of Spicelo's obligation to third parties under the Lock-Up Agreement, in a factual vacuum and without the benefit of a concrete dispute or notice to those third parties (i.e., the counterparties to the Lock-Up Agreement) who have an interest in the Lenders' application.

4. The declaration is not adequately supported by the Lenders' foreign legal expert and should not be granted. If the Lenders wish to take enforcement action vis-à-vis the Greenfire Shares (as defined below), the Lenders must apply to this Court to lift the stay of proceedings, satisfy the test to lift the stay, and evaluate the impact of the Lock-Up Agreement on the specific steps pursued by the Lenders on notice to all affected parties.

## II. FACTS AND BACKGROUND

5. The Applicants filed Notices of Intention to Make a Proposal (the “**NOIs**”, and each, an “**NOI**”) under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985, c B-3 (the “**BIA**”) on August 25, 2023 (the “**Proposal Proceedings**”). The NOIs derive from financial difficulties encountered by the Griffon Entities.
6. All of the Griffon Entities are private corporations existing under the laws of the Province of Alberta, with their registered offices in Calgary, Alberta. GPCM is the ultimate parent company of the Griffon Entities. GPHC and GPOC are wholly-owned, direct subsidiaries of GPCM.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> The Stepanic Affidavit exhibits at Exhibit A the First Affidavit of Daryl Stepanic, sworn September 14, 2023 (the “**First Stepanic Affidavit**”) (without exhibits). A corporate chart showing the Applicants' organization can be found at paragraph 10 of the First Stepanic Affidavit.

Affidavit of Daryl Stepanic, sworn December 4, 2023 (the “**Stepanic Affidavit**”) at Exhibit A, para 6.

7. Each of the Griffon Entities (other than GPHC) has the same four directors: Elliott Choquette, Jonathan Klesch, Trevor Murphy and Daryl Stepanic, all of whom have been directors of the Griffon Entities since the incorporation of each company in 2022. GPHC has one additional director, Dave Gallagher, who is a nominee of Signal.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 7.

8. GPCM is wholly owned by the four Shareholder Corporations, which are in turn each legally or beneficially owned by a director of the Griffon Entities. All of the Shareholder Corporations are incorporated pursuant to the laws of Alberta except for Stellion, which is incorporated pursuant to the laws of the Republic of Cyprus and extra-provincially registered in Alberta.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 8-9.

9. Spicelo is an investment company incorporated pursuant to the laws of Cyprus and is extra-provincially registered in Alberta. Spicelo is related to Stellion (one of the Shareholder Corporations) in that both Spicelo and Stellion are beneficially owned by Mr. Klesch, who is a director of each of the Griffon Entities.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 11.

10. As discussed more fully below, all four of the Shareholder Corporations and Spicelo are guarantors in respect of the principal obligation of the Griffon Entities.

## **The Business of the Applicants**

### ***(a) The Griffon Entities***

11. The business of the Griffon Entities is the exploration and development of light oil and natural gas liquids in the Viking formation in western Saskatchewan and eastern Alberta. All the Griffon Entities’ oil and gas interests are held in the name of or otherwise through GPOC, which conducts all business and operations on behalf of the Griffon Entities.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 13.

12. GPOC holds rights in more than 120,000 acres in the Viking light oil and natural gas fairway. The Griffon Entities' average daily production for the year ended December 31, 2022 totalled 1,679 barrels per day, comprised of approximately 30% light oil, 50% natural gas, and 20% natural gas liquids. As at such date, the Griffon Entities had total proved reserves of approximately 5.75 million barrels of oil equivalent ("**MBOE**") and total proved plus probable reserves of approximately 9.40 MBOE. The net present value of future net revenue before taxes discounted at a rate of 10% of such proved reserves is approximately \$70.7 million and proved plus probable reserves is \$119.3 million.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 14-16.

13. As at August 2023, the enterprise value of the Griffon Entities, as estimated by ARCO Capital Partners ("**ARCO**"), was between \$25 million and \$30 million, assuming certain net operating income and a multiple of between 2.0x and 2.5x.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 51.

***(b) The Shareholder Corporations and Spicelo***

14. The Shareholder Corporations and Spicelo are investment corporations. The only assets held by the Shareholder Corporations are their respective shares of GPMC. The only significant assets held by Spicelo are approximately 1.125 million common shares in Greenfire (the "**Greenfire Shares**").

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 19-20.

**The Greenfire Shares and the Lock-Up Agreement**

15. On December 15, 2022, Greenfire and M3-Brigade Acquisition III Corp. (NYSE: MBSC), a New York Stock Exchange ("**NYSE**") listed special purpose acquisition company ("**MBSC**"), announced that they had entered into a definitive Business Combination

Agreement and certain ancillary agreements<sup>2</sup> to affect a business combination. The business combination was effected by way of a Court-approved Plan of Arrangement pursuant to the provisions of the Alberta *Business Corporations Act*, followed by a merger with MBSC pursuant to the laws of the state of Delaware (the “**Business Arrangement**”). The common shares of the newly combined company, Greenfire Resources Ltd. (“**New Greenfire**”), commenced trading on the NYSE on September 21, 2023.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 64-66, and Exhibit G, para 16(c).

16. Among such ancillary agreements, on December 14, 2022, Spicelo and the other Greenfire shareholders entered into a Shareholder Support Agreement (the “**SSA**”). Section 3.1 of the SSA provides that “This Agreement and all of its provisions shall terminate and be of no further force or effect upon the earliest of (a) the Expiration Time...” The Expiration Time occurred when the merger constituting the Business Arrangement was completed and the SSA has now expired.

Fourth Gallagher Affidavit at Exhibit I, sections 3.1 and 1.3.

17. Pursuant to the terms of the Business Arrangement, and upon surrender to the depositary of the share certificates representing its Greenfire Shares, Spicelo will receive a pre-tax payment of US\$6.6 million and will become the owner of approximately 5.5 million common shares of New Greenfire. To date, Spicelo has been unable to deposit the Greenfire share certificates with the depositary since all share certificates are currently in the possession of GLAS Americas LLC as collateral agent for and on behalf of the Lenders (the “**Collateral Agent**”) pursuant to the terms of the Spicelo Securities Pledge Agreement (as defined below). The Collateral Agent has refused to tender the Greenfire share certificates, notwithstanding repeated requests by Spicelo for a consensual tendering.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 69-70.

---

<sup>2</sup> Such “ancillary agreements” include the Shareholder Support Agreement appended at Exhibit “I” to the Affidavit No. 4 of Dave Gallagher, sworn November 20, 2023 (the “**Fourth Gallagher Affidavit**”) and discussed in the Affidavit of Christopher Chuff, sworn November 20, 2023 (the “**Chuff Opinion**”).

18. While possession of the Greenfire share certificates was delivered to the Collateral Agent by Spicelo following execution of the Spicelo Securities Pledge Agreement, the Greenfire Shares have at all times remained registered in the name of Spicelo, and Spicelo continues to be the owner of the Greenfire Shares. At no time has Spicelo: (a) caused the Greenfire Shares to be transferred to or registered in the name of the Collateral Agent or its nominee; (b) endorsed any securities certificated to the Collateral Agent or in blank; (c) delivered any consents or other documents to the Collateral Agent to effect the transfer of the Greenfire Shares to the Collateral Agent or any third party; or (d) entered into any control agreement with the Collateral Agent and Greenfire.

Stepanic Affidavit at para 11.

19. Importantly, as part of, and as required by, the Business Arrangement, Spicelo (among other founders and officers of Greenfire), the M3 Sponsor and Greenfire entered into the Lock-Up Agreement pursuant to which Spicelo and the other founders and officers of Greenfire agreed not to transfer any securities of New Greenfire until the earlier of the date that: (a) is 180 days after the Closing Date (September 20, 2023); (b) the New Greenfire shares equal or exceed \$12.00 per share for certain required time period; or (c) New Greenfire completes a liquidation, reorganization or other similar transaction that results in all shareholders having the right to exchange their shares. The foregoing transfer restrictions are subject to certain exceptions defined in the Lock-Up Agreement.

Fourth Gallagher Affidavit at Exhibit E.

20. The Lock-Up Agreement is governed by Delaware law. Spicelo's counterparties to the Lock-Up Agreement (the "**Counterparties**") are entitled to enforce the prohibitions in the Lock-Up Agreement through specific performance, including by seeking injunctive relief preventing Spicelo from transferring the Greenfire Shares contrary to the prohibitions in the Lock-Up Agreement.

Fourth Gallagher Affidavit at Exhibit E.



## Principal Indebtedness of the Applicants

### *(a) Trafigura Loan Agreement*

21. GPOC is indebted to the Lenders pursuant to a Loan Agreement executed July 21, 2022 (as amended, the “**Loan Agreement**”). As at August 16, 2023, approximately USD \$37.9 million (approximately CAD \$51.6 million) was outstanding under the Loan Agreement.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 11, 30.

22. GPOC’s obligations under the Loan Agreement are secured by a Fixed and Floating Charge Debenture over all of GPOC’s present and after-acquired real and personal property.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 28.

23. To further secure the obligations under the Loan Agreement, GPHC and GPCM each provided the Lenders with: (i) a full unconditional guarantee of the obligations of GPOC, each of the Shareholder Corporations, Spicelo, and GPCM or GPHC; (ii) a fixed and floating charge debenture granting a security interest over all present and after-acquired real and personal property; and (iii) a pledge in respect of all securities in the capital of GPHC or GPOC and any proceeds derived.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 28-29.

24. In addition to the foregoing, all of the Shareholder Corporations and Spicelo each provided the Lenders with a Limited Recourse Guarantee and Securities Pledge Agreement (with respect to Spicelo, the “**Spicelo Securities Pledge Agreement**”) pursuant to which all of GPOC’s obligations under the Loan Agreement were guaranteed, and such guarantees were secured by, in respect of the Shareholder Corporations, a pledge of their securities in the capital of GPCM and any proceeds derived therefrom and, in respect of Spicelo, a pledge of all of the Greenfire Shares and any proceeds derived therefrom.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 29.  
Fourth Gallagher Affidavit at Exhibit E.

***(b) Tamarack Promissory Note***

25. The Griffon Entities' current oil and gas production and related assets were acquired by GPOC from Tamarack for a purchase price of \$70 million. This purchase was funded in part by financing from the Loan Agreement and in part by a Subordinated Secured Promissory Note in the amount of \$20 million granted by GPOC in favour of Tamarack (the "**Subordinated Tamarack Note**"). As at August 16, 2023, approximately CAD \$22.7 million was outstanding under the Subordinated Tamarack Note. The Subordinated Tamarack Note is secured against the property of GPOC.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 31-32.

26. Pursuant to an Intercreditor Agreement between GPOC, Tamarack, and the Collateral Agent for the Lenders under the Loan Agreement, the Subordinated Tamarack Note is subordinated to all secured obligations under the Loan Agreement.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 33.

**Events Leading to the Applicants' Insolvency**

27. The Griffon Entities' business strategy depended on economies of scale, which in turn required significant production volumes. The Griffon Entities' business plan in the fall of 2022 was to acquire oil and gas assets within Western Canada capable of generating production volumes of (at minimum) 15,000 to 20,000 boe/d. The Tamarack transaction was expected to add approximately 2,000 boe/d of production to the Griffon Entities' portfolio.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 36.

28. At the time of the Tamarack transaction in summer 2022, the Griffon Entities had three other potential acquisitions subject to letters of intent and ongoing negotiation. Two failed to proceed. Negotiation of the third transaction took significantly longer than expected and a Share Purchase and Sale Agreement was only signed on May 30, 2023.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 37.

29. In order to address the shortfall increase in expected production volumes, in winter 2022, the Griffon Entities implemented a drilling program. However, the two wells produced lower volumes than anticipated while generating significant cost overruns. Then, in November 2022, the Kindersley area of Saskatchewan (where a majority of GPOC's wells are located) experienced unprecedented amounts of snowfall, which cut off access to the well sites. The unprecedented weather conditions exacerbated the high cost of equipment and materials existing in November 2022, and obtaining the necessary snow removal equipment proved impossible. GPOC was forced to shut-in production at 40% of its operated wells for significant periods of time over the winter, further reducing production levels by approximately 350 boe/d.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 38-42.

30. The combination of increased drilling costs and severely constrained commodity production volumes significantly impacted the Griffon Entities' available cash flow, causing an already difficult forecast to become dire. As a direct result of the foregoing, starting in November 2022, GPOC was unable to make the required monthly payment of principal to the Lenders pursuant to the Loan Agreement.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 43.

31. While the Lenders waived GPOC's payment defaults in November and December 2022, it was clear to the Griffon Entities that a longer-term solution was required. Accordingly, in January 2023 the Griffon Entities consulted with Houlihan Lokey and retained Imperial Capital ("**Imperial**") and ARCO to assist them in canvassing the market for a sale, investment, or other solution to refinance and/or restructure the Griffon Entities' debt and cash flow issues. Although Imperial and ARCO contacted 54 strategic third parties, no transaction resulted and efforts were terminated in June 2023. At the time, the Griffon Entities were focused on a transaction to address working capital constraints. They did not explore any refinancing or takeout of the Lenders.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, paras 44-45.

32. Finally, in July 2023, as a result of declining commodity prices, narrowing hedges, and continuing constraints to the Griffon Entities' cash flows, GPOC paid only a portion (64%) of the required monthly interest payment to the Lenders. While GPOC suggested various cash sweep arrangements and partial payment options to the Lenders, none of GPOC's proposals were accepted. On August 16, 2023, the Lenders served each of the Applicants with Demands for Payment and Notices of Intention to Enforce Security.

Stepanic Affidavit at Exhibit A, para 48.

33. In response to the Demands and Notices of Intention to Enforce Security, the Applicants each filed an NOI on August 25, 2023.

### **The Proposal Proceedings**

#### ***(a) The First Stay Extension Application***

34. On September 22, 2023, the Applicants brought an application (the "**First Stay Extension Application**") to the Court for an Order, among other things, extending the time for the Applicants to file a proposal to November 8, 2023 and approving the Applicants' engagement of Alvarez & Marsal Canada Securities ULC (the "**Transaction Agent**") to assist the Applicants in conducting a (at that time, proposed) SISP.

Stepanic Affidavit at Exhibit G, para 6.

35. The Lenders opposed the First Stay Extension Application and filed a cross-application to terminate the Proposal Proceedings as against Spicelo and appoint a Receiver over Spicelo (the "**Receivership Application**").

Stepanic Affidavit at Exhibit G, para 7.

36. On September 22, 2023, the Court granted the Applicants' First Stay Extension Application in full (with the exception only of the D&O Charge) (the "**First Stay Extension Order**"). The Court did not grant the Receivership Application and expressly noted in granting the First Stay Extension Order that:

In this case I accept that what the applicants are proposing this time is different and includes engaging a refinancing advisor, which could have the impact of repaying the lender in full. Indeed, the proposal (WEBEX AUDIO INTERRUPTED) is indeed to pay all of the creditors in full. I also note that the proposal provides an opportunity for the business to continue to operate and the stay would provide an opportunity for the applicants to attempt to restructure on a going concern basis. I've also considered that the market conditions are improved and that any proposal will be with the full oversight of the proposal trustee. I find this part of the test has been satisfied.

Stepanic Affidavit at Exhibit G, para 8 and Exhibit C, p. 3:14-21.

***(b) The SISP Application***

37. On October 13, 2023, the Applicants filed an application (the “**SISP Application**”) to the Court for an Order approving a SISP to solicit interest in, and opportunities for, the sale of some or all of the assets of the Griffon Entities, an investment in the Griffon Entities, a refinancing of the Applicants through the provision of take out or additional financing, or some combination of the foregoing.

Stepanic Affidavit at Exhibit G, paras 9(a) and (b).

38. On October 18, 2023, the Court heard the SISP Application, including the Lenders’ objections to same. The Court dismissed the Lenders’ objections and granted the Applicants’ SISP Approval Order in full including, in particular, the timelines provided thereunder. In approving such timelines, the Court held that:

I am not satisfied -- despite able representations by Ms. Fellowes in particular, I am not satisfied that the secured creditors, her clients, will be harmed in any way by the longer sales process over the shorter one primarily because they are -- they are at least thinly overcollateralized and arguably significantly overcollateralized.

Stepanic Affidavit at Exhibit E, p. 44:2-5.

39. Non-Binding LOIs are due under the SISP on December 12, 2023. Final bids are due on January 8, 2024.

Stepanic Affidavit at Exhibit D, p. 2 of SISP.

***(c) The Second Stay Extension Application***

40. On November 1, 2023, the Applicants filed an application to the Court for an Order, among other things, extending the Stay Period to December 23, 2023. By Order granted November 8, 2023 the Court extended the Stay Period to December 23, 2023 (the “**Second Stay Extension Order**”).

**III. ISSUES**

41. This Bench Brief addresses:

- (a) the Applicants’ requested extension of the Stay Period to February 6, 2024; and
- (b) the Lenders’ application for a declaration that “the sale restrictions contained in the LUA have no application to the Lenders’ security interest in the Pledged Shares or ability to realize on” the Greenfire Shares.

**IV. LAW AND ARGUMENT**

**A. The Stay Extension Should be Granted**

42. The Stay Period of the Applicants expires on December 23, 2023. The Applicants are required to file a proposal within the Stay Period unless they obtain an extension of time from the Court prior to the expiry of the current Stay Period, failing which the Applicants will be deemed to have made an assignment into bankruptcy.

*BIA* section 50.4(8) [**Tab 1**].

43. Pursuant to section 50.4(9) of the BIA, a debtor in a proposal proceeding may apply to the Court for an order extending the time to file a proposal by a maximum of 45 days provided the Court is satisfied that:

- (a) the insolvent person has acted, and is acting, in good faith and with due diligence;
- (b) the insolvent person would likely be able to make a viable proposal if the extension being applied for were granted; and

- (c) no creditor would be materially prejudiced if the extension being applied for were granted.

*BIA* section 50.4(9) [**Tab 1**].

44. The Applicants respectfully submit that the test in section 50.4(9) of the BIA is satisfied and the stay extension ought to be approved. Both the Lenders and Tamarack have confirmed that they consent to the Applicants' requested extension of the Stay Period. The Proposal Trustee supports the granting of the stay extension.

Stepanic Affidavit at paras 13, 15.

***The Applicants are Acting in Good Faith and with Due Diligence***

45. The Applicants have acted in good faith and with due diligence in these Proposal Proceedings. In granting the First Stay Extension Order and dismissing the Receivership Application, the Court found, among other things, that:

Are the applicants acting in good faith and have they exercised due diligence?

I again find the applicants have satisfied this part of the test.... I note that the proposal trustee has confirmed that in their view the applicants have and are acting in good faith and with appropriate due diligence. I also note or find that the applicants have been taking concrete steps since the NOIs were filed, as more particularly set out in the affidavit filed by the applicants, including, without limitation, bringing this application, identifying and analyzing creditors, providing the proposal trustee with records and books, engaging a refinancing advisor, communications with stakeholders, and other steps to ensure their operations continue to be viable.

Stepanic Affidavit at Exhibit C, p. 3:23-34.

46. Since the First Stay Extension Order was granted on September 22, 2023, the Applicants have continued to act in good faith and with due diligence in these Proposal Proceedings. Most significantly, the Applicants developed, obtained approval for and, since late October, have been administering the SISP for the benefit of their stakeholders. The SISP is now significantly underway, with Non-Binding LOIs being due on December 12, 2023 and final bids being due on January 8, 2024.

Stepanic Affidavit at para 13.

47. Throughout the process, the Applicants have worked in conjunction with the Proposal Trustee and the Transaction Agent to engage with potential bidders, respond to due diligence inquiries, meet with interested parties, provide additional information in response to queries, and otherwise advance the SISP (in addition to continuing to operate the business in the normal course with a view to maximizing the value of the Applicants for the benefit of all stakeholders). Such efforts remained underway at the time the Court granted the Second Stay Extension Order on November 8, 2023, and they continue to present day.

Stepanic Affidavit at para 10.

***The Applicants are Likely to make a Viable Proposal***

48. The proposal sections of the BIA have remedial objectives: they are designed for the reorganization of business entities that are insolvent, so that when the proposal has been accepted by creditors and approved by the court, the business will become viable in an operational sense. When considering whether to extend a proposal stay period or terminate proposal proceedings, matters are to be judged on a rehabilitation basis rather than on a liquidation basis.

*Mernick, Re*, 1994 CarswellOnt 257 (Ont CJ [Gen Div]) at para 5 [Tab 12].  
*Cantrail Coach Lines Ltd, Re*, 2005 BCSC 351 [*Cantrail*] at para 11 [Tab 3].

49. “Viable” for the purposes of obtaining the stay extension is not a high threshold. To grant the stay extension, this Court need only conclude that it “might well happen” that if the stay extension is granted, the Applicants can put forward a proposal that would be “reasonable on its face to a reasonable creditor”. This is an objective standard that “ignores the possible idiosyncrasies of any specific creditor”.

*Enirgi Group Corp v Andover Mining Corp*, 2013 BCSC 1833 [*Enirgi*] at paras 66, 74 [Tab 6].



50. Courts in proposal proceedings have repeatedly emphasized when granting extensions to file proposals that they must take a “broad approach and look at a number of interested and potentially affected parties”, even in the face of objecting secured creditors.

*Cantrail* at para 12 [**Tab 3**].

51. Courts have emphasized that a lone objecting secured creditor cannot be permitted to hamstring a potentially viable proposal proceeding. An extension may be granted to allow the debtor to file a proposal even if a substantial secured creditor has said that it will veto any proposal the debtor could put forward. “That may take place but thus far there is no proposal and [the objecting creditor] will have to make a business decision about its response in the event that one is presented.” A creditor may not “pre-reject” an as-yet-nonexistent proposal.

*Enirgi* at para 75 [**Tab 6**].

*Cantrail* at paras 15-16 [**Tab 3**].

*Rizzo, Re*, 2016 ONSC 8192 at para 16 [**Tab 15**].

52. If the stay extension is granted, the Applicants will likely be able to make a viable proposal to their creditors. The Applicants are at a critical juncture in their restructuring efforts. Non-Binding LOIs are due for submission by December 12, 2023, with final bids due on January 8, 2024. The SISP is significantly underway and requires the necessary time to be completed in accordance with the SISP Approval Order in order to maximize the value of the Applicants for the benefit of stakeholders. Completion of the SISP is a necessary precondition to the ability of the Applicants to fund a viable proposal (including by arranging take-out financing with which to repay the Lenders in full).

***No Creditor would be Materially Prejudiced by the Stay Extension***

53. Finally, section 50.4(9) asks this Court to assure itself that no creditor would be materially prejudiced by the stay extension. This criterion is a balancing test which asks the Court to “weigh[] the interests of the debtor against the hardship incurred on the creditor. This has been referred to as the ‘balance of hurt’ test.”

*Lockhart Saw Ltd, Re*, 2007 NBQB 93 at para 13 [**Tab 11**].

54. Importantly, the test is not whether a creditor is “prejudiced” but whether a creditor would be “materially prejudiced”. A secured creditor seeking to cut short a debtor’s time to make a viable proposal must present evidence that it is “substantially or considerably prejudiced if the extension being applied for is granted”, over and above the “simple prejudice” of having its secured obligation stayed.

*Cantrail* at paras 21-22 [**Tab 3**].

55. The “material prejudice” standard is an objective test that considers the impact of an extension of time on the prejudice suffered by the creditor vis-à-vis the indebtedness and the attendant security. Where there is no evidence that a creditor’s security will be lessened if an extension is granted, the creditor will not be materially prejudiced.

*Lockhart* at para 12 [**Tab 11**].

*Enirgi* at para 76 [**Tab 6**].

*Cantrail* at para 22 [**Tab 3**].

56. A creditor alleging material prejudice must put forward particulars of this prejudice, including quantifying the extent of the losses it will suffer as a result of the extension sought by the debtors.

*Nortec Colour Graphics Inc, Re*, 2000 CarswellOnt 2797 (Ont SCJ [Gen Div]) at paras 14-16 [**Tab 13**].

57. There is no evidence that the Lenders, or any other creditors of the Applicants, will be prejudiced, much less materially prejudiced. In granting the First Stay Extension Order, this Court expressly found that, “although there may be some prejudice to the respondents, it is not material.” In granting the SISP Approval Order, including the timelines provided therein, this Court held: “I am not satisfied that the secured creditors . . . will be harmed in any way by the longer sales process over the shorter one primarily because they are -- they are at least thinly overcollateralized and arguably significantly overcollateralized.”

Stepanic Affidavit at Exhibit C, p. 5:3-4 and Exhibit E, p. 44:3-5.

58. The Lenders have admitted that “the assets of Spicelo are more than sufficient to repay the Lenders,” without even taking into account the assets of the Griffon Entities over which the Lenders hold first lien security.

Affidavit of Dave Gallagher, sworn September 19, 2023 at para 59.

Affidavit No. 4 of Dave Gallagher, sworn November 20, 2023 at paras 17-18.

59. This Court has already found that the Lenders have failed to establish that they will be “harmed in any way” by a SISP that is structured to continue into early 2024. The requested extension to the Stay Period is necessary to allow that SISP to proceed. The Applicants have engaged the Transaction Agent and commenced the SISP precisely to secure take-out financing, or another form of transaction, to repay the Lenders the full amount of the debt owing to them. In these circumstances, it is impossible to suggest that the Lenders would be “materially prejudiced” by a stay extension.
60. To the contrary, terminating these Proposal Proceedings and forcing the Applicants into bankruptcy (or permitting the Lenders to appoint a Receiver) would destroy the value which would otherwise accrue to other creditors and stakeholders. The Griffon Entities’ business has significant value both currently and on a go-forward basis. The value of the Greenfire shares owned by Spicelo will be maximized through an orderly sale rather than a mass liquidation. An extension of the Stay Period is necessary and appropriate to allow that value to be realized for the benefit of all stakeholders. Accordingly, the Applicants’ application to extend the time for the filing of the Proposal ought to be granted.

**B. The Lenders’ Proposed Declaration Should Not be Granted**

61. While the Lenders have consented to an extension of the Stay Period, the Lenders separately seek a declaration on the scope of the Lock-Up Agreement and its application to the Share Pledge Agreement. The Chuff Opinion, proffered in support of the Lenders’ proposed declaration, concludes that “Neither the Shareholder Agreement nor the Lock-Up Agreement, including the transfer restrictions contained in those agreements, prevents the Lenders from exercising their contractual rights with respect to the Greenfire Shares.” (emphasis added)

Chuff Opinion at page 7.

62. If the Lenders' declaration were limited to this conclusion, the Applicants would agree. The Lenders are not parties to the Lock-Up Agreement, and thus the Lock-Up Agreement does not bind the Lenders. The Applicants have never suggested that the Lenders are party to or are somehow bound by the Lock-Up Agreement. This is common ground between the parties.
63. However, the Lenders' proposed declaration goes much farther than that. The Lenders seek a declaration "that the sale and transfer restrictions set forth in the Lock-Up Agreement... have no application to the Lender or the Lenders' ability to enforce their security against Pledged Shares in accordance with the terms of the Share Pledge." (emphasis added)
64. Although the Lenders frame their materials around whether the Lenders are bound by the Lock-Up Agreement (a point on which there is no dispute between the Lenders and the Applicants), in actuality the Lenders' proposed declaration asks this Court to rule on the scope of Spicelo's obligations under the Lock-Up Agreement – obligations Spicelo owes to the Counterparties under the Lock-Up Agreement.
65. The reality is that the Lenders enforcing the Share Pledge Agreement might implicate Spicelo's obligations under the Lock-Up Agreement. Because the Greenfire Shares remain Spicelo's property, some enforcement steps might require Spicelo to "Transfer" the Greenfire Shares. However, a "Transfer" of the Greenfire Shares is precisely what the Lock-Up Agreement prevents Spicelo from doing. The Counterparties are entitled to seek specific performance of Spicelo's obligations under the Lock-Up Agreement, including by seeking injunctive relief.
66. Effectively, the Lenders ask this Court to rule on the scope of the obligations Spicelo owes to the Counterparties, most of whom are not before this Court. The Applicants understand that the Counterparties have not all been served with materials for the Lenders' application.
67. The Lenders' proposed declaration is overbroad and should not be granted. The Lenders seek much more than a simple declaration that they are not bound by the Lock-Up Agreement. The Lenders are effectively asking this Court to issue a blanket declaration

that there is no circumstance in which any party could raise the Lock-Up Agreement to impede any potential enforcement action by the Lenders. This blanket declaration is inappropriate and does not meet the criteria for the extraordinary remedy of declaratory relief. If the Lenders wish to take a particular enforcement step that engages Spicelo's rights and obligations under the Lock-Up Agreement, this Court can evaluate the impact of the Lock-Up Agreement on that enforcement step in context, potentially after hearing from affected third parties.

68. The Lenders' proposed declaration is also not supported by their evidence. To the extent the Chuff Opinion draws conclusions from Delaware legal principles, those conclusions do not flow from their premises and should be rejected. This Court can and should reject the Chuff Opinion's conclusions about the proper interpretation of the Lock-Up Agreement.
69. Finally, granting the Lenders' proposed declaration will not prevent this issue from being relitigated. A declaration issued pursuant to this application would not have *res judicata* effect with respect to the Counterparties, who would be free to relitigate the application of the Lock-Up Agreement to any enforcement steps taken by the Lenders. This Court should not grant a declaration when it will not even "settle" the matter in dispute.

***The Proposed Declaration Should Not be Granted because it is Overbroad and Inappropriate for Declaratory Relief***

70. Although the Greenfire Shares share certificates are physically held by the Collateral Agent, the Greenfire Shares themselves remain the property of Spicelo – a debtor in these NOI proceedings. Accordingly, the Lenders are, at present, prevented from taking enforcement steps against the Greenfire Shares because of the stay of proceedings that is currently in place.

BIA s. 69(1)(a) [Tab 1].

71. As yet, the Lenders have not taken any enforcement steps vis-à-vis the Greenfire Shares. Were they to do so, the Lenders would first have to bring an application to lift the stay of proceedings and satisfy the associated test, including establishing that they are "materially

prejudiced” by the continuation of the stay. The Court could then determine whether a specific enforcement step sought by the Lenders should be authorized in the circumstances.

BIA s. 69.4(a) [Tab 1].

72. However, the Lenders have not taken any such steps on this application. In fact, they have consented to a stay extension, which precludes them from taking any enforcement action. The sole relief sought by the Lenders on this application is a declaration.
73. Declarations are an extraordinary discretionary remedy, granted only when necessary and of practical utility. The party seeking a declaration must establish that the Court has jurisdiction to hear the issue, that the question is real and not theoretical, and that the party raising the issue has a genuine interest in its resolution.

*Entertainment Software Association v Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100 at para 105 [Tab 7].  
*Daniels v Canada (Indian Affairs & Northern Development)*, 2016 SCC 12 at para 11 [Tab 4].

74. A declaration can only be granted to resolve a “concrete dispute” or a “live controversy”. The Supreme Court has refused to grant declaratory relief where there is no “live dispute” such that the declaration would not be anchored in findings of fact, and where parties whose rights would be affected by the declaration have not had the opportunity to be heard.

*Ewert v Canada*, 2018 SCC 31 [Ewert] at para 81 [Tab 8].  
*York University v Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2021 SCC 32 at paras 82-83 [Tab 16].

75. Declaratory relief will not be granted where there is an adequate alternative mechanism to protect the rights in question. A Court may refuse to grant a declaration because of, *inter alia*, “the availability of more appropriate procedures, the absence of affected parties, the theoretical or hypothetical nature of the issue, the inadequacy of the arguments presented, or the fact that the declaration sought is of merely academic importance and has no utility.”

*Ewert* at para 83 [Tab 8].  
*Bryton Capital Corp GP Ltd v CIM Bayview Creek Inc*, 2023 ONCA 363 at para 64 [Tab 2].

*Gook County Estate Ltd v Quesnel (City of)*, 2008 BCCA 407 at para 10 [Tab 9].

76. This is an inappropriate case for the Court to grant declaratory relief. The declaration sought is overly broad and effectively asks this Court to rule on matters that are not subject to a concrete dispute – including the scope of Spicelo’s obligations to the Counterparties, who have not been given notice of this application.
77. If the Lenders intend to take enforcement steps respecting the Greenfire Shares, then proceedings to determine the impact of the Lock-Up Agreement are “imminent” and the issue can be determined in its specific factual context with notice to all affected parties. If the Lenders do not intend to take such enforcement steps, or are prevented from taking such steps because of the stay, then a declaration is unnecessary.
78. It is inappropriate for the Lenders to seek sweeping relief that would effectively “pre-bless” any and all enforcement efforts without regard to the circumstances. Such a declaration should not be granted divorced from any proposed enforcement steps, at which point the Court could determine the application of the Lock-Up Agreement on the particular facts when there is a concrete dispute between the parties.

***The Proposed Declaration is Unsupported by the Lenders’ Evidence***

79. This Court should not grant the declaration because the interpretation of the Lock-Up Agreement propounded by the Lenders is not supported by their evidence.
80. The Lock-Up Agreement is governed by Delaware law. Foreign law must be proved as a matter of fact through expert evidence. The Lenders have supported their application for a declaration interpreting the scope of the Lock-Up Agreement through the Chuff Opinion.

Stephen G.A. Pitel, *Conflict of Laws*, 2<sup>nd</sup> Ed (Toronto: Irwin Law, 2016) at 251 [Tab 18].

81. Courts have emphasized that foreign legal experts must not opine on the ultimate issue before the Court. For example, in the insolvency proceedings of *Nortel Networks Corp*, Justice Morawetz rejected the opinion of a UK lawyer as to how a UK regulator would apply a particular pension statute. Justice Morawetz emphasized that a foreign legal expert

must confine his evidence to the law of the foreign state and how it applies generally, but cannot provide expert evidence on the question before the Court:

[103] Mr. Ham in his report gave evidence as to what the Regulator might do in this case. That evidence may not be admissible as it goes to the ultimate issue. In any event, whether or not it is admissible, it is in large part simply argument to support the UKPC's case and I disregard it. Mr. Ham is qualified to express an opinion on what the English law is regarding the 2004 Act, but he should not be expressing any opinion on what the Regulator might do in applying the Act. I agree with the statement of MacFarland J. (as she then was) in *Web Offset Publications Ltd. v. Nagoya Venture Ltd.* [1999] O.J. No. 587:

Vickery has deposed that he is an attorney licensed to practice law in the State of New York and, in my view, that is sufficient to enable him to state the law of the State of New York for the benefit and assistance of the court. Such an expert however, must confine his evidence to a statement of what the law is and how it applies generally. Such an expert is not to express his opinion on the very facts in issue before the court. It is the sole function of the court to apply the law as the expert has stated it to the facts as the court finds them. See *Hunt v. Hunt* (1958), [1958 CanLII 335 \(ON SC\)](#), 14 D.L.R. (2d) 243 and 246.

[104] I do not fault Mr. Ham particularly. He was asked to express his views and he did so. But he should not have been asked to do so.

*Nortel Networks Corp, Re*, 2014 ONSC 6973 at paras 103-104 [**Tab 14**].

82. In this case, the ultimate issue before the Court is the proper interpretation of Spicelo's obligations under the Lock-Up Agreement. The Court may accept Mr. Chuff's evidence of Delaware legal principles and authorities, but it is for the Court to evaluate how those principles and authorities would apply to the Lock-Up Agreement.
83. While an expert may provide evidence of foreign legal principles, in the absence of directly applicable foreign authority, construing plain language is well within the purview of the Canadian Court. For example, in *Hunt (Next Friend of) v Hunt*, the Court refused to accept an American lawyer's opinion on how a Minnesota court would interpret a Minnesota statute, writing, "[i]t is not open to the foreign expert to construe a document or a contract":

**11** Mr. Hood, being a Minnesota lawyer practising his profession in that jurisdiction, is an expert and so recognized by our Courts. He stated it to be the law of Minnesota that the lack of consent of parents renders the marriage voidable; that consummation before the party becomes 21 is immaterial; that it was his opinion that the Courts of Minnesota would, if asked, declare this marriage void; that the marriage is good until the pronouncement of the decree.



12 I asked Mr. Hood for a reference to any decision of a Minnesota Court or any rule of law under which a marriage such as this was voidable as the section of the Minnesota law referred to by him in plain English excepts marriage consummated from its operation. It seems to me that his evidence that the Minnesota Courts would declare this marriage void violates the rule of evidence that questions of construction belong to the Court exclusively. It is not open to the foreign expert to construe a document or a contract; or to give his opinion on the legal or general merits of the case (citations omitted).

*Hunt (Next friend of) v Hunt*, 1958 CanLII 335 (ONSC), 1958 CarswellOnt 185 at paras 11-12 [**Tab 10**].

84. While the Applicants do not contest Mr. Chuff’s general evidence of Delaware legal principles for the purposes of this application, Mr. Chuff’s application of those principles to the Lock-Up Agreement is poorly supported and should be rejected. For example:

- (a) The Chuff Opinion contends that Lock-Up Agreement cannot impede the Lenders from enforcing the Share Pledge Agreement because the Lock-Up Agreement does not prevent transfers related to “the enforcement of any such pledge by a financial institution” “in connection with a pledge” of the Greenfire Shares. On the strength of two dictionary definitions, Mr. Chuff opines that the Lenders are “financial institutions” within the meaning of this term under Delaware law because they extend money and credit. On this reading, every department store that offers a credit card is a “financial institution”, as is every tradesman who sells goods on credit. Mr. Chuff cites no Delaware case law affirming this broad interpretation of “financial institution” to support his interpretation of the Lock-Up Agreement.
- (b) Moreover, Mr. Chuff ignores the second part of the two dictionary definitions he cites, which provide examples of financial institutions: “a bank, credit union, savings-and-loan association, securities broker or dealer, pawnbroker, or investment company.” All these are institutions whose sole or principal business is the lending or managing of money. The same cannot be said for the Lenders; for example, Trafigura is a marketer and supplier of commodities.
- (c) In addition, the Chuff Opinion contends that the Lock-Up Agreement transfer restrictions exempt the Share Pledge Agreement in its entirety because the Share Pledge Agreement was exempted from the SSA, and the provisions of the SSA

should be read into the Lock-Up Agreement. To support this view, the Chuff Opinion characterizes an “entire agreement” clause in the SSA as an “integration clause stating the Shareholder Agreement and all agreements referenced therein... should be construed as one agreement.” That is not what the plain text of the Entire Agreement clause says. Again, Mr. Chuff cites no Delaware authority interpreting an entire agreement clause as importing the provisions of one agreement wholesale into another agreement. Mr. Chuff ignores section 3.1 of the SSA, which provides that as of the Expiration Time [which occurred in September 2023], the SSA “and all of its provisions shall terminate and be of no further force or effect”.

- (d) Finally, the Chuff Opinion contends that the Lock-Up Agreement does not impact the Lenders’ enforcement of the Share Pledge Agreement because the Lock-Up Agreement exempts transfers of the Greenfire Shares “in connection with any legal, regulatory, or other order”. No court has ordered Spicelo to transfer the Greenfire Shares. Until there is a valid court order requiring Spicelo to transfer the Greenfire Shares, the so-called “Order Exception” to the Lock-Up Agreement does not assist the Lenders and provides no basis for their proposed declaration.

Chuff Opinion at pages 10-13.

85. The Lenders’ evidence does not support their interpretation of the Lock-Up Agreement. The Chuff Opinion is contraindicated by the plain text of the Lock-Up Agreement and cites no Delaware authority supporting a contrary reading of this plain text. The Lenders’ proposed declaration is therefore not supported on the evidence and should be rejected.

***The Proposed Declaration Will Not Settle the Application of the Lock-Up Agreement***

86. As outlined above, rather than taking enforcement steps directly, the Lenders have instead sought a declaration about the scope of the Lock-Up Agreement. The Lenders’ sole justification for seeking a declaration is that “[t]he Lenders believe that a declaration from this Court with respect to the interpretation and application of the LUA must be settled in advance of any future application the Lenders might bring related to Spicelo to terminate these NOI proceedings and/or appoint a receiver over the Pledged Shares.”

Bench Brief of the Lenders at para 8.

87. Even if the proposed declaration is granted, the “interpretation and application of the [Lock-Up Agreement]” will not be “settled”. This is because, if the Lenders later seek to compel Spicelo to transfer the Greenfire Shares, the Counterparties could still object that such transfer was contrary to the Lock-Up Agreement. It appears that the Lenders have only given notice of their application to the Service List in the Proposal Proceedings. The Counterparties are not all contained on that Service List (because they have no interest in the Proposal Proceedings). As such, the Applicants believe that the Counterparties have not all been served with materials for the Lenders’ application for a declaration (and the Lenders have not provided any evidence to suggest that all of the Counterparties have been served). The proposed declaration would therefore not be binding on all of the Counterparties, who could seek to specifically enforce the transfer restrictions contained in the Lock-Up Agreement.
88. As outlined above, the Lenders’ declaration goes far beyond a mere statement that the Lock-Up Agreement does not bind the Lenders (and it is common ground that it does not). The Lenders’ proposed declaration purports to determine the scope of Spicelo’s obligations under the Lock-Up Agreement – obligations which are owed to the Counterparties. The Counterparties’ rights and interests are therefore squarely before this Court on this application.
89. Declarations have binding effect via the doctrine of *res judicata*. To “settle” the “interpretation and application” of the Lock-Up Agreement, the proposed declaration would have to have *res judicata* effect with respect to the Counterparties.
90. *Res judicata* encompasses two principal doctrines, neither of which can apply here. Cause of action estoppel cannot apply because the Lenders have not alleged any cause of action. Issue estoppel cannot apply because that doctrine requires that the same parties, or their privies, be parties to the original decision. The Counterparties or their privies are not parties to this application. They would therefore not be bound by the Lenders’ proposed declaration.

*Danyluk v Ainsworth Technologies Inc*, 2001 SCC 44 at paras 24-25 [Tab 5].  
Donald J. Lange, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, 5<sup>th</sup> Ed (Markham, Ont: LexisNexis, 2021) at Ch 1.1, “The Meaning of Res Judicata” [Tab 17].

91. As outlined above, the Lenders are not seeking any substantive relief on this application. To enforce against the Greenfire Shares, the Lenders must return to Court and seek to lift the stay of proceedings. If such enforcement involved compelling Spicelo to transfer ownership of the Greenfire Shares, the Counterparties could object that the proposed transfer contravened Spicelo’s obligations under the Lock-Up Agreement. Because the Counterparties would not be bound by the Declaration, they would be free to litigate the matter afresh. Granting the proposed declaration at this time would “settle” nothing because the matter could be reopened the next time the Lenders appear before this Court.
92. In addition to being overbroad, unsuitable for declaratory relief, and unsupported by the evidence they present, the Lenders’ proposed declaration will not grant certainty or finality and cannot prevent this issue from being relitigated. The Court should not issue the proposed declaration in these circumstances.

**V. CONCLUSION AND RELIEF SOUGHT**

93. For the foregoing reasons, the Applicants respectfully submit that this Court should grant the Stay Extension Order and decline to grant the Lenders’ proposed declaration.

**ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 11<sup>th</sup> day of December, 2023.**



---

Randal Van de Mosselaer / Emily Paplawski  
Osler, Hoskin & Harcourt LLP  
Counsel for the Applicants

## TABLE OF AUTHORITIES

| Tab | Authority                                                                                                                                           |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1.  | <a href="#"><u>Bankruptcy and Insolvency Act</u></a> , RSC 1985, c B-3                                                                              |
| 2.  | <a href="#"><u>Bryton Capital Corp GP Ltd v CIM Bayview Creek Inc</u></a> , 2023 ONCA 363                                                           |
| 3.  | <a href="#"><u>Cantrail Coach Lines Ltd, Re</u></a> , 2005 BCSC 351                                                                                 |
| 4.  | <a href="#"><u>Daniels v Canada (Indian Affairs &amp; Northern Development)</u></a> , 2016 SCC 12                                                   |
| 5.  | <a href="#"><u>Danyluk v Ainsworth Technologies Inc</u></a> , 2001 SCC 44                                                                           |
| 6.  | <a href="#"><u>Enirgi Group Corp v Andover Mining Corp</u></a> , 2013 BCSC 1833                                                                     |
| 7.  | <a href="#"><u>Entertainment Software Association v Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada</u></a> , 2020 FCA 100             |
| 8.  | <a href="#"><u>Ewert v Canada</u></a> , 2018 SCC 30                                                                                                 |
| 9.  | <a href="#"><u>Gook County Estate Ltd v Quesnel (City of)</u></a> , 2008 BCCA 407                                                                   |
| 10. | <a href="#"><u>Hunt (Next friend of) v Hunt</u></a> , 1958 CanLII 335 (ONSC), 1958 CarswellOnt 185                                                  |
| 11. | <a href="#"><u>Lockhart Saw Ltd, Re</u></a> , 2007 NBQB 93                                                                                          |
| 12. | <a href="#"><u>Mernick, Re</u></a> , 1994 CarswellOnt 257 (Ont CJ [Gen Div])                                                                        |
| 13. | <a href="#"><u>Nortec Colour Graphics Inc, Re</u></a> , 2000 CarswellOnt 2797 (Ont SCJ [Gen Div])                                                   |
| 14. | <a href="#"><u>Nortel Networks Corp, Re</u></a> , 2014 ONSC 6973                                                                                    |
| 15. | <a href="#"><u>Rizzo, Re</u></a> , 2016 ONSC 8192                                                                                                   |
| 16. | <a href="#"><u>York University v Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</u></a> , 2021 SCC 32                                       |
| 17. | Donald J. Lange, <i>The Doctrine of Res Judicata in Canada</i> , 5 <sup>th</sup> Ed (Markham, Ont: LexisNexis, 2021), “The Meaning of Res Judicata” |
| 18. | Stephen G.A. Pitel, <i>Conflict of Laws</i> , 2 <sup>nd</sup> Ed (Toronto: Irwin Law, 2016)                                                         |

# TAB 1



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

## Bankruptcy and Insolvency Act

## Loi sur la faillite et l'insolvabilité

R.S.C., 1985, c. B-3

L.R.C. (1985), ch. B-3

Current to September 13, 2023

À jour au 13 septembre 2023

Last amended on April 27, 2023

Dernière modification le 27 avril 2023

### **Excluded secured creditor**

**50.2** A secured creditor to whom a proposal has not been made in respect of a particular secured claim may not file a proof of secured claim in respect of that claim.

1992, c. 27, s. 19.

### **Rights in bankruptcy**

**50.3** On the bankruptcy of an insolvent person who made a proposal to one or more secured creditors in respect of secured claims, any proof of secured claim filed pursuant to section 50.1 ceases to be valid or effective, and sections 112 and 127 to 134 apply in respect of a proof of claim filed by any secured creditor in the bankruptcy.

1992, c. 27, s. 19.

### **Notice of intention**

**50.4 (1)** Before filing a copy of a proposal with a licensed trustee, an insolvent person may file a notice of intention, in the prescribed form, with the official receiver in the insolvent person's locality, stating

- (a) the insolvent person's intention to make a proposal,
- (b) the name and address of the licensed trustee who has consented, in writing, to act as the trustee under the proposal, and
- (c) the names of the creditors with claims amounting to two hundred and fifty dollars or more and the amounts of their claims as known or shown by the debtor's books,

and attaching thereto a copy of the consent referred to in paragraph (b).

### **Certain things to be filed**

**(2)** Within ten days after filing a notice of intention under subsection (1), the insolvent person shall file with the official receiver

- (a) a statement (in this section referred to as a "cash-flow statement") indicating the projected cash-flow of the insolvent person on at least a monthly basis, prepared by the insolvent person, reviewed for its reasonableness by the trustee under the notice of intention and signed by the trustee and the insolvent person;
- (b) a report on the reasonableness of the cash-flow statement, in the prescribed form, prepared and signed by the trustee; and
- (c) a report containing prescribed representations by the insolvent person regarding the preparation of the

### **Le cas des autres créanciers garantis**

**50.2** Le créancier garanti à qui aucune proposition n'a été faite relativement à une réclamation garantie en particulier n'est pas admis à produire une preuve de réclamation garantie à cet égard.

1992, ch. 27, art. 19.

### **Droits en cas de faillite**

**50.3** En cas de faillite d'une personne insolvable ayant fait une proposition à un ou plusieurs créanciers garantis relativement à des réclamations garanties, les preuves de réclamations garanties déposées aux termes de l'article 50.1 sont sans effet, et les articles 112 et 127 à 134 s'appliquent aux preuves de réclamations déposées par des créanciers garantis dans le cadre de la faillite.

1992, ch. 27, art. 19.

### **Avis d'intention**

**50.4 (1)** Avant de déposer copie d'une proposition auprès d'un syndic autorisé, la personne insolvable peut, en la forme prescrite, déposer auprès du séquestre officiel de sa localité un avis d'intention énonçant :

- a) son intention de faire une proposition;
- b) les nom et adresse du syndic autorisé qui a accepté, par écrit, les fonctions de syndic dans le cadre de la proposition;
- c) le nom de tout créancier ayant une réclamation s'élevant à au moins deux cent cinquante dollars, ainsi que le montant de celle-ci, connu ou indiqué aux livres du débiteur.

L'avis d'intention est accompagné d'une copie de l'acceptation écrite du syndic.

### **Documents à déposer**

**(2)** Dans les dix jours suivant le dépôt de l'avis d'intention visé au paragraphe (1), la personne insolvable dépose les documents suivants auprès du séquestre officiel :

- a) un état établi par la personne insolvable — appelé « l'état » au présent article — portant, projections au moins mensuelles à l'appui, sur l'évolution de son encaisse, et signé par elle et par le syndic désigné dans l'avis d'intention après que celui-ci en a vérifié le caractère raisonnable;
- b) un rapport portant sur le caractère raisonnable de l'état, établi, en la forme prescrite, par le syndic et signé par lui;
- c) un rapport contenant les observations — prescrites par les Règles générales — de la personne insolvable



cash-flow statement, in the prescribed form, prepared and signed by the insolvent person.

#### **Creditors may obtain statement**

(3) Subject to subsection (4), any creditor may obtain a copy of the cash-flow statement on request made to the trustee.

#### **Exception**

(4) The court may order that a cash-flow statement or any part thereof not be released to some or all of the creditors pursuant to subsection (3) where it is satisfied that

(a) such release would unduly prejudice the insolvent person; and

(b) non-release would not unduly prejudice the creditor or creditors in question.

#### **Trustee protected**

(5) If the trustee acts in good faith and takes reasonable care in reviewing the cash-flow statement, the trustee is not liable for loss or damage to any person resulting from that person's reliance on the cash-flow statement.

#### **Trustee to notify creditors**

(6) Within five days after the filing of a notice of intention under subsection (1), the trustee named in the notice shall send to every known creditor, in the prescribed manner, a copy of the notice including all of the information referred to in paragraphs (1)(a) to (c).

#### **Trustee to monitor and report**

(7) Subject to any direction of the court under paragraph 47.1(2)(a), the trustee under a notice of intention in respect of an insolvent person

(a) shall, for the purpose of monitoring the insolvent person's business and financial affairs, have access to and examine the insolvent person's property, including his premises, books, records and other financial documents, to the extent necessary to adequately assess the insolvent person's business and financial affairs, from the filing of the notice of intention until a proposal is filed or the insolvent person becomes bankrupt;

(b) shall file a report on the state of the insolvent person's business and financial affairs — containing the prescribed information, if any —

relativement à l'établissement de l'état, établi, en la forme prescrite, par celle-ci et signé par elle.

#### **Copies de l'état**

(3) Sous réserve du paragraphe (4), tout créancier qui en fait la demande au syndic peut obtenir une copie de l'état.

#### **Exception**

(4) Le tribunal peut rendre une ordonnance de non-communication de tout ou partie de l'état, s'il est convaincu que sa communication à l'un ou l'autre ou à l'ensemble des créanciers causerait un préjudice indu à la personne insolvable ou encore que sa non-communication ne causerait pas de préjudice indu au créancier ou aux créanciers en question.

#### **Immunité**

(5) S'il agit de bonne foi et prend toutes les précautions voulues pour bien réviser l'état, le syndic ne peut être tenu responsable des dommages ou pertes subis par la personne qui s'y fie.

#### **Notification**

(6) Dans les cinq jours suivant le dépôt de l'avis d'intention, le syndic qui y est nommé en fait parvenir à tous les créanciers connus, de la manière prescrite, une copie contenant les renseignements mentionnés aux alinéas (1)a) à c).

#### **Obligation de surveillance**

(7) Sous réserve de toute instruction émise par le tribunal aux termes de l'alinéa 47.1(2)a), le syndic désigné dans un avis d'intention se rapportant à une personne insolvable :

a) a, dans le cadre de la surveillance des affaires et des finances de celle-ci et dans la mesure où cela est nécessaire pour lui permettre d'estimer adéquatement les affaires et les finances de la personne insolvable, accès aux biens — locaux, livres, registres et autres documents financiers, notamment — de cette personne, biens qu'il est d'ailleurs tenu d'examiner, et ce depuis le dépôt de l'avis d'intention jusqu'au dépôt de la proposition ou jusqu'à ce que la personne en question devienne un failli;

b) dépose un rapport portant sur l'état des affaires et des finances de la personne insolvable et contenant les renseignements prescrits :

(i) with the official receiver without delay after ascertaining a material adverse change in the insolvent person's projected cash-flow or financial circumstances, and

(ii) with the court at or before the hearing by the court of any application under subsection (9) and at any other time that the court may order; and

(c) shall send a report about the material adverse change to the creditors without delay after ascertaining the change.

#### Where assignment deemed to have been made

(8) Where an insolvent person fails to comply with subsection (2), or where the trustee fails to file a proposal with the official receiver under subsection 62(1) within a period of thirty days after the day the notice of intention was filed under subsection (1), or within any extension of that period granted under subsection (9),

(a) the insolvent person is, on the expiration of that period or that extension, as the case may be, deemed to have thereupon made an assignment;

(b) the trustee shall, without delay, file with the official receiver, in the prescribed form, a report of the deemed assignment;

(b.1) the official receiver shall issue a certificate of assignment, in the prescribed form, which has the same effect for the purposes of this Act as an assignment filed under section 49; and

(c) the trustee shall, within five days after the day the certificate mentioned in paragraph (b.1) is issued, send notice of the meeting of creditors under section 102, at which meeting the creditors may by ordinary resolution, notwithstanding section 14, affirm the appointment of the trustee or appoint another licensed trustee in lieu of that trustee.

#### Extension of time for filing proposal

(9) The insolvent person may, before the expiry of the 30-day period referred to in subsection (8) or of any extension granted under this subsection, apply to the court for an extension, or further extension, as the case may be, of that period, and the court, on notice to any interested persons that the court may direct, may grant the extensions, not exceeding 45 days for any individual extension and not exceeding in the aggregate five months after the expiry of the 30-day period referred to in subsection (8), if satisfied on each application that

(i) auprès du séquestre officiel dès qu'il note un changement négatif important au chapitre des projections relatives à l'encaisse de la personne insolvable ou au chapitre de la situation financière de celle-ci,

(ii) auprès du tribunal au plus tard lors de l'audition de la demande dont celui-ci est saisi aux termes du paragraphe (9) et aux autres moments déterminés par ordonnance du tribunal;

c) envoie aux créanciers un rapport sur le changement visé au sous-alinéa b)(i) dès qu'il le note.

#### Cas de cession présumée

(8) Lorsque la personne insolvable omet de se conformer au paragraphe (2) ou encore lorsque le syndic omet de déposer, ainsi que le prévoit le paragraphe 62(1), la proposition auprès du séquestre officiel dans les trente jours suivant le dépôt de l'avis d'intention aux termes du paragraphe (1) ou dans le délai supérieur accordé aux termes du paragraphe (9) :

a) la personne insolvable est, à l'expiration du délai applicable, réputée avoir fait une cession;

b) le syndic en fait immédiatement rapport, en la forme prescrite, au séquestre officiel;

b.1) le séquestre officiel délivre, en la forme prescrite, un certificat de cession ayant, pour l'application de la présente loi, le même effet qu'une cession déposée en conformité avec l'article 49;

c) le syndic convoque, dans les cinq jours suivant la délivrance du certificat de cession, une assemblée des créanciers aux termes de l'article 102, assemblée à laquelle les créanciers peuvent, par résolution ordinaire, nonobstant l'article 14, confirmer sa nomination ou lui substituer un autre syndic autorisé.

#### Prorogation de délai

(9) La personne insolvable peut, avant l'expiration du délai de trente jours — déjà prorogé, le cas échéant, aux termes du présent paragraphe — prévu au paragraphe (8), demander au tribunal de proroger ou de proroger de nouveau ce délai; après avis aux intéressés qu'il peut désigner, le tribunal peut acquiescer à la demande, pourvu qu'aucune prorogation n'excède quarante-cinq jours et que le total des prorogations successives demandées et accordées n'excède pas cinq mois à compter de l'expiration du délai de trente jours, et pourvu qu'il soit convaincu, dans le cas de chacune des demandes, que les conditions suivantes sont réunies :

(a) the insolvent person has acted, and is acting, in good faith and with due diligence;

(b) the insolvent person would likely be able to make a viable proposal if the extension being applied for were granted; and

(c) no creditor would be materially prejudiced if the extension being applied for were granted.

### Court may not extend time

(10) Subsection 187(11) does not apply in respect of time limitations imposed by subsection (9).

### Court may terminate period for making proposal

(11) The court may, on application by the trustee, the interim receiver, if any, appointed under section 47.1, or a creditor, declare terminated, before its actual expiration, the thirty day period mentioned in subsection (8) or any extension thereof granted under subsection (9) if the court is satisfied that

(a) the insolvent person has not acted, or is not acting, in good faith and with due diligence,

(b) the insolvent person will not likely be able to make a viable proposal before the expiration of the period in question,

(c) the insolvent person will not likely be able to make a proposal, before the expiration of the period in question, that will be accepted by the creditors, or

(d) the creditors as a whole would be materially prejudiced were the application under this subsection rejected,

and where the court declares the period in question terminated, paragraphs (8)(a) to (c) thereupon apply as if that period had expired.

1992, c. 27, s. 19; 1997, c. 12, s. 32; 2004, c. 25, s. 33(F); 2005, c. 47, s. 35; 2007, c. 36, s. 17; 2017, c. 26, s. 6(E).

### Trustee to help prepare proposal

**50.5** The trustee under a notice of intention shall, between the filing of the notice of intention and the filing of a proposal, advise on and participate in the preparation of the proposal, including negotiations thereon.

1992, c. 27, s. 19.

### Order — interim financing

**50.6 (1)** On application by a debtor in respect of whom a notice of intention was filed under section 50.4 or a proposal was filed under subsection 62(1) and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the

a) la personne insolvable a agi — et continue d'agir — de bonne foi et avec toute la diligence voulue;

b) elle serait vraisemblablement en mesure de faire une proposition viable si la prorogation demandée était accordée;

c) la prorogation demandée ne saurait causer de préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers.

### Non-application du paragraphe 187(11)

(10) Le paragraphe 187(11) ne s'applique pas aux délais prévus par le paragraphe (9).

### Interruption de délai

(11) À la demande du syndic, d'un créancier ou, le cas échéant, du séquestre intérimaire nommé aux termes de l'article 47.1, le tribunal peut mettre fin, avant son expiration normale, au délai de trente jours — prorogé, le cas échéant — prévu au paragraphe (8), s'il est convaincu que, selon le cas :

a) la personne insolvable n'agit pas — ou n'a pas agi — de bonne foi et avec toute la diligence voulue;

b) elle ne sera vraisemblablement pas en mesure de faire une proposition viable avant l'expiration du délai;

c) elle ne sera vraisemblablement pas en mesure de faire, avant l'expiration du délai, une proposition qui sera acceptée des créanciers;

d) le rejet de la demande causerait un préjudice sérieux à l'ensemble des créanciers.

Si le tribunal acquiesce à la demande qui lui est présentée, les alinéas (8)a) à c) s'appliquent alors comme si le délai avait expiré normalement.

1992, ch. 27, art. 19; 1997, ch. 12, art. 32; 2004, ch. 25, art. 33(F); 2005, ch. 47, art. 35; 2007, ch. 36, art. 17; 2017, ch. 26, art. 6(A).

### Préparation de la proposition

**50.5** Le syndic désigné dans un avis d'intention doit, entre le dépôt de l'avis d'intention et celui de la proposition, participer, notamment comme conseiller, à la préparation de celle-ci, y compris aux négociations pertinentes.

1992, ch. 27, art. 19.

### Financement temporaire

**50.6 (1)** Sur demande du débiteur à l'égard duquel a été déposé un avis d'intention aux termes de l'article 50.4 ou une proposition aux termes du paragraphe 62(1), le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande

received had the person complied with the terms of the order.

### Application is a proceeding

**(14)** For the purposes of section 38, an application referred to in subsection (10) is deemed to be a proceeding for the benefit of the estate.

### Property included for enforcement purposes

**(15)** For the purpose of this section, a requirement that a bankrupt pay an amount to the estate is enforceable against the bankrupt's total income.

### When obligation to pay ceases

**(16)** If an opposition to the automatic discharge of a bankrupt individual who is required to pay an amount to the estate is filed, the bankrupt's obligation under this section ceases on the day on which the bankrupt would have been automatically discharged had the opposition not been filed, but nothing in this subsection precludes the court from determining that the bankrupt is required to pay to the estate an amount that the court considers appropriate.

R.S., 1985, c. B-3, s. 68; 1992, c. 27, s. 34; 1997, c. 12, s. 60; 2005, c. 47, s. 58; 2007, c. 36, s. 33.

### Assignment of wages

**68.1 (1)** An assignment of existing or future wages made by a debtor before the debtor became bankrupt is of no effect in respect of wages earned after the bankruptcy.

### Assignment of book debts

**(2)** An assignment of existing or future amounts receivable as payment for or commission or professional fees in respect of services rendered by a debtor who is an individual before the debtor became bankrupt is of no effect in respect of such amounts earned or generated after the bankruptcy.

1992, c. 27, s. 35; 1997, c. 12, s. 61; 2005, c. 47, s. 59.

## Stay of Proceedings

### Stay of proceedings — notice of intention

**69 (1)** Subject to subsections (2) and (3) and sections 69.4, 69.5 and 69.6, on the filing of a notice of intention under section 50.4 by an insolvent person,

**(a)** no creditor has any remedy against the insolvent person or the insolvent person's property, or shall commence or continue any action, execution or other proceedings, for the recovery of a claim provable in bankruptcy,

### Présomption

**(14)** La demande présentée au tribunal au titre du paragraphe (10) constitue, pour l'application de l'article 38, une procédure à l'avantage de l'actif de la faillite.

### Biens pouvant faire l'objet d'une exécution

**(15)** Pour l'application du présent article, la somme à verser à l'actif de la faillite peut être recouvrée par voie d'exécution contre le revenu total du failli.

### Cessation des versements

**(16)** L'obligation du failli qui est une personne physique de faire des versements à l'actif de la faillite au titre du présent article cesse, en cas d'opposition à sa libération d'office, le jour où il aurait été libéré n'eût été l'avis d'opposition, rien n'empêchant toutefois le tribunal de reconduire l'obligation pour la somme qu'il estime indiquée.

L.R. (1985), ch. B-3, art. 68; 1992, ch. 27, art. 34; 1997, ch. 12, art. 60; 2005, ch. 47, art. 58; 2007, ch. 36, art. 33.

### Cession de salaire

**68.1 (1)** La cession de salaires présents ou futurs faite par le débiteur avant qu'il ne devienne un failli est sans effet sur les salaires gagnés après sa faillite.

### Cession de créances comptables

**(2)** La cession de sommes — échues ou à percevoir — à titre de paiement, de commission ou d'honoraires professionnels pour la prestation de services, faite par un débiteur qui est une personne physique avant qu'il ne fasse faillite, est sans effet sur les sommes de même provenance qui sont gagnées après sa faillite.

1992, ch. 27, art. 35; 1997, ch. 12, art. 61; 2005, ch. 47, art. 59.

## Suspension des procédures

### Suspension des procédures en cas d'avis d'intention

**69 (1)** Sous réserve des paragraphes (2) et (3) et des articles 69.4, 69.5 et 69.6, entre la date du dépôt par une personne insolvable d'un avis d'intention aux termes de l'article 50.4 et la date du dépôt, aux termes du paragraphe 62(1), d'une proposition relative à cette personne ou la date à laquelle celle-ci devient un failli :

**a)** les créanciers n'ont aucun recours contre la personne insolvable ou contre ses biens et ne peuvent intenter ou continuer aucune action, exécution ou

(b) no provision of a security agreement between the insolvent person and a secured creditor that provides, in substance, that on

- (i) the insolvent person's insolvency,
- (ii) the default by the insolvent person of an obligation under the security agreement, or
- (iii) the filing by the insolvent person of a notice of intention under section 50.4,

the insolvent person ceases to have such rights to use or deal with assets secured under the agreement as he would otherwise have, has any force or effect,

(c) Her Majesty in right of Canada may not exercise Her rights under

- (i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or
- (ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that

(A) refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, and

(B) provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, an employee's premium or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, or a premium under Part VII.1 of that Act, and of any related interest, penalties or other amounts,

in respect of the insolvent person where the insolvent person is a tax debtor under that subsection or provision, and

(d) Her Majesty in right of a province may not exercise her rights under any provision of provincial legislation in respect of the insolvent person where the insolvent person is a debtor under the provincial legislation and the provision has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

- (i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or
- (ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a **province providing a comprehensive pension plan** as defined in subsection 3(1) of the *Canada*

autre procédure en vue du recouvrement de réclamations prouvables en matière de faillite;

b) est sans effet toute disposition d'un contrat de garantie conclu entre la personne insolvable et un créancier garanti qui prévoit, pour l'essentiel, que celle-ci, dès qu'elle devient insolvable, qu'elle manque à un engagement prévu par le contrat de garantie ou qu'elle dépose un avis d'intention aux termes de l'article 50.4, est déchu des droits qu'elle aurait normalement de se servir des avoirs visés par le contrat de garantie ou de faire d'autres opérations à leur égard;

c) est suspendu l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère l'une des dispositions suivantes à l'égard de la personne insolvable, lorsque celle-ci est un débiteur fiscal visé à cette disposition :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui, à la fois :

(A) renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(B) prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ou d'une cotisation prévue par la partie VII.1 de cette loi et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

d) est suspendu l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province des droits que lui confère toute disposition législative provinciale à l'égard d'une personne insolvable, lorsque celle-ci est un débiteur visé par la loi provinciale et qu'il s'agit d'une disposition dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

*Pension Plan* and the provincial legislation establishes a **provincial pension plan** as defined in that subsection,

until the filing of a proposal under subsection 62(1) in respect of the insolvent person or the bankruptcy of the insolvent person.

### Limitation

(2) The stays provided by subsection (1) do not apply

(a) to prevent a secured creditor who took possession of secured assets of the insolvent person for the purpose of realization before the notice of intention under section 50.4 was filed from dealing with those assets;

(b) to prevent a secured creditor who gave notice of intention under subsection 244(1) to enforce that creditor's security against the insolvent person more than ten days before the notice of intention under section 50.4 was filed, from enforcing that security, unless the secured creditor consents to the stay;

(c) to prevent a secured creditor who gave notice of intention under subsection 244(1) to enforce that creditor's security from enforcing the security if the insolvent person has, under subsection 244(2), consented to the enforcement action; or

(d) [Repealed, 2012, c. 31, s. 416]

### Limitation

(3) A stay provided by paragraph (1)(c) or (d) does not apply, or terminates, in respect of Her Majesty in right of Canada and every province if

(a) the insolvent person defaults on payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the filing of the notice of intention and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, or a premium under Part VII.1 of that Act, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est **une province instituant un régime général de pensions** au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un **régime provincial de pensions** au sens de ce paragraphe.

### Exceptions

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet :

a) d'empêcher le créancier garanti de faire des opérations à l'égard des avoirs garantis de la personne insolvable dont il a pris possession — en vue de les réaliser — avant le dépôt de l'avis d'intention prévu à l'article 50.4;

b) d'empêcher le créancier garanti, sauf s'il a consenti à la suspension, qui a donné le préavis prévu au paragraphe 244(1) plus de dix jours avant le dépôt de l'avis d'intention prévu à l'article 50.4 de mettre à exécution sa garantie;

c) d'empêcher le créancier garanti qui a donné le préavis prévu au paragraphe 244(1) de mettre à exécution sa garantie si la personne insolvable a consenti à l'exécution au titre du paragraphe 244(2).

d) [Abrogé, 2012, ch. 31, art. 416]

### Exception

(3) L'alinéa (1)c) ou d) ne s'applique pas, ou cesse de s'appliquer, à Sa Majesté du chef du Canada ou de la province en cause dans les cas suivants :

a) la personne insolvable manque à ses obligations de paiement d'un montant qui devient dû à Sa Majesté après le dépôt de l'avis d'intention et qui pourrait faire l'objet d'une demande aux termes d'une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ou d'une cotisation prévue par la partie VII.1 de cette loi et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

the business and affairs of the corporation shall be deemed to be a director for the purposes of this section.

1997, c. 12, s. 65.

#### Court may declare that stays, etc., cease

**69.4** A creditor who is affected by the operation of sections 69 to 69.31 or any other person affected by the operation of section 69.31 may apply to the court for a declaration that those sections no longer operate in respect of that creditor or person, and the court may make such a declaration, subject to any qualifications that the court considers proper, if it is satisfied

(a) that the creditor or person is likely to be materially prejudiced by the continued operation of those sections; or

(b) that it is equitable on other grounds to make such a declaration.

1992, c. 27, s. 36; 1997, c. 12, s. 65.

#### Non-application of certain provisions

**69.41 (1)** Sections 69 to 69.31 do not apply in respect of a claim referred to in subsection 121(4).

#### No remedy, etc.

(2) Notwithstanding subsection (1), no creditor with a claim referred to in subsection 121(4) has any remedy, or shall commence or continue any action, execution or other proceeding, against

(a) property of a bankrupt that has vested in the trustee; or

(b) amounts that are payable to the estate of the bankrupt under section 68.

1997, c. 12, s. 65.

#### No stay, etc., in certain cases

**69.42** Despite anything in this Act, no provision of this Act shall have the effect of staying or restraining, and no order may be made under this Act staying or restraining,

(a) the exercise by the Minister of Finance or the Superintendent of Financial Institutions of any power, duty or function assigned to them by the *Bank Act*, the *Cooperative Credit Associations Act*, the *Insurance Companies Act* or the *Trust and Loan Companies Act*;

(b) the exercise by the Governor in Council, the Minister of Finance or the Canada Deposit Insurance Corporation of any power, duty or function assigned to them by the *Canada Deposit Insurance Corporation Act*; or

et les affaires internes de la personne morale est réputé un administrateur pour l'application du présent article.

1997, ch. 12, art. 65.

#### Déclaration de non-application

**69.4** Tout créancier touché par l'application des articles 69 à 69.31 ou toute personne touchée par celle de l'article 69.31 peut demander au tribunal de déclarer que ces articles ne lui sont plus applicables. Le tribunal peut, avec les réserves qu'il estime indiquées, donner suite à la demande s'il est convaincu que la continuation d'application des articles en question lui causera vraisemblablement un préjudice sérieux ou encore qu'il serait, pour d'autres motifs, équitable de rendre pareille décision.

1992, ch. 27, art. 36; 1997, ch. 12, art. 65.

#### Précision

**69.41 (1)** Les articles 69 à 69.31 ne s'appliquent pas aux réclamations visées au paragraphe 121(4).

#### Recours interdits

(2) Malgré le paragraphe (1), le créancier d'une réclamation mentionnée au paragraphe 121(4) n'a aucun recours et ne peut intenter ou continuer d'actions, exécutions ou autres procédures relativement aux biens du failli dévolus au syndic ou aux montants à verser à l'actif de la faillite au titre de l'article 68.

1997, ch. 12, art. 65.

#### Restrictions

**69.42** Malgré les autres dispositions de la présente loi, aucune disposition de la présente loi ne peut avoir pour effet de suspendre ou restreindre et aucune ordonnance ne peut être rendue, pour suspendre ou restreindre :

a) l'exercice par le ministre des Finances ou par le surintendant des institutions financières des attributions qui leur sont conférées par la *Loi sur les banques*, la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, la *Loi sur les sociétés d'assurances* ou la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*;

b) l'exercice par le gouverneur en conseil, le ministre des Finances ou la Société d'assurance-dépôts du Canada des attributions qui leur sont conférées par la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*;

# **TAB 2**



# COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Bryton Capital Corp. GP Ltd. v.  
CIM Bayview Creek Inc., 2023 ONCA 363  
DATE: 20230519  
DOCKET: C70436

van Rensburg, Sossin and Copeland JJ.A.

BETWEEN

Bryton Capital Corp. GP Ltd. and Bayview Creek Residences Inc.  
(formerly known as Bryton Creek Residences Inc.)

Applicants (Appellants)

and

CIM Bayview Creek Inc., Grant Thornton Limited in its capacity  
as the Bankruptcy Trustee of CIM Bayview Creek Inc., Bayview  
Creek (CIM) LP, 10502715 Canada Inc., MNP Ltd. in its capacity as the  
Bankruptcy Trustee of Bayview Creek (CIM) LP and 10502715  
Canada Inc., GR (CAN) Investment Co. Ltd., Monest Financial Inc.,  
Tracy Hui, Jojo Hui, Cardinal Advisory Ltd., and the Corporation  
of the City of Richmond Hill

Respondents (Respondents)

Robert Choi, Hayden Trbizan, and Jonathan Gross, for the appellants

Adam M. Slavens, Jonathan Silver, Mike Noel, and Jonathan J. Barr, for the  
respondents Tracy Hui and Jojo Hui (The Enforcement Committee of the  
Debentureholders)

John N. Birch, for the respondent Grant Thornton Limited in its capacity as  
former Proposal Trustee and current Bankruptcy Trustee of CIM Bayview Creek  
Inc.

E. Patrick Shea, for the respondents GR (CAN) Investment Co. Ltd. and Monest  
Financial Inc.

Heard: November 25, 2022

On appeal from the order of Justice Peter J. Cavanagh of the Superior Court of Justice, dated March 2, 2022.

**van Rensburg J.A.:**

## **OVERVIEW**

[1] This is an appeal of an order made by a judge of the Commercial List (the “application judge”) during proceedings respecting the insolvency of CIM Bayview Creek Inc. (“CIM Bayview”), the registered owner of a residential development property in Richmond Hill, Ontario (the “Property”), and Bayview Creek (CIM) LP and 10502715 Canada Inc. (together, the “CIM Group”).

[2] The dispute concerns an option to purchase the Property (the “Option”) that was granted by CIM Bayview to Bayview Creek Residences Inc. (formerly Bryton Creek Residences Inc.), as part of a transaction with its second mortgagee Bryton Capital Corp. GP Ltd. (together, “Bryton”). Bryton seeks to exercise the Option and is opposed by other creditors of CIM Bayview, who stand to recover nothing if Bryton acquires the Property under the Option. A sale under the Option is also opposed by Grant Thornton Limited, CIM Bayview’s trustee in bankruptcy.

[3] In earlier proceedings, while CIM Bayview was seeking to make a bankruptcy proposal, the application judge dismissed certain challenges to the Option, refused an order vesting the Option from title to the Property, and declared that Bryton was entitled to exercise the Option.

[4] Bryton subsequently brought an application in CIM Bayview's bankruptcy proceedings for an order: (1) directing and approving the sale of the Property by its private receiver; (2) vesting title to the Property free and clear of all encumbrances; (3) declaring that any proceedings related to the validity of the Option were *res judicata*; (4) in the alternative, declaring that the Option could not be challenged in proceedings under the *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1990, c. F.29 (the "FCA"), the *Assignments and Preferences Act*, R.S.O. 1990, c. A.33 (the "APA"), s. 241 of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44 (the "CBCA oppression remedy"), and ss. 95 and 96 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "BIA"), together with an order dismissing those claims.

[5] The application judge dismissed Bryton's application on the basis that the requested vesting order and declaration could not extinguish other claims or insulate the Option from challenge, and that such claims were not barred by his earlier orders. Bryton appeals the application judge's order.

[6] Bryton contends that the application judge erred in dismissing its application: first, by rejecting its arguments that any proceedings to challenge the Option were *res judicata*; and second, by refusing to determine the challenges to the Option in the context of Bryton's application for a declaration. Bryton does not appeal the application judge's refusal to grant a vesting order in its favour.

[7] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. Briefly, I am not persuaded that the application judge erred in concluding that the validity of the Option was not *res judicata*. Nor is there any basis to interfere with the application judge's exercise of discretion not to grant a declaration foreclosing and dismissing challenges to the Option under the *FCA*, the *APA*, the *CBCA* oppression remedy, and ss. 95 and 96 of the *BIA*.

## **FACTS**

[8] To understand the issues in this appeal, it is helpful to set out a chronology of what has transpired in the CIM Group insolvency proceedings, particularly in relation to the Option.

### ***The Parties and the Option Agreement***

[9] The registered owner of the Property is CIM Bayview. DUCA Financial Services Credit Union Ltd. ("DUCA") is first mortgagee, Bryton holds a second mortgage, and there is a third mortgage in favour of GR (CAN) Investment Co. Ltd. and Monest Financial Inc. (the "Third Mortgagees").

[10] In May 2019, Bryton and the CIM Group entered into a loan agreement for the principal amount of \$20 million for a 12-month term, secured by a second mortgage on the Property. Completion of the mortgage transaction was subject to the execution of an agreement of purchase and sale ("APS") for the western parcel of the Property and the execution of an Option Agreement. The Option Agreement

granted Bryton an irrevocable option to purchase the entire property for \$40,720,000 in the event the CIM Group defaulted on the APS and failed to transfer title to the western parcel by July 30, 2020.

[11] On June 10, 2020, DUCA demanded payment of its mortgage and issued a notice of intention (“NOI”) to enforce its security. DUCA later issued a notice of sale under its mortgage.

[12] On July 1, 2020, Bryton’s mortgage was amended to increase the principal amount to \$22.3 million and to extend the maturity date to November 1, 2020. The amendment included a fee of \$1 million plus HST for terminating the APS and amending the Option Agreement (the “Break Fee”). The Option Agreement was amended so that, if the mortgage was not repaid by October 31, 2020, Bryton would have the right to exercise the Option between November 1 and December 31, 2020. The purchase price to exercise the Option was increased to \$41,720,000.

### ***The Proceedings***

[13] Action No. CV-20-647366-000 (the “Hui Action”) was commenced against the CIM Group and affiliated parties in September 2020 by Tracy Hui and Jojo Hui, representing the interests of “The Enforcement Committee of the Debentureholders”. The Debentureholders hold secured redeemable debentures under which they advanced funds to develop the Property. In their Notice of Action,

the Debentureholders claimed damages for breach of a debenture agreement by the CIM Group and affiliates in failing to pay interest payments and fraudulently or negligently misrepresenting the nature of the debentures. They obtained leave to file a certificate of pending litigation against the Property and a *Mareva* injunction, which, among other things, prohibited the sale or disposition of the Property. The matter was transferred to the Commercial List, and continued as Action No. CV-20-00648875-CL.

[14] On October 29, 2020, CIM Bayview filed an NOI to make a proposal under the *BIA*. On November 5, 2020, Bryton delivered to CIM Group an NOI to enforce its security.

[15] On November 23, 2020, CIM Bayview delivered a notice of motion in Court File No. 31-2684629 (the “NOI proposal proceedings”), seeking an order to approve a sale process for the Property and other relief, including the approval of the first report of Grant Thornton in its capacity as proposal trustee (the “NOI Trustee”), and an order to extend the time for filing a proposal to January 12, 2021.

[16] On November 24, 2020, Bryton delivered a notice of motion in the NOI proposal proceedings seeking an order, among other things, declaring that its Option was not to be disclaimed or resiliated by the NOI Trustee, and various orders that would permit it to exercise the Option and complete the purchase of the Property (the “Bryton Option Motion”).

[17] On November 27, 2020, Cavanagh J. (who had charge of the CIM Group insolvency proceedings on the Commercial List) issued an order in the Hui Action and the NOI proposal Proceedings that: scheduled Bryton's Option Motion for a full day hearing on December 21, 2020; extended the time for the exercise of the Option to January 19, 2021 and the closing date to February 19, 2021; approved debtor-in-possession ("DIP") financing secured by a first-ranked charge on CIM Bayview's assets; and, extended to December 22, 2020 the time for CIM Bayview to make a proposal to its creditors. Cavanagh J. identified in his endorsement what he regarded as a threshold question, whether Bryton had a legally valid option to purchase the Property. He refused to approve the sale process proposed by the NOI Trustee in part because the Bryton Option Motion was pending.

[18] On December 3, 2020, Cavanagh J. made a further order (the "Scheduling Order") that, among other things, directed that any motions regarding the validity of the Bryton Option and the lifting of the stay in CIM Bayview's insolvency proceedings to allow for the enforcement of the Option were to be heard at the Bryton Option Motion hearing. He also scheduled CIM Bayview's motion to extend the time to file a proposal for December 21, 2020. In the order, he included a detailed timetable for the delivery of materials and cross-examinations.

[19] On December 7, 2020, CIM Bayview issued a notice to disclaim the Option with the approval of the NOI Trustee, pursuant to s. 65.11 of the *BIA*. On December

11, 2020, Bryton delivered a notice to the CIM Group indicating its election to exercise the Option.

[20] On December 17, 2020, the NOI Trustee provided its third report which, among other things, offered an assessment of whether certain transactions between CIM Bayview and Bryton constituted a transfer at undervalue or a preference under ss. 95 and 96 of the *BIA*. The NOI Trustee concluded that the Break Fee constituted a preference: it occurred during the look-back period, while the company was insolvent, and had the effect of preferring Bryton over other creditors, which was presumed to be a preference in the absence of evidence to the contrary. The NOI Trustee also concluded that the Option constituted a transfer at undervalue: it was agreed to while the company was insolvent; it was purchased below fair market value; and, there was evidence to suggest the company intended to defeat or delay its creditors.

[21] Two motions regarding the validity of the Option were heard on December 21, 2020 in the NOI proposal proceedings. CIM Bayview moved for an order: (i) declaring that its notice to disclaim the Option was valid; (ii) declaring that the Option be vested out in furtherance of a sales process in the NOI insolvency proceeding; and (iii) declaring the Option violated various federal laws. The Bryton Option Motion was also heard, where Bryton requested: (i) an order that the Option not be disclaimed or resiliated; (ii) a declaration that Bryton not be restrained from exercising the Option; and (iii) an order directing CIM Group to comply with the



terms of the Option Agreement. Although the NOI Trustee did not bring a motion, it requested an order that: (i) declared the Option Agreement void as a transfer at undervalue; and (ii) declared the Break Fee void as a preference.

[22] On January 12, 2021, Cavanagh J. released his endorsement: see *In the Matter of the Notice of Intention to make a Proposal of CIM Bayview Creek Inc.*, 2021 ONSC 220, 86 C.B.R. (6th) 273. He concluded that: (a) CIM Bayview's disclaimer of the Option was not valid and effective; (b) it would not be appropriate to vest out Bryton's interest in the Property; (c) the Option Agreement did not include a criminal rate of interest or violate s. 8(1) of the *Interest Act*, R.S.C. 1985, c. I-15; (d) the NOI Trustee lacked statutory authority to seek orders under ss. 95 and 96 of the *BIA*, and therefore it was unnecessary to address the substantive merits of the submissions; and (e) Bryton's notice to exercise the Option on December 11 was subject to a stay of proceedings, but it was equitable to lift the stay against Bryton.

[23] Bryton exercised the Option on January 14, 2021 and requested that the CIM Group complete the APS. CIM Bayview subsequently declined to close, citing its appeal from the January 2021 decision. That appeal was ultimately dismissed for delay.

[24] On February 8, 2021, CIM Bayview, not having filed a *BIA* proposal, was deemed to have made an assignment in bankruptcy. Grant Thornton became bankruptcy trustee.

[25] On April 20, 2021, counsel for the Third Mortgagees wrote to Grant Thornton asking that it take proceedings against Bryton to challenge the transactions referenced in the NOI Trustee's third report, failing which they would obtain an order under s. 38 of the *BIA* permitting them to take such proceedings in their own names and at their own expense and risk.

[26] On May 4, 2021, Bayview Creek (CIM) LP and 10502715 Canada Inc. made assignments in bankruptcy. MNP Limited was named the bankruptcy trustee.

[27] On May 11, 2021, Bryton commenced the application that led to the order now under appeal (CV-21-00662099-00CL). The notice of application indicated that Bryton was requesting an order directing and approving the sale of the Property to it by its privately-appointed receiver and an order vesting title to the Property free and clear of all encumbrances. Grant Thornton advised the following day that it would not be seeking relief under ss. 95 and 96 of the *BIA* because it lacked funding, and that such relief would be pursued by creditors who required an order under s. 38 of the *BIA*.

[28] On June 1, 2021, Bryton took possession of the Property through its privately-appointed receiver.

[29] On June 2, 2021, one of the Third Mortgagees, on its own behalf and on behalf of other creditors of the CIM Group, commenced application proceedings (CV-21-00663238-0000) against Bryton, seeking to invalidate the Option under the *CBCA* oppression remedy, the *APA* and/or the *FCA* (the “Creditor Claims”). The notice stated that the application was “commenced to preserve the interests of the [a]pplicant and the other creditors of the [d]ebtors as a result of the pending expiry of the limitation period”.

[30] The Debentureholders brought a s. 38 motion seeking to have the rights of Grant Thornton as bankruptcy trustee assigned to them to pursue, at their own expense and risk, claims against Bryton under ss. 95 and 96 of the *BIA*. At the oral hearing of this appeal, the Third Mortgagees indicated they had also brought a s. 38 motion to pursue *BIA* claims, which was “on hold” pending the determination of Bryton’s application and the within appeal.

[31] On June 22, 2021, Bryton delivered an amended notice of application seeking the following additional grounds of relief: (i) an order declaring any proceedings commenced after December 21, 2020 relating to the validity of the Option barred by the principles of *res judicata* and abuse of process; (ii) in the alternative, an order declaring that no relief be granted to set aside the Option pursuant to the *FCA*, the *ACA*, or the *CBCA* oppression remedy; and (iii) an order declaring that any claims under ss. 95 and 96 of the *BIA* relating to the Option

would have no effect on the validity or enforceability of the Option, together with an order dismissing those claims.

## **THE DECISION UNDER APPEAL**

[32] Bryton's application was opposed by the Third Mortgagees and the Debentureholders. The application judge dismissed Bryton's application. There were three issues raised by Bryton: first, whether Bryton was entitled to a vesting order so that it could receive title to the Property under the Option free and clear of all creditors' claims; second, whether Bryton was entitled to a declaratory order that proceedings relating to the validity of the Option were barred; and third, whether the creditors' application to challenge the Option was barred by the principle of *res judicata*.

[33] The application judge rejected Bryton's request for a vesting order. He reasoned that the Option is a private contract that does not provide for other claims to be extinguished upon its exercise, and that the rights of Bryton's private receiver did not extend beyond Bryton's contractual rights or include the ability to convey the Property "free and clear" of third-party interests. He also concluded that it would not be equitable at this stage of the bankruptcy proceedings to vest out the claims of the Debentureholders and Third Mortgagees, who had not been given a fair opportunity to pursue their claims under the *FCA*, the *APA*, and the *CBCA* oppression remedy. Further, he noted that extinguishing the *BIA* claims without

adjudication would conflict with his January 2021 order and the principles respecting vesting orders set out in the case law.

[34] The application judge rejected Bryton's request for declaratory relief for similar reasons. The Third Mortgagees and the Debentureholders had not yet commenced proceedings under ss. 95 and 96 of the *BIA*. There were no pleadings or evidence before the court with respect to the merits of such claims. The application judge observed that the jurisdiction conferred on the court by s. 97 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43 (the "CJA"), to make binding declarations of right is not a free-standing provision that allows a judge to do whatever seems fair; rather, it allows the court to confirm legal rights that already exist. He concluded that Bryton's attempt to pre-emptively bar creditors' claims that had not yet been made was misconceived.

[35] The application judge also rejected Bryton's argument that claims challenging the validity of the Option were barred by cause of action or issue estoppel. With respect to cause of action estoppel, the application judge concluded that the December 2020 Scheduling Order did not bar subsequent claims from being brought. Additionally, at that time, the debtors were not bankrupt and so the creditors could not have acquired the causes of action that became vested in the bankruptcy trustee. With respect to issue estoppel, the application judge held that it would not be proper to decide whether subsequent claims were precluded by findings in his January 2021 endorsement until such claims were actually made.

[36] The application judge granted an application by DUCA (in Court File CV-21-00665128-00CL) that was heard together with Bryton's application, and opposed by Bryton, for a court-appointed receiver over the properties, assets and undertakings of the CIM Group, including the Property. This order is not appealed.

## **ISSUES ON APPEAL**

[37] Bryton raises the following issues on appeal:

1. Did the application judge err in his approach to the principle of *res judicata*?
2. Did the application judge err by refusing to grant the declaration sought by Bryton?

## **ANALYSIS**

**Issue One: Did the application judge err in his approach to the principle of *res judicata*?**

### **1. Positions of the Parties**

[38] Bryton asserts that the application judge erred when he refused to find that challenges to the Option through the Creditor Claims and under ss. 95 and 96 of the *BIA* were *res judicata* – that they were precluded by both cause of action and issue estoppel. Bryton contends that there was no basis to refuse the relief, where the elements of both doctrines were met. The same parties were before the court at the December 21, 2020 hearing that resulted in the January 2021 decision where the application judge held the Option was valid. The parties were required

by the Scheduling Order to bring forward for determination at the December 2020 hearing any challenges to the validity of the Option. The parties' failure to do so precludes them from bringing such challenges in subsequent proceedings.

[39] Bryton also contends that the application judge erred in failing to find that issue estoppel applies to preclude the Creditor Claims and the ss. 95 and 96 *BIA* claims. Bryton relies on the application judge's determination in his January 2021 decision that Bryton did "not act unfairly, oppressively, or unconscionably in negotiating the Option", as a finding that bars any further challenge to the Option.

[40] The respondents contend that there was no error in the application judge's dismissal of Bryton's arguments respecting cause of action and issue estoppel. First, the preconditions for the doctrine were not met. The claims and issues before the application judge in the earlier proceeding were not the same as those raised by the Creditor Claims. In addition, the claims under ss. 95 and 96 of the *BIA* could only be pursued after CIM Bayview's bankruptcy, as Bryton itself had expressly argued at the earlier hearing. Second, the application judge's January 2021 decision did not substantively determine the merits of the Creditor Claims or the ss. 95 and 96 *BIA* claims, and expressly left these claims to be pursued. Finally, the application judge's finding that Bryton did not act unfairly, oppressively, or unconscionably was made in the context of an *Interest Act* argument; he did not determine whether the Option was a *bona fide* transaction for all purposes.

## 2. The Relevant Legal Principles

[41] The doctrine of *res judicata* is based on the principle that “[a]n issue, once decided, should not generally be re-litigated to the benefit of the losing party and the harassment of the winner”, and that “[d]uplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided”: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 18.

[42] *Res judicata* has two main branches: cause of action estoppel and issue estoppel. Cause of action estoppel prohibits a litigant from bringing an action against another party when that same cause of action has been determined in earlier proceedings by a court of competent jurisdiction, and also prevents a party from re-litigating a claim that could have been raised in an earlier proceeding: *Dosen v. Meloche Monnex Financial Services Inc. (Security National Insurance Company)*, 2021 ONCA 141, 457 D.L.R. (4th) 530, at para. 31. For cause of action estoppel to operate “it is not enough that the cause of action could have been argued in the prior proceeding. It is also necessary that the cause of action properly belonged to the subject of the prior action and should have been brought forward in that action”: *Catalyst Capital Group Inc. v. VimpelCom Ltd.*, 2019 ONCA 354, 145 O.R. (3d) 759, at para. 50, leave to appeal refused, [2019] S.C.C.A. No. 284.



[43] Issue estoppel is narrower than cause of action estoppel as “[i]t applies to prohibit the re-litigation of an issue that has already been decided in an earlier proceeding, even where the cause of action is different in the two proceedings”: *Dosen*, at para. 32. For issue estoppel to operate, there are three conditions: (1) the same issue has been decided in an earlier proceeding; (2) the prior judicial decision was final; and (3) the parties to the earlier and subsequent proceedings are the same: *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2022 ONCA 115, 160 O.R. (3d) 173, at para. 79. Even where the three requirements for issue estoppel are met, the courts retain a residual discretion to refuse to apply the doctrine: *Fresco*, at para. 81.

[44] An appellate court owes deference to a judge’s application of the tests for cause of action and issue estoppel. Intervention is only warranted if the judge “misdirected himself, came to a decision that is so clearly wrong as to be an injustice, or gave no or insufficient weight to relevant considerations”: *Catalyst Capital*, at para. 24.

### **3. Discussion**

#### **(1) Cause of Action Estoppel**

[45] On appeal, Bryton repeats the same arguments about cause of action estoppel that it advanced at first instance. In its view, the application judge determined that the Option was valid in his January 2021 decision. In addition,

pursuant to the Scheduling Order, the respondents were required to make any claims challenging the Option at the December 21, 2020 hearing.

[46] In rejecting Bryton's argument, the application judge noted that, at the time of the December 21, 2020 hearing, the Creditor Claims that the Third Mortgagees and other supporting creditors sought to acquire through a s. 38 motion could not have been asserted until the debtors were bankrupt. As for the ss. 95 and 96 *BIA* claims, the application judge referred to his January 2021 decision, in which he stated that there was no statutory authority to pursue such claims until CIM Bayview was deemed to have made an assignment in bankruptcy. Similarly, the Third Mortgagees' direct claims related to the claims to be obtained by way of a s. 38 motion, and such claims were to be properly brought by way of an application or action. The Scheduling Order had only required "all motions" relating to the validity of the Option to be heard at the hearing. He therefore concluded, at para. 69, that "it was [not] incumbent on the Third Mortgagees to seek relief by way of a motion in December 2020".

[47] As for Bryton's argument that the Creditor Claims should have been before the court in compliance with the Scheduling Order, the application judge referred to the fact that, at the hearing of Bryton's Option Motion on December 21, 2020, the NOI Trustee had attempted to bring forward a challenge under ss. 95 and 96 of the *BIA*, and he had given effect to Bryton's arguments. In his January 2021 decision, he concluded that, given that no proposal had been filed, the NOI Trustee

did not have statutory authority to commence ss. 95 and 96 *BIA* claims and had, in any event, only asked for relief in its factum “at a time when [Bryton] was not able to effectively respond”: at para. 104. Indeed, because of his conclusion that the NOI Trustee lacked authority to bring the challenges at the time, and that no motion or application was properly brought, it was “neither necessary nor appropriate for [him] to address the NOI Trustee’s substantive submissions”: at paras. 105-106.

[48] I see no error in the application judge’s approach to cause of action estoppel and to his conclusions.

[49] First, there can be no question that the application judge’s January 2021 decision made no determination of the merits of any ss. 95 and 96 *BIA* claims. The application judge accepted Bryton’s argument in his January 2021 decision that the NOI Trustee lacked the statutory authority to bring such claims. He also expressly refused to make any substantive determination regarding the claims. Moreover, his January 2021 order explicitly preserved these causes of action, stating that ss. 95 and 96 *BIA* claims “may not be pursued until [CIM Bayview] makes a proposal or becomes bankrupt and, accordingly, this order does not preclude the bankruptcy trustee or any other person from pursuing relief under s. 95 or 96 of the *BIA*”.

[50] Second, Bryton's arguments about the application of cause of action estoppel to the Creditor Claims that the Third Mortgagees seek to bring on behalf of other creditors fail for a similar reason. The application judge noted that the creditors could not have acquired the right to bring these causes of action via a s. 38 motion until the debtors were bankrupt. Given that the December 21, 2020 hearing preceded the CIM Group's bankruptcies, these claims would have been premature in the prior proceeding.

[51] Third, with respect to the Third Mortgagees' direct claims, the application judge was entitled to reject the meaning that Bryton attributed to his Scheduling Order. The application judge noted that the direct claims were related to the claims requiring a s. 38 motion and would be properly brought by way of an application or an action. The Scheduling Order specified that "any motions or cross-motions" were to be heard at the December 21, 2020 hearing. The intention was not to require all challenges to the Option to be brought forward at that time. This interpretation was supported by the fact that, as noted above, some claims could only be brought after the debtors were bankrupt. To the extent the application judge was interpreting his own orders, his determinations are entitled to deference: see e.g., *Nortel Networks Corporation (Re)*, 2013 ONCA 518, at para. 4.

[52] In sum, the application judge was entitled to conclude that cause of action estoppel did not apply. The causes of action asserted did not "properly [belong] to

the subject of the prior [proceeding]” and were not causes of action that “should have been brought forward in that [proceeding]”: *Catalyst Capital*, at para. 50.

## **(2) Issue Estoppel**

[53] Bryton’s argument with respect to issue estoppel is that the application judge erred in failing to give effect to specific findings that he made in his January 2021 decision. At para. 82 of that decision, he stated that Bryton did “not act unfairly, oppressively, or unconscionably in negotiating the Option Agreement or the Amended Option Agreement”. These findings, according to Bryton, bar any contrary finding about the Option in subsequent proceedings, including the Creditor Claims and the ss. 95 and 96 *BIA* claims.

[54] Again, the application judge made no error. His findings did not determine that the Option was valid in every context. The application judge made this statement in his response to CIM Bayview’s argument that the Option violated s. 8 of the *Interest Act*. In the same decision, he specifically provided for the ss. 95 and 96 *BIA* claims to be made in the future, and he did not say anything that would suggest that these findings would affect the merits of any future challenge to the Option. The application judge concluded that, until such claims were made, it would not be proper to determine whether issue estoppel applied to preclude the re-litigation of any issues decided in his January 2021 decision. This was an appropriate approach. Whether issue estoppel applies is a contextual

determination. It would be premature to attempt to decide whether and in what respect such findings might have a role to play in proceedings which had only recently been commenced and where the issues had not yet been joined.

**(3) Conclusion on *Res Judicata***

[55] In conclusion, I disagree with Bryton that the application judge's January 2021 order permitting it to exercise the Option "blessed the transaction". While the application judge authorized Bryton to exercise the Option – an order that was required because Bryton's rights were stayed by the NOI proceedings – this simply meant that there was no legal impediment to Bryton proceeding. It did not determine that the Option was insulated from future claims, and it did not have the effect of invalidating or precluding such claims. In fact, the application judge explicitly contemplated future *BIA* claims being brought. The application judge, interpreting his own orders and with regard to the insolvency proceedings that he was supervising, fairly observed that it would have been premature to have brought forward the Creditor Claims and *BIA* claims at the December 21, 2020 hearing, and that this was not required by the Scheduling Order. There was no error in the application judge's approach to the principles of *res judicata*, and there is nothing to suggest that the assertion of these claims in the normal course of the insolvency proceedings, while under the supervision of the Commercial List, would be an abuse of process.

## **Issue Two: Did the application judge err in refusing to grant the declaration sought by Bryton?**

### **1. Positions of the Parties**

[56] Bryton contends that the application judge erred in refusing to grant a declaration in its favour to preclude or to dismiss the Creditor Claims and the ss. 95 and 96 *BIA* claims. Specifically, it asserts that the application judge erred in failing to assess the full test for declaratory relief set out in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 831, which requires: (a) that the question be real and not theoretical; (b) that the person raising it has a real interest in raising it; and (c) that there is an opposing party. Bryton contends that the test is satisfied in this case. There is a real dispute with the other parties about its exercise of the Option, and it has a genuine interest in resolving whether the Option is valid as it would provide finality and allow for the purchase and development of the Property. Bryton submits that the motion judge ultimately relied on an irrelevant consideration: whether there were other proceedings that were underway or could be brought to determine the Creditor Claims and ss. 95 and 96 *BIA* claims.

[57] Bryton also contends that the application judge erred in refusing to grant declaratory relief because the respondents failed to advance any evidence on the merits of such challenges. The application judge was compelled to issue a declaration because there were no substantive grounds to contest – the

responding parties were obliged to “put their best foot forward”, and they failed to file any evidence on the merits of their challenges.

[58] The respondents submit that, in seeking declaratory relief, Bryton was attempting by different means to obtain a vesting order, which was refused by the application judge because it would have been inequitable to vest out third-party claims before the creditors had a fair chance to advance them on their merits, and where the claims were being diligently advanced by the respondents. Bryton has not appealed the refusal of a vesting order. The respondents also argue that a declaration only allows the court to confirm legal rights that already exist. Because the third-party claims have not yet been adjudicated on their merits, Bryton has no “free and clear” rights for the court to recognize through a declaration.

[59] The respondents also submit that, in refusing declaratory relief, the application judge properly considered the relevant factor of whether there was a more appropriate process for determining the Creditor Claims and the ss. 95 and 96 *BIA* challenges. As the judge supervising the CIM Group’s insolvency proceedings, he was best placed to make this assessment, and his discretionary decision is entitled to deference.

## **2. The Relevant Legal Principles**

[60] Bryton’s application was issued under r. 14.05 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 (the “Rules”). As indicated by r. 14.02, the



commencement of proceedings by way of an application is an exception to the general rule that proceedings are commenced as actions. Under r. 14.05(2) a proceeding may be commenced by application to the Superior Court if a statute so authorizes, and r. 14.05(3) authorizes a proceeding by application where authorized by the *Rules* or where the relief claimed falls within r. 14.05(3)(a)-(g.1). Under r. 14.05(3)(h), a proceeding may be brought by application in respect of any matter where it is unlikely that there will be any material facts in dispute requiring a trial.

[61] Rule 14.05 is procedural in nature. It does not create jurisdiction, but assumes it, and provides a means by which to engage that jurisdiction: *Grain Farmers of Ontario v. Ontario (Ministry of the Environment and Climate Change)*, 2016 ONCA 283, 130 O.R. (3d) 675, at paras. 17-18. A court must have jurisdiction independent of r. 14.05 before it can consider the appropriate vehicle for bringing the matter forward, whether by application or action: *J.N. v. Durham Regional Police Service*, 2012 ONCA 428, 294 O.A.C. 56, at para. 16.

[62] A declaratory judgment is “a formal statement by a court pronouncing upon the existence or non-existence of a legal state of affairs”: Harry Woolf & Jeremy Woolf, *Zamir & Woolf: The Declaratory Judgment*, 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 2002), at p. 1. Declaratory relief, being restricted to a declaration of the parties’ rights, “is mainly sought in commercial matters to help parties define their rights” and contains no provision ordering any party to do anything or any form of

sanction: *Harrison v. Antonopoulos* (2002), 62 O.R. (3d) 463 (S.C.), at paras. 27-28.

[63] The Supreme Court recently described the criteria for declaratory relief in *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, at para. 60:

Declaratory relief is granted by the courts on a discretionary basis, and may be appropriate where (a) the court has jurisdiction to hear the issue, (b) the dispute is real and not theoretical, (c) the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and (d) the responding party has an interest in opposing the declaration being sought. [Citations omitted.]

This summary largely re-iterates the relevant criteria for declaratory relief outlined in *Solosky*.

[64] As indicated in *S.A.*, declaratory relief is discretionary. A non-exhaustive list of reasons why a court may deny declaratory relief includes “standing, delay, mootness, the availability of more appropriate procedures, the absence of affected parties, the theoretical or hypothetical nature of the issue, the inadequacy of the arguments presented, or the fact that the declaration sought is of merely academic importance and has no utility”: *Gook Country Estates Ltd. v. Quesnel (City of)*, 2008 BCCA 407, 73 R.P.R. (4th) 241, at para. 10. Delineating whether a specific procedure is amenable to declaratory relief is important, as the burden of proof, determination of urgency, and limitation of actions may differ in favour of the litigant who chooses the declaration over other routes to relief: Lazar Sarna, *The Law of*

*Declaratory Judgments*, 4th ed. (Toronto: Thomson Reuters, 2016), at pp. 52-53.

There is a real risk that, “to permit the issuance of a declaration where another suitable remedy exists is to effectively erode the divisions between recourses and subsume all relevant writs and motions under the umbrella of the declaratory proceeding”: Sarna, at p. 53.

### 3. Discussion

[65] In seeking declaratory relief before the application judge, Bryton made essentially the same arguments that it advances on appeal. Bryton submitted that it met all the requirements for a declaration under *Solosky*, that it had properly brought the application under r. 14.05(3)(e) because the relief claimed was the settling of the priority of interests or charges, and it relied on the court’s jurisdiction under s. 97 of the *CJA* to “make binding declarations of right, whether or not any consequential relief is or could be claimed”. Bryton argued that, in the absence of evidence by the respondents to support their claims, the application for declaratory relief should be granted.

[66] The application judge denied Bryton’s request. He noted that the Third Mortgagees and the Debentureholders had not yet commenced proceedings under ss. 95 or 96 of the *BIA* and that there were no pleadings or evidence before him with respect to the merits of such claims: at para. 59. He stated that the court’s jurisdiction under s. 97 of the *CJA* to make binding declarations of right was not a

“free-standing provision that allows a judge to do whatever seems fair”, rather “[i]t allows the court to confirm legal rights that already exist”: at para. 60. The application judge concluded that it was not open to Bryton to obtain an order barring claims that had not been made from being adjudicated on their merits simply because they sought declaratory relief in their application, and that Bryton’s attempt to pre-emptively bar creditors’ claims was “misconceived”: at para. 61.

[67] I see no merit to this ground of appeal. Bryton’s attempt to obtain declaratory relief dismissing and barring the Creditor Claims and the ss. 95 and 96 *BIA* claims through the vehicle of an application was defective on two bases: (1) it was not a proper use of the application procedure, and (2) it went beyond the proper scope of declaratory relief. Further, and in any event, the application judge did not consider an irrelevant factor and his exercise of discretion in refusing declaratory relief is entitled to deference.

[68] First, Bryton erred in its reliance on r. 14.05(3)(e) to initiate its application for declaratory relief. The rule provides that a proceeding can be brought by application where the relief claimed is “the declaration of an interest in or charge on land, including the nature and extent of the interest or charge ... or the settling of the priority of interests or charges”. In my view, the relief Bryton was seeking went beyond the scope of r. 14.05(3)(e). Bryton was not simply seeking a declaration of its rights; it was seeking a dismissal of the Creditor Claims and ss. 95 and 96 *BIA* claims, whether on their merits or on default of the respondents

bringing forward evidence to support the claims. Bryton could not simply rely on the failure of the respondents to join issue on the substance of the challenges it pre-emptively brought before the court. There had to be a basis for seeking the relief by way of application, and, in this case, there was none.

[69] Second, Bryton's requested declaration went beyond the normal scope of declaratory relief. It is obvious from the scope of relief sought by Bryton that it was seeking relief that extended far beyond a declaration of its rights: it sought to dismiss proceedings that were already underway and to bar any further proceedings to challenge the Option. In essence, it sought to use its application as a vehicle to require the respondents' claims to be brought forward for determination. As noted in *Woolf & Woolf*, at p. 196: "The usual justification for granting negative declarations, namely, the removal of uncertainty from legal relations, cannot apply to a case where the other party has already instituted proceedings for the determination of the matter in dispute, or to a case where such proceedings are imminent".

[70] Finally, and contrary to Bryton's submissions, the application judge did not consider an irrelevant factor when he referred to the existence of other proceedings to challenge the Option. The preconditions for granting declaratory relief set out in *Solosky* are necessary, but not sufficient. As previously indicated, declaratory relief is discretionary and can be refused based on a variety of considerations, including whether other available recourse is appropriate.

Declaratory relief should not be entertained if it results in “an abuse of process, an unwarranted side-stepping of delays and costs attached to other recourses, or a procedural or evidentiary prejudice against the other parties to the action”: Sarna, at p. 52.

[71] Bryton points to *T1T2 Limited Partnership v. Canada* (1995), 23 O.R. (3d) 81 (Gen. Div.), aff’d (1995), 24 O.R. (3d) 546 (C.A.), as authority that it may not always be appropriate to consider if there is an “alternative, more appropriate process or remedy” available. In that case, a judge granted declaratory relief to determine a liability issue and to expedite the determination of the case.

[72] Bryton’s reliance on *T1T2* is misplaced. First, significant factual and procedural differences exist between this case and *T1T2*. *T1T2* involved an action for breach of contract, where the plaintiffs sought declaratory relief and a reference to arbitration to determine damages. The plaintiffs brought a motion for summary judgment for a declaration that the defendant was in breach of contract. The motion judge accepted that, where the defendant had put forward no evidence in response, there was no genuine issue for trial with respect to this claim. In granting the declaration, the motion judge rejected the defendant’s argument that such relief should be denied because a “more appropriate” process or remedy was available – the commencement of a common law action for breach of contract and damages. Counsel had agreed that a reference to arbitration was not appropriate.

Accordingly, the court declared that the defendant was in breach, with an order that the issue of damages proceed to trial.

[73] In the present case, as the application judge observed, there was already a proceeding underway that had been commenced by a Third Mortgagee on behalf of CIM Bayview's creditors to challenge the Option under the *FCA*, the *ACA*, and the *CBCA* oppression remedy. And, motions under s. 38 of the *BIA* to obtain an assignment of the trustee's rights to assert claims under ss. 95 and 96 had been initiated. The application judge properly concluded that it was not appropriate for Bryton to bring these matters forward for determination on their merits prematurely and by way of an application for declaratory relief. Indeed, Bryton itself had successfully challenged the timing and propriety of the NOI Trustee's attempt to bring challenges to the Option under ss. 95 and 96 of the *BIA* before the court in December 2020, when the Bryton Option Motion was heard.

[74] Additionally, *T1T2* did not hold that the availability of an alternative, more appropriate process or remedy was an irrelevant factor when considering whether to grant declaratory relief. The motion judge simply concluded that, in the circumstances of that case, the plaintiff's summary judgment motion and a declaration that the defendant was in breach of contract were the appropriate process and remedy.

[75] I accept that Bryton had an interest in expediting the determination of the Creditor Claims and the ss. 95 and 96 *BIA* challenges. As its counsel forcefully asserted at the hearing of the appeal, any delay in its ability to exercise the Option would only increase Bryton's costs in relation to the exercise of the Option. This concern, however, was not sufficient to justify Bryton's use of the application procedure to bar or dismiss the creditors' claims. There were other methods available to Bryton to expedite the adjudication of the creditors' claims, such as by seeking a further scheduling order or directions from the application judge who had charge of the CIM Group insolvency proceedings, to set a timetable for the delivery of materials and the determination of the issues, or otherwise to keep the proceedings on track.

[76] As a final comment, I note that the decision under appeal was made by a judge who was seized with particular insolvency proceedings. His decision not to exercise his discretion to permit the matter to be determined in the context of Bryton's standalone application proceeding was informed by his knowledge and understanding of the parties' positions, their objectives, and the history of the matter. Moreover, it was appropriate for the application judge to consider whether it would be fair to determine the issues in the context of Bryton's declaratory relief application.



## DISPOSITION

[77] For these reasons, I would dismiss the appeal. I would award costs to the respondents in the agreed amount of \$55,000, inclusive of HST and disbursements, which the respondents have undertaken to allocate between themselves.

Released: May 19, 2023 “KMvR”

“K. van Rensburg J.A.”

“I agree. Sossin J.A.”

“I agree. J. Copeland J.A.”

# **TAB 3**

**IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA**

Citation: *In the Matter of the Proposal of  
Cantrail Coach Lines Ltd.*  
2005 BCSC 351

Date: 20050301  
Docket: B050363  
Registry: Vancouver

**IN THE MATTER OF THE PROPOSAL OF CANTRAIL  
COACH LINES LTD.**

Before: Master Groves

**Oral Reasons for Judgment**  
In Chambers  
March 1, 2005

|                              |           |
|------------------------------|-----------|
| Counsel for Petitioner       | H. Ferris |
| Counsel for Creditor (Volvo) | R. Finlay |
| Place of Trial/Hearing:      | Vancouver |

[1] **THE COURT:** This is my decision on the matter of the proposal of Cantrail Coach Lines Ltd. who I will refer to as Cantrail.

[2] Cantrail applies to the Court pursuant to s. 50.4(9) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* for extension of time for filing a proposal.

[3] VFS Canada Inc., who I will refer to as Volvo, a secured creditor of Cantrail, opposes the application and cross-

applies for a termination of the proposal period and for an order to substitute the current trustee for a trustee of their choosing, though the substance of the substitution of the trustee application was not argued before me.

[4] The facts are that Cantrail is a tour bus operation, a family-owned business, operating in the Lower Mainland of British Columbia, on Vancouver Island and into Washington State. They are a company of some 25 years standing. They have 26 employees and they have 22 buses in their operations and two headquarters, one in Delta, British Columbia and one in Port Alberni.

[5] Over one half of their buses, 13 in total, are secured by the secured creditor Volvo. Cantrail appears to have been facing some financial difficulties recently which a number of companies in the travel industry are facing. It is certainly true in this part of the world that there has been a general decline in the travel industry related to what are now historical factors such as September 11<sup>th</sup> and SARS. More recently, and more significantly, the decline in the US dollar has made the travel industry generally and the travel industry specifically for Cantrail difficult. It appears to have caused a significant challenge for Cantrail to continue to operate profitably.

[6] Cantrail was apparently able to meet its obligations up until the 16<sup>th</sup> of January 2005. On that date it missed a payment to its secured creditor Volvo. Demand was made by Volvo on the 20<sup>th</sup> of January 2005 and perhaps in response to that, but in any event, on the 1<sup>st</sup> of February, 2005 Cantrail issued a Notice of Intention to make a Proposal. There are, I am advised, 81 creditors of Cantrail who have been notified of this application and only Volvo objects.

[7] I am satisfied that under the proposal thus far, and this is not contested in the affidavit, Cantrail has been able to meet its obligations to its employees as well as the obligations to statutory authorities. The suggestion in the materials is that Cantrail has been operating within the initial budget set by the trustee under the proposal.

[8] As indicated, Cantrail is applying purport to s. 50.4(9) of the ***Bankruptcy and Insolvency Act***. That reads and I will take out some of the language that is not necessary:

The insolvent person may, before the expiration of a 30-day period mentioned in subsection (8), apply to the Court for an extension of that period and the Court may grant such extensions not exceeding 45 days for any individual extension and not exceeding in the aggregate five months after the expiration of the 30-day period mentioned in subsection (8), if satisfied on each application that:

(a) the insolvent person has acted and is acting in good faith and with due diligence;

(b) the insolvent person would likely be able to make a viable proposal if the extension being applied for were granted; and

(c) no creditor would be materially prejudiced if the extension being applied for were granted.

[9] Volvo applies under s. 50.4(11), the section relating to termination of proposals. That section reads, and again I am taking out some unnecessary language:

The Court may, on application by a creditor, declare terminated before it actually expires the 30-day period mentioned subsection (8) or any extension thereof granted under subsection (9) if the Court is satisfied that:

(a) the insolvent person has not acted or is not acting in good faith and with due diligence,

(b) the insolvent person will not likely be able to make a viable proposal before the expiry of the period in question,

(c) the insolvent person will not likely be able to make a proposal before the expiry of the period in question that will be accepted by the creditors, or

(d) the creditors as a whole would be materially prejudiced were the application under this subsection rejected.

Essentially, s. 50.4(11) is the mirror of s.50.4(9).

[10] The test that Cantrail has to meet is essentially threefold. The first consideration is, are they acting in

good faith? I would say on this point it was not argued nor does it appear to be disputed that they are. Secondly, would they likely make a viable proposal if the extension were granted. Thirdly, they must show no creditor would be materially prejudiced by the extension.

[11] I am satisfied on reading the case law provided by counsel that in considering this type of application an objective standard must be applied. In other words, what would a reasonable person or creditor do in the circumstances. The case of ***Re: N.T.W. Management Group Ltd.*** [1993] O.J. No. 621, a decision of the Ontario Court of Justice, is authority for the proposition that the intent of the ***Act*** and these specific sections is rehabilitation, and that matters considered under these sections are to be judged on a rehabilitation basis rather than on a liquidation basis.

[12] I am also satisfied that it would be important in considering the various applications before me to take a broad approach and look at a number of interested and potentially affected parties, including employees, unsecured creditors, as well as the secured creditor that is present before the Court.

[13] Considering those factors and considering the remaining two steps of the test under s. 50.4(9), the second aspect of the test is would Cantrail likely be able to make a viable

proposal. On this point Volvo says that it has lost faith in Cantrail and intends to vote against the proposal, any proposal, that would be generated.

[14] If that was simply the test to be applied then one wonders why Parliament would have gone to the trouble, and creativity perhaps, of setting out proposals as an option in the ***Bankruptcy and Insolvency Act***. Secured creditors or major creditors not uncommonly, in light of general security agreements and other type of security available, are in a position to claim to be over 50 percent of the indebtedness. Thus they will be the determining creditor or, I should say, are likely to be the determining creditor in any vote on any proposal.

[15] If a creditor with over 50 percent of the indebtedness could take the position that it would vote no, prior to seeing any proposal, and thus terminate all efforts under the proposal provisions, one wonders why Parliament would not simply set up the legislation that way. One wonders what the point would be of the proposal sections in the ***Bankruptcy and Insolvency Act*** if that were the case.

[16] If the test to be applied was simply one of majority rules then in my view Parliament would not have set the test as it did in s. 50.4(9). They would simply set a test that if



50 percent of the creditors object at any point the proposal would be over. That is not the test that has been set.

[17] Here, as indicated, there are 81 creditors. There is no proposal as of yet. The trustee has set out in a lengthy affidavit and letter attached to it the possibility of a buy-out of this operation, or a merger, and even the possibility of a refinancing. There is a possibility, though as of yet uncertain, that Volvo could be paid out in full. It is in my view somewhat disingenuous for the secured creditor to say that they would vote no to any proposal under any circumstances when on the facts here there is no evidence of bad faith and there is no determination at this stage as to what the proposal will actually be. It may be a proposal which gets them out of the picture completely by some form of payout -- a proposal which if they voted against they would probably be viewed as irrational businesspeople.

[18] In my view, the current attitude of the secured creditor is not determinative of this issue especially in light of the fact that the proposal has not yet been formulated.

[19] I note the words in the legislation are "a viable proposal". According to the *Concise Oxford Dictionary* viable means feasible. Viable also means practicable from an economic standpoint.

[20] I am impressed thus far with the efforts of Cantrail and with the efforts of the trustee, Patty Wood, in trying to get this matter resolved. I am satisfied that the insolvent company, in my view, would likely be able to make a viable proposal, a proposal that is at least feasible, a proposal that would be practicable from an economic standpoint, if the extension being applied for were granted.

[21] Under the third aspect of the test, I must be satisfied that no creditor would be materially prejudiced if extension being applied for were granted. That aspect of the test uses the term "materially prejudiced." There is a difference, in my view, between being prejudiced and being materially prejudiced. Again, consulting the *Concise Oxford Dictionary* materially means substantially or considerably. The creditor here must be substantially or considerably prejudiced if the extension being applied for is granted.

[22] There is no doubt that Volvo has been prejudiced by the circumstances which have befallen Cantrail and befallen Volvo as a secured creditor. The **Act** in and of itself, and the possibility of a proposal, does create simple prejudice by staying the obligations of a person attempting to make a proposal during the period of time in which the proposal is being formulated. There is no evidence before me of anything

other than normal or perhaps average prejudice to Volvo. There is no evidence of substantial prejudice or considerable prejudice. There is no evidence that in not being allowed to realize their security at this time that there is, for example reduced security or, for example, that there are buyers out there for these assets they wish to seize under their security who will not be around once the proposal has had its opportunity to succeed or fail, once it has been completely formulated and presented to creditors. There is no worse case scenario for Volvo if the proposal is allowed to run a reasonable course. In my view, there is no evidence on which Volvo can rely to show that it has been materially prejudiced.

[23] That being said, I am satisfied that Cantrail has met the test of applying for an extension of time for filing a proposal and I am granting the extension for a further 45 days from the 3<sup>rd</sup> of March 2004.

[24] It stands to reason from this analysis that the applications of Volvo are dismissed.

"Master J. Groves"

# **TAB 4**

**Harry Daniels, Gabriel Daniels,  
Leah Gardner, Terry Joudrey and  
Congress of Aboriginal Peoples** *Appellants/  
Respondents on cross-appeal*

v.

**Her Majesty The Queen  
as represented by the  
Minister of Indian Affairs and  
Northern Development and  
Attorney General of Canada** *Respondents/  
Appellants on cross-appeal*

and

**Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Native Council of Nova Scotia,  
New Brunswick Aboriginal Peoples Council,  
Native Council of Prince Edward Island,  
Metis Settlements General Council,  
Te'mexw Treaty Association,  
Métis Federation of Canada,  
Aseniwuche Winewak Nation of Canada,  
Chiefs of Ontario,  
Gift Lake Métis Settlement,  
Native Alliance of Quebec,  
Assembly of First Nations and  
Métis National Council** *Intervenors*

**INDEXED AS: DANIELS v. CANADA (INDIAN AFFAIRS  
AND NORTHERN DEVELOPMENT)**

**2016 SCC 12**

File No.: 35945.

2015: October 8; 2016: April 14.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Constitutional law — Aboriginal law — Métis — Non-  
status Indians — Whether declaration should be issued*

**Harry Daniels, Gabriel Daniels,  
Leah Gardner, Terry Joudrey et  
Congrès des peuples autochtones** *Appellants/  
Intimés au pourvoi incident*

c.

**Sa Majesté la Reine  
représentée par le ministre des  
Affaires indiennes et du  
Nord canadien et procureur général  
du Canada** *Intimés/Appellants au  
pourvoi incident*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
Native Council of Nova Scotia,  
New Brunswick Aboriginal Peoples Council,  
Native Council of Prince Edward Island,  
Metis Settlements General Council,  
Te'mexw Treaty Association,  
Fédération Métisse du Canada,  
Aseniwuche Winewak Nation of Canada,  
Chiefs of Ontario,  
Gift Lake Métis Settlement,  
Alliance autochtone du Québec,  
Assemblée des Premières Nations et  
Ralliement national des Métis** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : DANIELS c. CANADA (AFFAIRES  
INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)**

**2016 CSC 12**

N° du greffe : 35945.

2015 : 8 octobre; 2016 : 14 avril.

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 constitutionnel — Droit des Autochtones — Mé-  
tis — Indiens non inscrits — Y a-t-il lieu de rendre un*

*that Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24) of Constitution Act, 1867 — Whether declaration would have practical utility — Whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to definitional criteria set out in R. v. Powley, [2003] 2 S.C.R. 207 — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Constitution Act, 1982, s. 35.*

Three declarations are sought in this case: (1) that Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*; (2) that the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and (3) that Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with.

The trial judge’s conclusion was that “Indians” under s. 91(24) is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada. He declined, however, to grant the second and third declarations. The Federal Court of Appeal accepted that “Indians” in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally. It upheld the first declaration, but narrowed its scope to exclude non-status Indians and include only those Métis who satisfied the three criteria from *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207. It also declined to grant the second and third declarations. The appellants sought to restore the first declaration as granted by the trial judge, and asked that the second and third declarations be granted. The Crown cross-appealed, arguing that none of the declarations should be granted. It conceded that non-status Indians are “Indians” under s. 91(24).

*Held:* The first declaration should be granted: Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24). The appeal should therefore be allowed in part. The Federal Court of Appeal’s conclusion that the first declaration should exclude non-status Indians or apply only to those Métis who meet the *Powley* criteria, should be set aside, and the trial judge’s decision restored. The trial judge’s and Federal Court of Appeal’s decision not to grant the second and third declarations should be upheld. The cross-appeal should be dismissed.

*jugement déclaratoire selon lequel les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés à l’art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867? — Un jugement déclaratoire aurait-il une utilité pratique? — Y a-t-il lieu, pour l’application de l’art. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l’arrêt R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

Trois jugements déclaratoires sont demandés en l’espèce, lesquels portent respectivement : (1) que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (2) que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits; (3) que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à la tenue de consultations et de négociations.

Le juge de première instance a estimé que le mot « Indiens » au par. 91(24) est un terme général faisant référence à tous les peuples autochtones canadiens. Il a toutefois refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés. La Cour d’appel fédérale a reconnu que le terme « Indiens » au par. 91(24) visait tous les peuples autochtones en général. Elle a confirmé le premier jugement déclaratoire, mais elle a restreint sa portée afin d’exclure les Indiens non inscrits et d’inclure seulement les Métis qui répondent aux trois critères énoncés dans l’arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207. Elle a également refusé de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés. Devant la Cour, les appelants ont sollicité le rétablissement du premier jugement déclaratoire tel qu’il a été rendu par le juge de première instance, et ont demandé que soient prononcés les deuxième et troisième jugements déclaratoires. La Couronne a interjeté un pourvoi incident, dans lequel elle fait valoir qu’aucun des jugements déclaratoires ne devrait être accordé. Elle a concédé que les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24).

*Arrêt :* Le premier jugement déclaratoire est accordé : les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Le pourvoi est donc accueilli en partie. La conclusion de la Cour d’appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s’appliquer qu’aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l’arrêt *Powley* est annulée, et la décision du juge de première instance est rétablie. La décision du juge de première instance et de la Cour d’appel fédérale de ne pas rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés est confirmée. Le pourvoi incident est rejeté.

A declaration can only be granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a “live controversy” between the parties. The first declaration, whether non-status Indians and Métis are “Indians” under s. 91(24), would have enormous practical utility for these two groups who have found themselves having to rely more on noblesse oblige than on what is obliged by the Constitution. A declaration would guarantee both certainty and accountability. Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences. While finding Métis and non-status Indians to be “Indians” under s. 91(24) does not create a duty to legislate, it has the undeniably salutary benefit of ending a jurisdictional tug-of-war.

There is no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. They are all “Indians” under s. 91(24) by virtue of the fact that they are all Aboriginal peoples. “Indians” has long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis. Before and after Confederation, the government frequently classified Aboriginal peoples with mixed European and Aboriginal heritage as Indians. Historically, the purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation also indicates that since 1867, “Indians” meant all Aboriginal peoples, including Métis.

As well, the federal government has at times assumed that it could legislate over Métis as “Indians”, and included them in other exercises of federal authority over “Indians”, such as sending many Métis to Indian Residential Schools — a historical wrong for which the federal government has since apologized. Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), s. 35 of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court has noted that ss. 35 and 91(24) should be read together. “Indians” in the constitutional context, therefore, has two meanings: a broad meaning, as used in s. 91(24), that includes both Métis and Inuit and can be equated with the term “aboriginal peoples of

Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s’il a une utilité pratique, c’est-à-dire s’il règle un « litige actuel » entre les parties. Le premier jugement déclaratoire demandé, à savoir que les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), aurait une utilité pratique considérable pour ces deux groupes, lesquels ont dû compter davantage sur une forme de « Noblesse oblige » que sur le respect des obligations imposées par la Constitution. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois certitude et responsabilité. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tour à tour nié avoir le pouvoir de légiférer à l’égard des Indiens non inscrits et des Métis. Ces collectivités autochtones se retrouvent donc dans une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui a des conséquences défavorables importantes et évidentes. Bien que le fait de conclure que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) ne crée aucune obligation de légiférer, une telle conclusion a indéniablement l’effet bénéfique de mettre fin au bras de fer sur la question de la compétence législative.

Il n’est pas nécessaire d’identifier les collectivités d’ascendance mixte formées de Métis et celles formées d’Indiens non inscrits. Tous ces groupes sont des « Indiens » visés au par. 91(24), puisqu’ils sont tous des peuples autochtones. Le mot « Indiens » a longtemps été utilisé comme terme générique désignant tous les peuples autochtones, y compris les collectivités d’ascendance mixte comme les Métis. Avant et après la Confédération, le gouvernement a fréquemment qualifié d’Indiens les peuples autochtones ayant des origines mixtes européennes et autochtones. Historiquement, considéré dans la perspective des objectifs plus généraux de la Confédération, l’objet du par. 91(24) indique également que, depuis 1867, le mot « Indiens » s’entend de tous les peuples autochtones, y compris les Métis.

D’ailleurs, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu’il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu’« Indiens », et les a inclus dans l’exercice de sa compétence sur les « Indiens », par exemple en envoyant de nombreux Métis dans des pensionnats indiens, un tort du passé pour lequel il a depuis présenté ses excuses. De plus, bien qu’il ne définisse pas la portée du par. 91(24), l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce que les Indiens, les Inuit et les Métis sont des peuples autochtones pour l’application de la Constitution. La Cour a souligné que l’art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement. Le terme « Indiens » a donc deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au par. 91(24), qui inclut tant les Métis que les Inuit et que l’on peut assimiler à celui

Canada” used in s. 35, and a narrower meaning that distinguishes Indian bands from other Aboriginal peoples. It would be constitutionally anomalous for the Métis to be the only Aboriginal people to be recognized and included in s. 35 yet excluded from the constitutional scope of s. 91(24).

The jurisprudence also supports the conclusion that Métis are “Indians” under s. 91(24). It demonstrates that intermarriage and mixed-ancestry do not preclude groups from inclusion under s. 91(24). The fact that a group is a distinct people with a unique identity and history whose members self-identify as separate from Indians, is not a bar to inclusion within s. 91(24). Determining whether particular individuals or communities are non-status Indians or Métis and therefore “Indians” under s. 91(24), is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future.

As to whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to the three definitional criteria set out in *Powley* in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal, or whether the membership base should be broader, there is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding certain Métis from Parliament’s protective authority on the basis of the third criterion, a “community acceptance” test. The criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights. Section 91(24) serves a very different constitutional purpose.

The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, as well as the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with *all* of Canada’s Aboriginal peoples is Parliament’s goal.

The historical, philosophical, and linguistic contexts establish that “Indians” in s. 91(24) includes *all* Aboriginal peoples, including non-status Indians and Métis. The first declaration should accordingly be granted.

de l’expression « peuples autochtones du Canada » employée à l’art. 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des autres peuples autochtones. Il serait anormal d’un point de vue constitutionnel que les Métis constituent le seul peuple autochtone à être reconnu et inclus à l’art. 35, tout en étant par ailleurs exclu du champ d’application du par. 91(24).

La jurisprudence permet également de conclure que les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Elle montre que les mariages entre Indiens et non-Indiens et l’ascendance mixte n’empêchent pas l’inclusion d’un groupe dans le champ d’application du par. 91(24). Le caractère distinct d’un groupe qui forme un peuple ayant une identité et une histoire uniques et dont les membres s’identifient comme un groupe distinct des Indiens ne fait pas obstacle à l’inclusion dans le champ d’application du par. 91(24). La question de savoir si des personnes données sont des Indiens non inscrits ou des Métis, et donc des « Indiens » visés au par. 91(24), — ou encore si une collectivité en particulier est formée de telles personnes — est une question de fait qui devra être décidée au cas par cas dans le futur.

Relativement à la question de savoir s’il y a lieu, pour l’application du par. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux trois critères définitoires énoncés dans l’arrêt *Powley*, conformément à la décision de la Cour d’appel fédérale, ou s’il faut plutôt élargir les critères d’appartenance, il n’existe aucune raison logique justifiant de priver présomptivement et arbitrairement certains Métis de la protection qu’offre le pouvoir de légiférer du Parlement sur la base du troisième critère, soit celui requérant leur « acceptation par la collectivité ». Les critères de l’arrêt *Powley* ont été établis spécialement pour l’application de l’art. 35, lequel a pour objet de protéger des droits collectifs historiques. Le paragraphe 91(24) vise pour sa part un objectif constitutionnel très différent.

Les modifications constitutionnelles, les excuses pour les torts du passé, la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération, de même que le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* et le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* indiquent tous qu’une réconciliation avec *l’ensemble* des peuples autochtones du Canada est l’objectif du Parlement.

Les contextes historique, philosophique et linguistique établissent que les « Indiens » visés au par. 91(24) englobent *tous* les peuples autochtones, y compris les Indiens non inscrits et les Métis. Il y a donc lieu d’accorder le premier jugement déclaratoire demandé.



Federal jurisdiction over Métis and non-status Indians does not mean that all provincial legislation pertaining to Métis and non-status Indians is inherently *ultra vires*. As this Court has recognized, courts should favour, where possible, the operation of statutes enacted by both levels of government.

### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; **considered:** *Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104; *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; **referred to:** *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257.

### Statutes and Regulations Cited

*Act further to amend “The Indian Act”*, S.C. 1894, c. 32.  
*Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42.  
*Act to amend the Indian Act*, S.C. 1958, c. 19.  
*Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, ss. 35, 37, 37.1.

Le fait que le gouvernement fédéral ait compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires*. Comme l’a reconnu notre Cour, il importe que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application des lois édictées par les deux ordres de gouvernement.

### Jurisprudence

**Distinction d’avec les arrêts :** *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; **arrêts examinés :** *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104; *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur general)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257.

### Lois et règlements cités

*Acte contenant de nouvelles modifications à l’Acte des Sauvages*, S.C. 1894, c. 32.  
*Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, c. 18.  
*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’Etat du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

*Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1.  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 43.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.  
*Indian Act*, 1876, S.C. 1876, c. 18.  
*Manitoba Act*, 1870, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8).  
*Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14.

### Authors Cited

Bell, Catherine. “Who Are The Metis People in Section 35(2)?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351.  
 Borrows, John. *Canada’s Indigenous Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 2010.  
 Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.htm>).  
 Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy. *Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper*. August 1980.  
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.  
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.  
 Canada. Truth and Reconciliation Commission. *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*. Winnipeg: The Commission, 2015.  
 Canada. Truth and Reconciliation Commission. *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 3, *Canada’s Residential Schools: The Métis Experience*. Montréal: McGill-Queen’s University Press, 2015.  
 Chartier, Clem. “‘Indian’: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867” (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37.  
 Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences*. Fredericton: New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35, 37, 37.1.  
*Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8).  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1958, c. 19.  
*Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, c. G.1.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 43.  
*Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14.

### Doctrine et autres documents cités

Bell, Catherine. « Who Are The Metis People in Section 35(2)? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351.  
 Borrows, John. *Canada’s Indigenous Constitution*. Toronto, University of Toronto Press, 2010.  
 Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg, La Commission, 2015.  
 Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 3, *Pensionnats du Canada : L’expérience métisse*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2015.  
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, La Commission, 1996.  
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, La Commission, 1996.  
 Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.htm>).  
 Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy. *Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper*, August 1980.  
 Chartier, Clem. « “Indian” : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 » (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37.  
 Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. *Broken Promises : The Aboriginal Constitutional Conferences*, Fredericton, New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.

Great Britain. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*. London: HMSO, 1858.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

King, Thomas. *The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America*. Toronto: Anchor Canada, 2013.

Lyon, Noel. "Constitutional Issues in Native Law", in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, rev. 1st ed. Ottawa: Carleton University Press, 1989, 408.

Magnet, Joseph Eliot. "Who are the Aboriginal People of Canada?", in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2003, 23.

Stevenson, Mark. "Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis" (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Dawson and Trudel J.J.A.), 2014 FCA 101, [2014] 4 F.C.R. 97, 371 D.L.R. (4th) 725, 457 N.R. 347, [2014] 3 C.N.L.R. 139, 309 C.R.R. (2d) 200, [2014] F.C.J. No. 383 (QL), 2014 CarswellNat 1076 (WL Can.), setting aside in part a decision of Phelan J., 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, 357 D.L.R. (4th) 47, 426 F.T.R. 1, [2013] 2 C.N.L.R. 61, [2013] F.C.J. No. 4 (QL), 2013 CarswellNat 8 (WL Can.). Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed.

*Joseph Eliot Magnet, Andrew K. Lokan and Lindsay Scott*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

*Mark R. Kindrachuk, Q.C., Christopher M. Rupar and Shauna K. Bedingfield*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*P. Mitch McAdam, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Angela Edgington and Neil Dobson*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Grande-Bretagne. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*, London, HMSO, 1858.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

King, Thomas. *L'Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d'Amérique du Nord*, trad. par Daniel Poliquin, Montréal, Éditions du Boréal, 2014.

Lyon, Noel. « Constitutional Issues in Native Law », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, rev. 1st ed., Ottawa, Carleton University Press, 1989, 408.

Magnet, Joseph Eliot. « Who are the Aboriginal People of Canada? », in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2003, 23.

Stevenson, Mark. « Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis » (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Dawson et Trudel), 2014 CAF 101, [2014] 4 R.C.F. 97, 371 D.L.R. (4th) 725, 457 N.R. 347, [2014] 3 C.N.L.R. 139, 309 C.R.R. (2d) 200, [2014] A.C.F. n° 383 (QL), 2014 CarswellNat 1077 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Phelan, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, 357 D.L.R. (4th) 47, 426 F.T.R. 1, [2013] 2 C.N.L.R. 61, [2013] A.C.F. n° 4 (QL), 2013 CarswellNat 9 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté.

*Joseph Eliot Magnet, Andrew K. Lokan et Lindsay Scott*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

*Mark R. Kindrachuk, c.r., Christopher M. Rupar et Shauna K. Bedingfield*, pour les intimés/appellants au pourvoi incident.

*P. Mitch McAdam, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Angela Edgington et Neil Dobson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Written submissions only by *D. Bruce Clarke, Q.C.*, for the interveners the Native Council of Nova Scotia, the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and the Native Council of Prince Edward Island.

*Garry Appelt and Keltie Lambert*, for the intervener the Metis Settlements General Council.

Written submissions only by *Robert J. M. Janes and Elin R. S. Sigurdson*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

*Christopher G. Devlin, John Gailus and Cynthia Westaway*, for the intervener the Métis Federation of Canada.

*Karey M. Brooks and Claire Truesdale*, for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada.

*Scott Robertson*, for the intervener the Chiefs of Ontario.

*Paul Seaman and Maxime Faille*, for the intervener the Gift Lake Métis Settlement.

*Marc Watters and Lina Beaulieu*, for the intervener the Native Alliance of Quebec.

*Guy Régimbald and Jaimie Lickers*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Jason T. Madden, Clément Chartier, Q.C., Kathy Hodgson-Smith and Marc Leclair*, for the intervener the Métis National Council.

The judgment of the Court was delivered by

Argumentation écrite seulement par *D. Bruce Clarke, c.r.*, pour les intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island.

*Garry Appelt et Keltie Lambert*, pour l'intervenant Metis Settlements General Council.

Argumentation écrite seulement par *Robert J. M. Janes et Elin R. S. Sigurdson*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

*Christopher G. Devlin, John Gailus et Cynthia Westaway*, pour l'intervenante la Fédération Métisse du Canada.

*Karey M. Brooks et Claire Truesdale*, pour l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada.

*Scott Robertson*, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

*Paul Seaman et Maxime Faille*, pour l'intervenant Gift Lake Métis Settlement.

*Marc Watters et Lina Beaulieu*, pour l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec.

*Guy Régimbald et Jaimie Lickers*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Jason T. Madden, Clément Chartier, c.r., Kathy Hodgson-Smith et Marc Leclair*, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] ABELLA J. — As the curtain opens wider and wider on the history of Canada's relationship with its Indigenous peoples, inequities are increasingly revealed and remedies urgently sought. Many revelations have resulted in good faith policy and legislative responses, but the list of disadvantages remains robust. This case represents another chapter in the

[1] LA JUGE ABELLA — À mesure que le rideau continue de se lever sur l'histoire des relations entre le Canada et ses peuples autochtones, de plus en plus d'iniquités se font jour et des réparations sont instamment réclamées. Bon nombre de ces révélations ont donné lieu à des politiques et à des mesures législatives prises de bonne foi, mais la liste

pursuit of reconciliation and redress in that relationship.

### Background

[2] Three declarations were sought by the plaintiffs when this litigation was launched in 1999:

1. That Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24);
2. That the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and
3. That Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

[3] Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* states that

**91.** . . . it is hereby declared that . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated . . .

. . . .

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

[4] The trial judge, Phelan J., made a number of key factual findings in his thoughtful and thorough reasons.<sup>1</sup> As early as 1818, the government used “Indian” as a general term to refer to communities of mixed Aboriginal and European background. The federal government considered Métis to be “Indians” in various treaties and pre-Confederation statutes, and considered Métis to be “Indians” under s. 91(24) in various statutes and policy initiatives spanning from Confederation to modern day. Moreover, the

<sup>1</sup> [2013] 2 F.C.R. 268.

des désavantages pour les peuples autochtones demeure obstinément longue. Le présent pourvoi représente un autre chapitre dans la quête de réconciliation et de réparation à l’égard de ces relations.

### Contexte

[2] Lorsque la présente poursuite a été intentée en 1999, les demandeurs ont sollicité trois jugements déclaratoires portant respectivement :

1. que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24);
2. que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits;
3. que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à ce que le gouvernement fédéral les consulte et négocie avec eux de bonne foi sur une base collective, par l’entremise de représentants de leur choix, relativement à l’ensemble de leurs droits, intérêts et besoins en tant que peuples autochtones.

[3] Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est rédigé en ces termes :

**91.** . . . il est par la présente déclaré que [. . .] l’autorité législative exclusive du parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés . . .

. . . .

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

[4] Le juge de première instance, le juge Phelan, a tiré un certain nombre de conclusions de fait cruciales dans des motifs étoffés et mûrement réfléchis<sup>1</sup>. Déjà en 1818, le gouvernement utilisait le mot « Indien » comme terme générique pour désigner les collectivités d’ascendance mixte autochtone et européenne. En effet, le gouvernement fédéral a considéré les Métis comme des « Indiens » dans divers traités et textes de loi antérieurs à la Confédération, et comme des « Indiens » visés au par. 91(24) dans

<sup>1</sup> [2013] 2 R.C.F. 268.



purpose of s. 91(24) was closely related to the expansionist goals of Confederation. The historical and legislative evidence shows that expanding the country across the West was one of the primary goals of Confederation. Building a national railway was a key component of this plan.

[5] Accordingly, the purposes of s. 91(24) were “to control Native people and communities where necessary to facilitate development of the Dominion; to honour the obligations to Natives that the Dominion inherited from Britain . . . [and] eventually to civilize and assimilate Native people”: para. 353. Since much of the North-Western Territory was occupied by Métis, only a definition of “Indians” in s. 91(24) that included “a broad range of people sharing a Native hereditary base” (para. 566) would give Parliament the necessary authority to pursue its agenda.

[6] His conclusion was that in its historical, philosophical, and linguistic contexts, “Indians” under s. 91(24) is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada, including non-status Indians and Métis.

[7] He found that since neither the federal nor provincial governments acknowledged that they had jurisdiction over Métis and non-status Indians, the declaration would alleviate the constitutional uncertainty and the resulting denial of material benefits. There was therefore practical utility to the first declaration being granted, namely, that Métis and non-status Indians are included in what is meant by “Indians” in s. 91(24). He did not restrict the definition of either group.

[8] He declined, however, to grant the second and third declarations on the grounds that they were vague and redundant. It was already well established in Canadian law that the federal government

diverses lois et politiques depuis la Confédération jusqu’à aujourd’hui. De plus, l’objet du par. 91(24) était étroitement lié aux objectifs d’expansion territoriale de la Confédération. La preuve historique et législative démontre que l’expansion du pays vers l’Ouest était l’un des principaux objectifs de la Confédération. La construction d’un chemin de fer national était une composante essentielle de ce plan.

[5] L’objet du par. 91(24) consistait donc à « exercer, au besoin, un contrôle sur les peuples et les collectivités autochtones, pour faciliter le développement du Dominion », à « honorer les obligations à l’égard des Autochtones que le Dominion avait héritées de la Grande-Bretagne », et, « ultérieurement, [à] civiliser et [à] assimiler les Autochtones » (par. 353). Comme une grande partie des terres du Territoire du Nord-Ouest étaient occupées par les Métis, seule une définition du mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) qui englobait « un grand éventail de gens ayant en commun leur ascendance autochtone » (par. 566) conférerait au Parlement le pouvoir nécessaire pour poursuivre ses objectifs.

[6] Le juge de première instance a estimé que, dans ses contextes historique, philosophique et linguistique, le mot « Indiens » au par. 91(24) est un terme général faisant référence à tous les peuples autochtones canadiens, y compris les Indiens non inscrits et les Métis.

[7] Il a conclu que, comme ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux n’ont reconnu avoir compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits, le premier jugement déclaratoire demandé atténuerait l’incertitude constitutionnelle et le déni d’avantages matériels qui résulte de cette situation. Le fait de rendre ce premier jugement déclaratoire, à savoir que les Métis et les Indiens non inscrits peuvent être considérés comme des « Indiens » visés au par. 91(24), présentait donc une utilité pratique. Il n’a pas restreint la définition de l’un ou l’autre groupe.

[8] Le juge de première instance a toutefois refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés au motif qu’ils seraient vagues et redondants. Il est déjà bien établi en droit canadien

was in a fiduciary relationship with Canada’s Aboriginal peoples and that the federal government had a duty to consult and negotiate with them when their rights were engaged. Restating this in declarations would be of no practical utility.

[9] The Federal Court of Appeal accepted the trial judge’s findings of fact, including that “Indians” in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally. It therefore upheld the trial judge’s decision to grant the first declaration, but narrowed its scope to exclude non-status Indians and include only those Métis who satisfied the three criteria from *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207. While it was of the view that non-status Indians were clearly “Indians”, setting this out in a declaration would be redundant and of no practical usefulness. For the same reasons as the trial judge, it declined to grant the second and third declarations.

[10] Before this Court, the appellants sought to restore the first declaration as granted by the trial judge, not as restricted by the Federal Court of Appeal. In addition, they asked that the second and third declarations be granted. The Crown cross-appealed, arguing that none of the declarations should be granted. For the following reasons, I agree generally with the trial judge.

#### Analysis

[11] This Court most recently restated the applicable test for when a declaration should be granted in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44. The party seeking relief must establish that the court has jurisdiction to hear the issue, that the question is real and not theoretical, and that the party raising the issue has a genuine interest in its resolution. A declaration can only be

qu’il existe une relation de nature fiduciaire entre les peuples autochtones du Canada et le gouvernement fédéral, et que ce dernier a le devoir de les consulter et de négocier avec eux lorsque leurs droits sont en jeu. Le réaffirmer dans des jugements déclaratoires n’aurait aucune utilité pratique.

[9] La Cour d’appel fédérale a accepté les conclusions de fait du juge de première instance, et notamment que le terme « Indiens » au par. 91(24) visait tous les peuples autochtones en général. Elle a en conséquence confirmé la décision de ce dernier de rendre le premier jugement déclaratoire, mais elle a restreint la portée de ce jugement afin d’exclure les Indiens non inscrits et d’inclure seulement les Métis qui répondent aux trois critères énoncés dans l’arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207. Bien que d’avis que les Indiens non inscrits constituent clairement des « Indiens », la Cour d’appel fédérale a conclu qu’il serait redondant et dénué d’utilité pratique de le réaffirmer dans un jugement déclaratoire. Pour les mêmes motifs que ceux du juge de première instance, elle a refusé de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés.

[10] Devant notre Cour, les appelants sollicitent le rétablissement du premier jugement déclaratoire tel qu’il a été rendu par le juge de première instance, et non tel qu’il a été restreint par la Cour d’appel fédérale. De plus, ils demandent que soient prononcés les deuxième et troisième jugements déclaratoires. La Couronne a interjeté un pourvoi incident, dans lequel elle fait valoir qu’aucun des jugements déclaratoires ne devrait être accordé. Pour les motifs qui suivent, je partage de façon générale le point de vue du juge de première instance.

#### Analyse

[11] Dans le plus récent des arrêts sur le sujet, *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, notre Cour a reformulé le critère permettant de déterminer si un jugement déclaratoire devrait être rendu. La partie qui demande réparation doit établir que le tribunal a compétence pour entendre le litige, que la question en cause est réelle et non pas simplement théorique et que la partie qui soulève la

granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a “live controversy” between the parties: see also *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

[12] The first disputed issue in this case is whether the declarations would have practical utility. There can be no doubt, in my respectful view, that granting the first declaration meets this threshold. Delineating and assigning constitutional authority between the federal and provincial governments will have enormous practical utility for these two groups who have, until now, found themselves having to rely more on noblesse oblige than on what is obliged by the Constitution.

[13] Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. As the trial judge found, when Métis and non-status Indians have asked the federal government to assume legislative authority over them, it tended to respond that it was precluded from doing so by s. 91(24). And when Métis and non-status Indians turned to provincial governments, they were often refused on the basis that the issue was a federal one.

[14] This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences, as was recognized by Phelan J.:

One of the results of the positions taken by the federal and provincial governments and the “political football — buck passing” practices is that financially [Métis and non-status Indians] have been deprived of significant funding for their affairs. . . .

question a véritablement intérêt à ce qu’elle soit résolue. Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s’il a une utilité pratique, c’est-à-dire s’il règle un « litige actuel » entre les parties (voir également *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

[12] La première question litigieuse en l’espèce consiste à se demander si les jugements déclaratoires demandés auraient une utilité pratique. À mon humble avis, il ne fait aucun doute que le premier jugement sollicité satisfait à ce critère. La délinéation des pouvoirs constitutionnels et leur attribution au gouvernement fédéral ou aux gouvernements provinciaux présenteront une utilité pratique considérable pour ces deux groupes qui, jusqu’à maintenant, ont dû compter davantage sur une forme de « Noblesse oblige » que sur le respect des obligations imposées par la Constitution.

[13] Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tour à tour nié avoir le pouvoir de légiférer à l’égard des Indiens non inscrits et des Métis. Comme l’a conclu le juge de première instance, quand les Métis et les Indiens non inscrits demandent au gouvernement fédéral d’assumer compétence législative à leur égard, celui-ci tend généralement à répondre que le par. 91(24) l’empêche de le faire. Et lorsque ces groupes s’adressent aux gouvernements provinciaux, ces derniers leur opposent souvent un refus au motif que la question relève du champ de compétence fédéral.

[14] Ces collectivités autochtones se retrouvent donc dans une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui, comme l’a reconnu le juge Phelan, a des conséquences défavorables importantes et évidentes :

L’une des conséquences des positions adoptées par le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces, ainsi que des jeux de « ballons politiques » et de « renvoi de balle », était que les [Métis et les Indiens non inscrits] avaient été privés d’une quantité importante d’aide financière pour leurs problèmes. . . .



... the political/policy wrangling between the federal and provincial governments has produced a large population of collaterally damaged [Métis and non-status Indians]. They are deprived of programs, services and intangible benefits recognized by all governments as needed. [paras. 107-8]

See also *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, at para. 70.

[15] With federal and provincial governments refusing to acknowledge jurisdiction over them, Métis and non-status Indians have no one to hold accountable for an inadequate status quo. The Crown's argument, however, was that since a finding of jurisdiction under s. 91(24) does not create a duty to legislate, it is inappropriate to answer a jurisdictional question in a legislative vacuum. It is true that finding Métis and non-status Indians to be "Indians" under s. 91(24) does not create a duty to legislate, but it has the undeniably salutary benefit of ending a jurisdictional tug-of-war in which these groups were left wondering about where to turn for policy redress. The existence of a legislative vacuum is self-evidently a reflection of the fact that neither level of government has acknowledged constitutional responsibility. A declaration would guarantee both certainty and accountability, thereby easily reaching the required jurisprudential threshold of offering the tangible practical utility of the resolution of a long-standing jurisdictional dispute.

[16] We are left then to determine whether Métis and non-status Indians are in fact included in the scope of s. 91(24).

[17] There is no consensus on who is considered Métis or a non-status Indian, nor need there be. Cultural and ethnic labels do not lend themselves to neat boundaries. 'Métis' can refer to the historic Métis community in Manitoba's Red River Settlement or it can be used as a general term for anyone with mixed

... les querelles politiques et de principes entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont causé des dommages collatéraux à un grand nombre de [Métis et d'Indiens non inscrits]. Ces derniers sont privés de programmes, de services et d'avantages non tangibles que tous les gouvernements reconnaissent comme étant nécessaires. [par. 107-108]

Voir aussi *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 70.

[15] Les gouvernements fédéral et provinciaux refusant tous deux de reconnaître compétence à leur égard, les Métis et les Indiens non inscrits n'ont personne qu'ils peuvent tenir responsable de ce statu quo inopportun. La Couronne prétend toutefois que, comme le fait de conclure qu'elle a compétence en vertu du par. 91(24) ne créerait aucune obligation de légiférer, il n'y a pas lieu de répondre à la question de la compétence dans un contexte de vide législatif. Il est vrai que le fait de conclure que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) ne crée aucune obligation de légiférer, mais une telle conclusion a pour effet bénéfique indéniable de mettre fin au bras de fer que se livrent les gouvernements fédéral et provinciaux sur la question de la compétence législative, où ces groupes en sont réduits à se demander vers qui se tourner pour obtenir une réparation gouvernementale. L'existence d'un vide législatif reflète manifestement le fait qu'aucun ordre de gouvernement n'a reconnu sa responsabilité sur le plan constitutionnel. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois la certitude et la responsabilité à cet égard, et satisferait ainsi facilement au seuil jurisprudentiel applicable, soit le fait de présenter l'utilité pratique tangible de régler un conflit de compétence de longue date.

[16] Il nous reste donc à déterminer si les Métis et les Indiens non inscrits sont effectivement inclus dans le champ d'application du par. 91(24).

[17] Il n'existe aucun consensus sur la question de savoir qui est considéré comme un Métis ou un Indien non inscrit, et un tel consensus n'est d'ailleurs pas nécessaire. Les étiquettes culturelles et ethniques ne permettent pas d'établir des limites définies. Le mot « Métis » peut renvoyer à la collectivité métisse

European and Aboriginal heritage. Some mixed-ancestry communities identify as Métis, others as Indian:

There is no one exclusive Metis People in Canada, anymore than there is no one exclusive Indian people in Canada. The Metis of eastern Canada and northern Canada are as distinct from Red River Metis as any two peoples can be. . . . As early as 1650, a distinct Metis community developed in LeHeve [*sic*], Nova Scotia, separate from Acadians and Micmac Indians. All Metis are aboriginal people. All have Indian ancestry.

(R. E. Gaffney, G. P. Gould and A. J. Semple, *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences* (1984), at p. 62, quoted in Catherine Bell, “Who Are The Metis People in Section 35(2)?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351, at p. 356.)

[18] The definitional contours of ‘non-status Indian’ are also imprecise. Status Indians are those who are recognized by the federal government as registered under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Non-status Indians, on the other hand, can refer to Indians who no longer have status under the *Indian Act*, or to members of mixed communities who have never been recognized as Indians by the federal government. Some closely identify with their Indian heritage, while others feel that the term Métis is more reflective of their mixed origins.

[19] These definitional ambiguities do not preclude a determination into whether the two groups, however they are defined, are within the scope of s. 91(24). I agree with the trial judge and Federal Court of Appeal that the historical, philosophical, and linguistic contexts establish that “Indians” in s. 91(24) includes *all* Aboriginal peoples, including non-status Indians and Métis.

historique de la colonie de la rivière Rouge au Manitoba, ou encore être utilisé comme terme générique pour désigner quiconque possède des origines mixtes européennes et autochtones. Certaines collectivités d’ascendance mixte se considèrent comme des Métis, d’autres comme des Indiens :

[TRADUCTION] Il n’y a pas qu’un seul peuple métis au Canada, pas plus qu’il n’y a qu’un seul peuple indien au Canada. Les Métis de l’est et du nord du Canada sont aussi distincts des Métis de la rivière Rouge que deux peuples, quels qu’ils soient, peuvent l’être. [ . . . ] Dès 1650, une collectivité métisse distincte s’est constituée à LeHeve [*sic*], en Nouvelle-Écosse, laquelle se distingue des Acadiens et des Indiens micmacs. Tous les Métis sont des Autochtones. Ils possèdent tous des origines indiennes.

(R. E. Gaffney, G. P. Gould et A. J. Semple, *Broken Promises : The Aboriginal Constitutional Conferences* (1984), p. 62, cité dans Catherine Bell, « Who Are The Metis People in Section 35(2)? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351, p. 356.)

[18] Les contours de la définition du terme « Indien non inscrit » sont également imprécis. Les Indiens inscrits sont ceux que le gouvernement fédéral reconnaît comme étant inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5. En revanche, les Indiens non inscrits peuvent désigner soit les Indiens qui n’ont plus le statut d’Indiens visés par la *Loi sur les Indiens*, soit les membres de collectivités d’ascendance mixte que le gouvernement fédéral n’a jamais reconnus comme Indiens. Certaines personnes s’identifient étroitement à leurs origines indiennes, alors que d’autres estiment que le mot Métis reflète davantage leurs origines mixtes.

[19] Ces ambiguïtés d’ordre définitionnel n’empêchent pas de décider si les deux groupes, peu importe la façon dont on les définit, sont visés par le par. 91(24). À l’instar du juge de première instance et de la Cour d’appel fédérale, je suis d’avis que les contextes historique, philosophique et linguistique établissent que les « Indiens » visés au par. 91(24) englobent *tous* les peuples autochtones, y compris les Indiens non inscrits et les Métis.

[20] To begin, it is unnecessary to explore the question of non-status Indians in a full and separate analysis because the Crown conceded in oral argument, properly in my view, that they are recognized as “Indians” under s. 91(24), a concession that reflects the fact that the federal government has used its authority under s. 91(24) in the past to legislate over non-status Indians as “Indians”.<sup>2</sup> While a concession is not necessarily determinative, it does not, on the other hand, make the granting of a declaration redundant, as the Crown suggests. Non-status Indians have been a part of this litigation since it started in 1999. Earlier in these proceedings, the Crown took the position that non-status Indians did *not* fall within federal jurisdiction under s. 91(24). As the intervenor Aseniwuche Winewak Nation of Canada submitted in oral argument, excluding non-status Indians from the first declaration would send them “[b]ack to the drawing board”. To avoid uncertainty in the future, therefore, there is demonstrable utility in a declaration that confirms their inclusion.

[21] We are left then to consider primarily whether the Métis are included.

[22] The prevailing view is that Métis are “Indians” under s. 91(24). Prof. Hogg, for example, sees the word “Indians” under s. 91(24) as having a wide compass, likely including the Métis:

The Métis people, who originated in the west from intermarriage between French Canadian men and Indian women during the fur trade period, received “half-breed” land grants in lieu of any right to live on reserves, and

<sup>2</sup> When Newfoundland and Labrador joined Confederation in 1949, for example, they brought with them many Aboriginal peoples who were obviously not — and had never been — registered under the federal *Indian Act* and were therefore non-status Indians. The federal government nonetheless assumed jurisdiction over them and many were incorporated into the *Indian Act* in 1984 and 2008.

[20] Tout d’abord, la situation des Indiens non inscrits ne requiert pas une analyse complète et distincte, car la Couronne a concédé à l’audience — à juste titre selon moi — que ceux-ci sont reconnus comme des « Indiens » visés au par. 91(24), une concession qui reflète le fait que le gouvernement fédéral a, dans le passé, exercé les pouvoirs que lui confère le par. 91(24) pour légiférer sur les Indiens non inscrits comme s’ils étaient des « Indiens »<sup>2</sup>. Bien qu’une telle concession ne soit pas nécessairement déterminante, elle n’a pas pour effet de rendre un jugement déclaratoire redondant, contrairement à ce que soutient la Couronne. Les Indiens non inscrits sont parties au présent litige depuis qu’il a été intenté en 1999. Plus tôt dans l’instance, la Couronne a prétendu que ceux-ci *ne* relevaient *pas* de la compétence fédérale suivant le par. 91(24). Comme l’intervenante l’Aseniwuche Winewak Nation of Canada l’a fait valoir dans sa plaidoirie, le fait d’exclure les Indiens non inscrits du premier jugement déclaratoire aurait pour effet de les ramener [TRADUCTION] « [à] la case départ ». Pour éviter toute incertitude dans le futur, le fait de rendre un jugement déclaratoire confirmant leur inclusion dans le champ d’application du mot « Indiens » présente donc une utilité démontrable.

[21] Il nous reste donc essentiellement à nous demander si les Métis sont eux aussi inclus.

[22] Selon le point de vue dominant, les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Le professeur Hogg, par exemple, estime que le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) a une portée très englobante, qui inclut vraisemblablement les Métis :

[TRADUCTION] Les Métis, personnes nées dans l’Ouest de mariages entre des hommes canadiens-français et des femmes indiennes à l’époque du commerce des fourrures, ont reçu des concessions de terres de « Sang-Mêlés »,

<sup>2</sup> À titre d’exemple, en se joignant à la Confédération en 1949, la province de Terre-Neuve-et-Labrador a fait entrer avec elle bon nombre de peuples autochtones qui n’étaient évidemment pas — et n’avaient jamais été — inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens* fédérale, et constituaient par conséquent des Indiens non inscrits. Le gouvernement fédéral a néanmoins assumé compétence à leur égard et bon nombre d’entre eux ont été intégrés dans la *Loi sur les Indiens* en 1984 et en 2008.

were accordingly excluded from the charter group from whom Indian status devolved. However, they are probably “Indians” within the meaning of s. 91(24).

(Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 28-4)

See also Joseph Eliot Magnet, “Who are the Aboriginal People of Canada?”, in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation* (2003), 23, at p. 44; Clem Chartier, “‘Indian’: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867” (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37; Mark Stevenson, “Section 91(24) and Canada’s Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis” (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237; Noel Lyon, “Constitutional Issues in Native Law”, in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (rev. 1st ed. 1989), 408, at p. 430.

[23] In fact, “Indians” has long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis. The term was created by European settlers and applied to Canada’s Aboriginal peoples without making any distinction between them. As author Thomas King explains in *The Inconvenient Indian*:<sup>3</sup>

No one really believed that there was only one Indian. No one ever said there was only one Indian. But as North America began to experiment with its “Indian programs,” it did so with a “one size fits all” mindset. Rather than see tribes as an arrangement of separate nation states in the style of the Old World, North America imagined that Indians were basically the same. [p. 83]

[24] Before and after Confederation, the government frequently classified Aboriginal peoples with mixed European and Aboriginal heritage as Indians. Métis were considered “Indians” for pre-Confederation treaties such as the Robinson Treaties

au lieu du droit de vivre dans des réserves, et ils ont par conséquent été exclus du groupe duquel découlait le statut d’Indien. Cependant, ils sont probablement des Indiens visés au par. 91(24).

(Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 28-4)

Voir également Joseph Eliot Magnet, « Who are the Aboriginal People of Canada? », dans Dwight A. Dorey et Joseph Eliot Magnet, dir., *Aboriginal Rights Litigation* (2003), 23, p. 44; Clem Chartier, « “Indian” : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 » (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37; Mark Stevenson, « Section 91(24) and Canada’s Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis » (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237; Noel Lyon, « Constitutional Issues in Native Law », dans Bradford W. Morse, dir., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (1<sup>re</sup> éd. rév. 1989), 408, p. 430.

[23] En fait, le mot « Indiens » a longtemps été utilisé comme terme générique désignant tous les peuples autochtones, y compris les collectivités d’ascendance mixte comme les Métis. Le terme a été créé par les colons européens et appliqué aux peuples autochtones du Canada sans qu’aucune distinction ne soit faite entre eux. Comme l’explique l’auteur Thomas King dans *L’Indien malcommode*<sup>3</sup> :

Personne ne pensait vraiment qu’il n’existait qu’un seul Indien. Personne n’a jamais dit qu’il n’y avait qu’un seul Indien. Mais dès que l’Amérique du Nord s’est mise à échafauder ses « programmes indiens », elle a procédé dans un esprit de standardisation. Au lieu de voir les tribus comme des États-nations distincts comme on en trouvait dans le Vieux Monde, l’Amérique du Nord s’est imaginé que les Indiens étaient essentiellement tous pareils. [p. 101]

[24] Avant et après la Confédération, le gouvernement a fréquemment qualifié d’Indiens les peuples autochtones ayant des origines mixtes européennes et autochtones. Les Métis ont été considérés comme des « Indiens » dans des traités antérieurs

<sup>3</sup> *The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America* (2013), winner of the 2014 RBC Taylor Prize.

<sup>3</sup> *L’Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d’Amérique du Nord*, qui a valu à son auteur le prix Taylor RBC 2014 (traduit de l’anglais par Daniel Poliquin (2014)).

of 1850. Many post-Confederation statutes considered Métis to be “Indians”, including the 1868 statute entitled *An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42.

[25] Historically, the purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation also indicates that since 1867, “Indians” meant all Aboriginal peoples, including Métis. The trial judge found that expanding British North America across Rupert’s Land and the North-West Territories was a major goal of Confederation and that building a national railway was a key component of this plan. At the time, that land was occupied by a large and diverse Aboriginal population, including many Métis. A good relationship with all Aboriginal groups was required to realize the goal of building “the railway and other measures which the federal government would have to take.” With jurisdiction over Aboriginal peoples, the new federal government could “protect the railway from attack” and ensure that they did not resist settlement or interfere with construction of the railway. Only by having authority over *all* Aboriginal peoples could the westward expansion of the Dominion be facilitated.

[26] The work of Prof. John Borrows supports this theory:

The Métis Nation was . . . crucial in ushering western and northern Canada into Confederation and in increasing the wealth of the Canadian nation by opening up the prairies to agriculture and settlement. These developments could not have occurred without Métis intercession and legal presence.

(*Canada’s Indigenous Constitution* (2010), at pp. 87-88)

à la Confédération, comme les traités Robinson de 1850. Ils l’ont été aussi dans bon nombre de lois postérieures à la Confédération, dont celle de 1868 intitulée l’*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42.

[25] Historiquement, considéré dans la perspective des objectifs plus généraux de la Confédération, l’objet du par. 91(24) indique également que, depuis 1867, le mot « Indiens » s’entend de tous les peuples autochtones, y compris les Métis. Le juge de première instance a conclu que l’expansion de l’Amérique du Nord britannique pour inclure la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest était l’un des principaux objectifs de la Confédération, et que la construction d’un chemin de fer national constituait un élément clef de ce plan. À l’époque, ces territoires étaient occupés par une population autochtone vaste et diversifiée, qui comptait beaucoup de Métis. Il fallait entretenir de bonnes relations avec l’ensemble des groupes autochtones pour réaliser l’objectif relatif à la construction « du chemin de fer et [aux] autres mesures que le gouvernement fédéral devrait prendre ». En ayant compétence sur les peuples autochtones, le gouvernement du nouvel État fédéral pourrait « protéger[r] le chemin de fer contre les attaques », et s’assurer que ces peuples ne résistent pas à la colonisation et n’entravent pas la construction du chemin de fer. Ce n’est qu’en ayant compétence à l’égard de *tous* les peuples autochtones que le Dominion pourrait faciliter son expansion vers l’ouest.

[26] Les écrits du professeur John Borrows appuient cette théorie :

[TRADUCTION] La nation métisse a [. . .] joué un rôle crucial dans l’entrée de l’ouest et du nord du Canada dans la Confédération et dans l’accroissement de la richesse de la nation canadienne par l’ouverture des Prairies à l’agriculture et à la colonisation. Ces avancées n’auraient pas pu être accomplies sans l’intervention et la présence juridique des Métis.

(*Canada’s Indigenous Constitution* (2010), p. 87-88)



In his view, it would have been impossible for Canada to accomplish its expansionist agenda if “Indians” under s. 91(24) did not include Métis. The threat they posed to Canada’s expansion was real. On many occasions Métis “blocked surveyors from doing their work” and “prevented Canada’s expansion into the region” when they were unhappy with the Canadian government: *Borrows*, at p. 88.

[27] In fact, contrary to its position in this case, the federal government has at times assumed that it could legislate over Métis as “Indians”. The 1876 *Indian Act*<sup>4</sup> banned the sale of intoxicating liquor to “Indians”. In 1893 the North-West Mounted Police wrote to the federal government, expressing their difficulty in distinguishing between “Half-breeds and Indians in prosecutions for giving liquor to the latter”. To clarify this issue, the federal government amended the *Indian Act*<sup>5</sup> in 1894 to broaden the ban on the sale of intoxicating liquor to Indians or any person “who follows the Indian mode of life”, which included Métis.

[28] In October 1899, Indian Affairs Minister Clifford Sifton wrote a memorandum that would become the basis of the federal government’s policy regarding Métis and Indian Residential Schools for decades. He wrote that “I am decidedly of the opinion that all children, even those of mixed blood . . . should be eligible for admission to the schools”: *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 3, *The Métis Experience* (2015), at p. 16. This policy was applied haphazardly. Provincial public school systems were reluctant to admit Métis students, as the provinces saw them as a federal responsibility: p. 26. Many Métis attended Residential Schools because they were the only educational option open to them.

<sup>4</sup> *The Indian Act*, 1876, S.C. 1876, c. 18.

<sup>5</sup> *An Act further to amend “The Indian Act”*, S.C. 1894, c. 32.

À son avis, il aurait été impossible pour le Canada de réaliser son projet expansionniste si les « Indiens » visés au par. 91(24) n’avaient pas inclus les Métis. La menace qu’ils représentaient pour l’expansion du Canada était réelle. À de nombreuses reprises, les Métis [TRADUCTION] « ont empêché les arpenteurs d’effectuer leur travail » et « ont contré l’expansion du Canada dans leur région » lorsqu’ils étaient insatisfaits du gouvernement canadien (*Borrows*, p. 88).

[27] En fait, contrairement à ce qu’il soutient en l’espèce, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu’il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu’« Indiens ». L’*Acte des Sauvages* de 1876<sup>4</sup> interdisait la vente de boissons enivrantes aux « Indiens ». En 1893, la Police à cheval du Nord-Ouest a écrit au gouvernement fédéral pour lui faire part de sa difficulté à distinguer [TRADUCTION] « les Sang-Mêlés des Indiens dans les poursuites intentées pour avoir offert de l’alcool à ces derniers ». Pour clarifier cette question, le gouvernement fédéral a modifié l’*Acte des Sauvages*<sup>5</sup> en 1894 en vue d’élargir la portée de l’interdiction de vendre des boissons enivrantes à toute personne « qui vit à la façon des Sauvages », ce qui comprenait les Métis.

[28] En octobre 1899, le ministre des Affaires indiennes, Clifford Sifton, a rédigé une note de service qui allait devenir le fondement de la politique du gouvernement fédéral à l’égard des Métis et des pensionnats indiens pendant des décennies. Il a écrit ce qui suit : « . . . je suis décidément d’avis que tous les enfants, même ceux d’ascendance mixte [. . .] devraient pouvoir être admis dans les écoles » (*Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 3, *L’expérience métisse* (2015), p. 18). Cette politique n’a pas été appliquée de façon systématique. Les provinces étaient réticentes à admettre des élèves métis dans leur système scolaire public, car elles considéraient ceux-ci comme une responsabilité fédérale (p. 28). De nombreux Métis ont fréquenté les pensionnats, parce qu’il s’agissait des seuls endroits où ils pouvaient se faire instruire.

<sup>4</sup> *Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, c. 18.

<sup>5</sup> *Acte contenant de nouvelles modifications à l’Acte des Sauvages*, S.C. 1894, c. 32.

[29] In some cases, the federal government directly financed these projects. In the 1890s, the federal government provided funding for a reserve and industrial school at Saint-Paul-des-Métis in Alberta, run by Oblate missionaries: *The Final Report of the Truth and Reconciliation in Canada*, vol. 3, at p. 16. The reserve consisted of two townships, owned by the Crown, and included a school for teaching trades to the Métis. As long as the project lasted, it functioned equivalently to similar reserves for Indian peoples.

[30] Many Métis were also sent to Indian Residential Schools, another exercise of federal authority over “Indians”, as *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* documents. According to the Report, “[t]he central goal of the Canadian residential school system was to ‘Christianize’ and ‘civilize’ Aboriginal people . . . . In the government’s vision, there was no place for the Métis Nation”: vol. 3, at p. 3. The Report notes that

[t]he existing records make it impossible to say how many Métis children attended residential school. But they did attend almost every residential school discussed in this report at some point. They would have undergone the same experiences — the high death rates, limited diets, crowded and unsanitary housing, harsh discipline, heavy workloads, neglect, and abuse . . . . [p. 4]

The federal government has since acknowledged and apologized for wrongs such as Indian Residential Schools.

[31] Moreover, throughout the early twentieth century, many Métis whose ancestors had taken scrip continued to live on Indian reserves and to participate in Indian treaties. In 1944, a Commission of Inquiry in Alberta was launched to investigate this issue, headed by Justice William Macdonald. He concluded that the federal government had the constitutional authority to allow these Métis to participate in treaties and recommended that the federal

[29] Dans certains cas, le gouvernement fédéral a financé directement ces projets. Dans les années 1890, le gouvernement fédéral a financé une réserve et une école de métiers de Saint-Paul-des-Métis en Alberta, école dirigée par des missionnaires oblates (*Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation*, vol. 3, p. 18-19). La réserve consistait en deux cantons appartenant à la Couronne et comprenait une école où on enseignait divers métiers aux Métis. Pendant toute la durée du projet, le fonctionnement de la réserve était similaire à celui des réserves analogues établies pour les peuples indiens.

[30] Bon nombre de Métis ont également été envoyés dans des pensionnats indiens, une autre manifestation de l’exercice par le fédéral de sa compétence sur les « Indiens », comme le constate le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*. Selon ce rapport, « [l]e principal objectif du système des pensionnats canadiens était de “christianiser” et de “civiliser” le peuple autochtone [. . .] Du point de vue du gouvernement, il n’y a alors aucune place pour la nation métisse » (vol. 3, p. 3). On peut lire ce qui suit dans le rapport :

Les dossiers actuels ne permettent pas de dire combien d’enfants métis ont fréquenté un pensionnat. Mais, ils ont fréquenté presque chaque pensionnat mentionné dans le présent rapport, à un certain moment, où ils auraient partagé ces expériences — taux de mortalité élevé, déficience alimentaire, logement insalubre et surpeuplé, discipline sévère, lourdes charges de travail, négligence et violence . . . [p. 5]

Le gouvernement fédéral a depuis reconnu ses torts et présenté ses excuses pour ceux-ci, par exemple en ce qui concerne les pensionnats indiens.

[31] De plus, pendant tout le début du vingtième siècle, de nombreux Métis dont les ancêtres avaient accepté un certificat de concession foncière ont continué à vivre dans des réserves indiennes et à participer aux traités indiens. En 1944, une commission d’enquête présidée par le juge William Macdonald a été mise sur pied en Alberta pour se pencher sur cette question. Le juge Macdonald a conclu que le gouvernement fédéral avait, en vertu

government take steps to clarify the status of these Métis with respect to treaties and reserves: *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (online).

[32] Justice Macdonald noted that the federal government had been willing to recognize Métis as Indians whenever it was convenient to do so:

It would appear that whenever it became necessary or expedient to extinguish Indian rights in any specific territory, the fact that Halfbreeds also had rights by virtue of their Indian blood was invariably recognized. . . .

. . . mixed blood did not necessarily establish white status, nor did it bar an individual from admission into treaty. The welfare of the individual and his own desires in the matter were given due weight, no cast-iron rule was adopted. [pp. 557-58]

In 1958, the federal government amended the *Indian Act*,<sup>6</sup> enacting Justice Macdonald's recommendation that Métis who had been allotted scrip but were already registered as Indians (and their descendants), remain registered under the *Indian Act*, thereby clarifying their status with respect to treaties and reserves. In so legislating, the federal government appeared to assume that it had authority over Métis under s. 91(24).

[33] Not only has the federal government legislated over Métis as "Indians", but it appears to have done so in the belief it was acting within its constitutional authority. In 1980, the Department of Indian Affairs and Northern Development wrote a document for Cabinet entitled *Natives and the Constitution*. This document clearly expressed the federal

de la Constitution, le pouvoir de permettre à ces Métis de participer aux traités et il a recommandé que celui-ci prenne des mesures pour préciser leur statut en ce qui concerne les traités et les réserves (*Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, 7 août 1944 (en ligne)).

[32] Le juge Macdonald a indiqué que le gouvernement fédéral s'était montré disposé à reconnaître les Métis en tant qu'Indiens chaque fois qu'il était avantageux pour lui de le faire :

[TRADUCTION] Il semble que, chaque fois qu'il est devenu nécessaire ou opportun d'éteindre des droits indiens sur un territoire précis, le fait que les Sang-Mêlés avaient aussi des droits en vertu de leur sang indien a toujours été reconnu. . . .

. . . l'ascendance mixte n'établissait pas forcément le statut de Blanc, pas plus qu'elle n'empêchait une personne d'être admise dans un traité. Le bien-être de la personne et ses propres désirs à cet égard ont été dûment pris en considération; aucune règle rigide n'a été adoptée. [p. 557-558]

En 1958, le gouvernement fédéral a modifié la *Loi sur les Indiens*<sup>6</sup> et adopté la recommandation du juge Macdonald proposant que les Métis auxquels un certificat de concession foncière avait été attribué, mais qui étaient déjà inscrits comme Indiens (ainsi que leurs descendants), demeurent inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, mesure qui clarifiait leur statut relativement aux traités et aux réserves. En légiférant ainsi, le gouvernement fédéral semble avoir considéré qu'il avait compétence sur les Métis en vertu du par. 91(24).

[33] Non seulement le gouvernement fédéral a-t-il légiféré à l'égard des Métis comme s'ils étaient des « Indiens », mais il semble l'avoir fait en étant convaincu qu'il agissait conformément à son pouvoir constitutionnel. En 1980, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a rédigé à l'intention du Cabinet un document intitulé *Natives*

<sup>6</sup> *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1958, c. 19.

<sup>6</sup> *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1958, c. 19.



government's confidence that it had constitutional authority to legislate over Métis under s. 91(24):

Métis people . . . are presently in the same legal position as other Indians who signed land cession treaties. Those Métis who have received scrip or lands are excluded from the provisions of the *Indian Act*, but are still "Indians" within the meaning of the *BNA Act*. . . .

. . . .

Should a person possess "sufficient" racial and social characteristics to be considered a "native person", that individual will be regarded as an "Indian" . . . within the legislative jurisdiction of the federal government, regardless of the fact that he or she may be excluded from the coverage of the *Indian Act*. [p. 43]

[34] Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), it is worth noting that s. 35<sup>7</sup> of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court recently explained that the "grand purpose" of s. 35 is "[t]he reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship": *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10. And in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, this Court noted that ss. 35 and 91(24) should be read together: p. 1109, cited in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 69.

[35] The term "Indian" or "Indians" in the constitutional context, therefore, has two meanings: a broad meaning, as used in s. 91(24), that includes

*and the Constitution*. Ce document montre clairement que le gouvernement fédéral était convaincu qu'il avait le pouvoir constitutionnel de légiférer à l'égard des Métis en vertu du par. 91(24) :

[TRADUCTION] Les Métis [. . .] sont actuellement dans la même situation juridique que les autres Indiens ayant signé des traités de cession de terres. Les Métis qui ont reçu des terres ou un certificat de concession foncière sont exclus du champ d'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais demeurent toujours des « Indiens » visés par l'*AANB*. . . .

. . . .

Si une personne possède des caractéristiques raciales et sociales « suffisantes » pour être considérée comme une « personne autochtone », elle sera considérée comme un « Indien » [. . .] relevant de la compétence législative du gouvernement fédéral, sans égard au fait qu'elle puisse être exclue du champ d'application de la *Loi sur les Indiens*. [p. 43]

[34] De plus, bien que l'art. 35<sup>7</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne définisse pas la portée du par. 91(24), il convient de noter qu'il énonce que les Indiens, les Inuit et les Métis sont des peuples autochtones pour l'application de la Constitution. Notre Cour a récemment expliqué que « [l]a réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel » constitue « le noble objectif » de l'art. 35 (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10). En outre, dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour a souligné que l'art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement (p. 1109, cité dans *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 69).

[35] Le terme « Indien » ou « Indiens » a donc deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au par. 91(24), qui inclut tant les Métis

<sup>7</sup> 35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

<sup>7</sup> 35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

both Métis and Inuit and can be equated with the term “aboriginal peoples of Canada” used in s. 35, and a narrower meaning that distinguishes Indian bands from other Aboriginal peoples. As will be noted later in these reasons, this Court in *Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104 (“*Re Eskimo*”), held that s. 91(24) includes the Inuit. Since the federal government concedes that s. 91(24) includes non-status Indians, it would be constitutionally anomalous, as the Crown also conceded, for the Métis to be the only Aboriginal people to be recognized and included in s. 35 yet excluded from the constitutional scope of s. 91(24).

[36] The *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, released in 1996, stressed the importance of rebuilding the Crown’s relationship with Aboriginal peoples in Canada, including the Métis: see vol. 3, *Gathering Strength*. The Report called on the federal government to “recognize that Métis people . . . are included in the federal responsibilities set out in section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*”: vol. 2, *Restructuring the Relationship*, at p. 66. The importance of this reconstruction was also recognized in the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada: *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (2015), at p. 183; see also *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 1, and *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 12.

[37] The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with all of Canada’s Aboriginal peoples is Parliament’s goal.

que les Inuit et que l’on peut assimiler à celui de l’expression « peuples autochtones du Canada » employée à l’art. 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des autres peuples autochtones. Comme nous le verrons plus loin, dans l’arrêt *Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104 (« *Renvoi sur les Esquimaux* »), la Cour a conclu que le par. 91(24) vise les Inuit. Puisque le gouvernement fédéral concède que cette disposition vise les Indiens non inscrits, il serait, comme l’a également concédé la Couronne, anormal d’un point de vue constitutionnel que les Métis constituent le seul peuple autochtone à être reconnu et inclus à l’art. 35, tout en étant par ailleurs exclu du champ d’application du par. 91(24).

[36] Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, publié en 1996, souligne l’importance de reconstruire la relation de la Couronne avec les peuples autochtones du Canada, notamment avec les Métis (voir le vol. 3, *Vers un ressourcement*). Le rapport incite le gouvernement fédéral à « reconnaître que les Métis [. . .] sont compris dans la sphère de compétence fédérale aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (vol. 2, *Une relation à redéfinir*, p. 74). Le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada reconnaît aussi l’importance de cette reconstruction (*Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (2015), p. 193; voir aussi *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1, et *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 12).

[37] Les modifications constitutionnelles, les excuses pour les torts du passé, la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération, le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* ainsi que le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* indiquent tous qu’une réconciliation avec l’ensemble des peuples autochtones du Canada est l’objectif du Parlement.

[38] The jurisprudence also supports the conclusion that Métis are “Indians” under s. 91(24). There is no case directly on point, but by identifying which groups have already been recognized as “Indians” under this head of power and by establishing principles governing who can be considered “Indians”, the existing cases provide guidance.

[39] In *Re Eskimo*, this Court had to determine whether the Inuit were “Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Relying on historical evidence to determine the meaning of “Indians” in 1867, the Court drew heavily from the 1858 *Report from the Select Committee on the Hudson’s Bay Company*. Acting on behalf of the federal government, the Hudson’s Bay Company had conducted a survey of Rupert’s Land and the North-Western Territories in which the Inuit were classified as Indians. The Court found that while the Inuit had their own language, culture, and identities separate from that of the “Indian tribes” in other parts of the country, they were “Indians” under s. 91(24) on the basis of this survey. It follows from this case that a unique culture and history, and self-identification as a distinct group, are not bars to being included as “Indians” under s. 91(24).

[40] In *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, this Court traced the outer limits of the “Indian” power under s. 91(24). An Indian couple lived on a reserve most of the year except for a few weeks each summer during which they lived off the reserve and the husband worked on a farm. The husband died during one of the weeks he was away from the reserve. This resulted in the superintendent in charge of the Indian district (which included their reserve) being appointed as administrator of his estate, pursuant to s. 43 of the *Indian Act*.<sup>8</sup> His wife challenged s. 43 on the grounds that it violated the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44. While the Court held that s. 43 of the *Indian Act* did not violate the *Bill of Rights*,

<sup>8</sup> R.S.C. 1970, c. I-6.

[38] La jurisprudence permet également de conclure que les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Aucune décision ne porte exactement sur cette question, mais la jurisprudence existante donne des indications à cet égard en précisant quels groupes ont déjà été reconnus en tant qu’« Indiens » au regard de ce chef de compétence, et en établissant les principes qui permettent de déterminer quelles personnes peuvent être considérées comme des « Indiens ».

[39] Dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, la Cour devait déterminer si les Inuit étaient des « Indiens » visés au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Se fondant sur la preuve historique pour déterminer le sens du terme « Indiens » en 1867, la Cour s’est largement inspirée du *Report from the Select Committee on the Hudson’s Bay Company* de 1858. Agissant au nom du gouvernement fédéral, la Compagnie de la Baie d’Hudson avait procédé à l’arpentage de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest, où les Inuit étaient considérés comme des Indiens. La Cour a conclu que, même si les Inuit avaient une langue, une culture et une identité propres, distinctes de celles des « tribus indiennes » d’autres régions du pays, ils étaient des « Indiens » visés au par. 91(24) sur la base de ces travaux. Il ressort de cette affaire que le fait pour les membres d’un groupe d’avoir une culture et une histoire uniques et de s’identifier comme un groupe distinct ne s’oppose pas à leur inclusion en tant qu’« Indiens » visés au par. 91(24).

[40] Dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, notre Cour a tracé les limites de la compétence à l’égard des « Indiens » prévue au par. 91(24). Dans cette affaire, un couple indien habitait dans une réserve durant la majeure partie de l’année, sauf pendant quelques semaines chaque été, au cours desquelles les conjoints vivaient à l’extérieur de la réserve et l’époux travaillait dans une exploitation agricole. Celui-ci est décédé au cours d’une des semaines où il était absent de la réserve. Par suite du décès, le surintendant responsable du district indien (dont faisait partie la réserve) a été nommé administrateur de sa succession conformément à l’art. 43 de la *Loi sur les Indiens*.<sup>8</sup> L’épouse a contesté l’art. 43 au motif

<sup>8</sup> S.R.C. 1970, c. I-6.

Beetz J. concluded that in determining who are “Indians” under s. 91(24), “it would not appear unreasonable to count marriage and filiation and, unavoidably, intermarriages”: p. 207.

[41] These two cases left jurisprudential imprints that assist in deciding whether Métis are part of what is included in s. 91(24). As stated above, *Canard* shows that intermarriage and mixed-ancestry do not preclude groups from inclusion under s. 91(24). And *Re Eskimo* establishes that the fact that a group is a distinct people with a unique identity and history whose members self-identify as separate from Indians, is not a bar to inclusion within s. 91(24).

[42] There is no doubt that the Métis are a distinct people. Their distinctiveness was recognized in two recent cases from this Court — *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670, and *Manitoba Metis Federation*. The issue in *Cunningham* was whether Alberta’s *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by terminating the membership of Métis who voluntarily registered as Indians under the *Indian Act*. The Court concluded that the *Metis Settlements Act* was justified as an ameliorative program. In commenting on the unique history of the Métis, the Court noted that they are “widely recognized as a culturally distinct Aboriginal people living in culturally distinct communities”: para. 7.

[43] And in *Manitoba Metis Federation*, this Court granted declaratory relief to the descendants of Manitoba’s Red River Métis Settlement. The federal *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, promised

qu’il contrevenait à la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44. Bien que la Cour ait statué que ce n’était pas le cas, le juge Beetz a conclu qu’« il n’apparaîtrait pas déraisonnable d’inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens » pour déterminer quelles personnes sont des « Indiens » visés au par. 91(24) (p. 207).

[41] Ces deux arrêts ont laissé dans la jurisprudence des empreintes qui aident à déterminer si les Métis font partie des personnes visées au par. 91(24). Comme il a été indiqué précédemment, l’arrêt *Canard* montre que les mariages entre Indiens et non-Indiens et l’ascendance mixte n’empêchent pas l’inclusion d’un groupe dans le champ d’application du par. 91(24). Et, selon le *Renvoi sur les Esquimaux*, le caractère distinct d’un groupe qui forme un peuple ayant une identité et une histoire uniques et dont les membres s’identifient comme un groupe distinct des Indiens ne fait pas obstacle à l’inclusion dans le champ d’application du par. 91(24).

[42] Il ne fait aucun doute que les Métis forment un peuple distinct. Notre Cour a reconnu leur caractère distinct dans deux affaires récentes, *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, et *Manitoba Metis Federation*. Dans *Cunningham*, il fallait décider si la loi albertaine intitulée *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, violait l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu’elle prévoit que les Métis qui s’inscrivent volontairement comme Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens* renoncent de ce fait à leur statut de membres d’un établissement métis. Notre Cour a conclu que la *Metis Settlements Act* était justifiée en tant que programme améliorateur. Au sujet de l’histoire unique des Métis, la Cour a fait remarquer que ces derniers sont « largement reconnus comme formant un peuple autochtone culturellement distinct et vivant dans des communautés culturellement distinctes » (par. 7).

[43] Et, dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*, notre Cour a rendu le jugement déclaratoire sollicité par les descendants des Métis de la colonie de la rivière Rouge du Manitoba. La *Loi de 1870 sur*

land to the children of the Métis. Errors and delays resulted in many of them receiving inadequate scrip rather than land. The Court held that Canada had a fiduciary relationship with the Métis, and that the Crown's promise to implement the land grant engaged the honour of the Crown. This created a duty of diligent implementation. In so deciding, the Court stated that the Métis of the Red River Settlement are a "distinct community": para. 91.

[44] The Crown, however, submits that including Métis as "Indians" under s. 91(24) is contrary to this Court's decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236. With respect, I think *Blais* can be easily distinguished. The issue in *Blais* was whether a provision of Manitoba's *Natural Resources Transfer Agreement*, which allowed "Indians" to hunt out of season, included Métis. It is true that the Court concluded that "Indians" in the *Natural Resources Transfer Agreement* did not include Métis, but what was at issue was a constitutional agreement, not the Constitution. This, as this Court noted in *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, is a completely different interpretive exercise:

... it is submitted that the intention of the framers should be determinative in interpreting the scope of the heads of power enumerated in ss. 91 and 92 given the decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236, 2003 SCC 44. That case considered the interpretive question in relation to a particular constitutional agreement, as opposed to a head of power which must continually adapt to cover new realities. It is therefore distinguishable and does not apply here. [para. 30]

[45] While there was some overlapping evidence between *Blais* and this case, the interpretation of

*le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, édictée par le Parlement fédéral, promettait des terres aux enfants des Métis. Des erreurs et des retards ont fait en sorte que bon nombre d'entre eux ont reçu des certificats de concession foncière inadéquats plutôt que des terres. La Cour a jugé que le Canada entretenait une relation de nature fiduciaire avec les Métis et que la promesse de la Couronne de mettre en œuvre les concessions de terres engageait l'honneur de celle-ci. Il s'était donc créé une obligation de diligence dans la mise en œuvre. La Cour a également affirmé que les Métis de la colonie de la rivière Rouge constituaient « une communauté distincte » (par. 91).

[44] La Couronne soutient toutefois que le fait de considérer que le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis va à l'encontre de l'arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236. À mon humble avis, j'estime que l'affaire *Blais* peut être facilement distinguée de celle dont nous sommes saisis. Dans ce pourvoi, il s'agissait de déterminer si une disposition de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba, qui permettait aux « Indiens » de chasser hors saison, visait également les Métis. Il est vrai que la Cour a conclu que le mot « Indiens » figurant dans cette convention n'incluait pas les Métis, mais le texte litigieux était un accord de nature constitutionnelle, et non la Constitution. Comme la Cour l'a souligné dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, il s'agit d'un exercice d'interprétation complètement différent :

... on plaide que, selon l'arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44, l'intention des rédacteurs de la Constitution devrait être déterminante dans l'interprétation de la portée des rubriques de compétence énumérées aux art. 91 et 92. Or, cette décision portait sur l'interprétation d'une convention constitutionnelle particulière et non d'une rubrique de compétence qui doit être continuellement adaptée à de nouvelles réalités. Une distinction s'impose donc entre le présent renvoi et cette affaire, qui ne s'applique pas en l'espèce. [par. 30]

[45] Quoique certains éléments de preuve présentés dans l'affaire *Blais* et dans le présent pourvoi



a different record in *Blais* directed at different issues cannot trump the extensive and significantly broader expert testimony and the findings of Phelan J. Of most significance, however, is the fact that this Court itself expressly stated in *Blais* that it was *not* deciding whether s. 91(24) included the Métis. Far from seeing *Blais* as dispositive of the constitutional scope of s. 91(24), the Court emphasized that it left “open for another day the question of whether the term ‘Indians’ in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* includes the Métis — an issue not before us in this appeal”: para. 36.

[46] A broad understanding of “Indians” under s. 91(24) as meaning ‘Aboriginal peoples’, resolves the definitional concerns raised by the parties in this case. Since s. 91(24) includes all Aboriginal peoples, including Métis and non-status Indians, there is no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. They are all “Indians” under s. 91(24) by virtue of the fact that they are all Aboriginal peoples.

[47] Determining whether particular individuals or communities are non-status Indians or Métis and therefore “Indians” under s. 91(24), is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future, but it brings us to whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to the definitional criteria set out in *Powley* in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal, or whether, as the appellants and some of the interveners urged, the membership base should be broader.

[48] The issue in *Powley* was who is Métis under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The case involved

se recoupent, l’interprétation donnée dans *Blais* sur la base d’un dossier différent portant sur des questions différentes ne saurait écarter les témoignages d’experts beaucoup plus larges et approfondis ainsi que les conclusions du juge Phelan. Le fait le plus important toutefois est que, dans *Blais*, la Cour a elle-même expressément affirmé qu’elle *ne* décidait *pas* si les Métis sont inclus dans le champ d’application du par. 91(24). Loin de considérer que cet arrêt décidait définitivement la portée constitutionnelle du par. 91(24), la Cour a souligné que « sera[it] tranchée à une autre occasion la question de savoir si le mot “Indiens” au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s’entend également des Métis — question dont nous ne sommes pas saisis dans le présent pourvoi » (par. 36).

[46] Le fait d’interpréter largement le mot « Indiens » figurant au par. 91(24) et de lui attribuer le sens de « peuples autochtones » permet de répondre aux préoccupations d’ordre définitionnel soulevées par les parties en l’espèce. En effet, comme le par. 91(24) vise tous les peuples autochtones, y compris les Métis et les Indiens non inscrits, il n’est pas nécessaire d’identifier les collectivités d’ascendance mixte formées de Métis et celles formées d’Indiens non inscrits. Tous ces groupes sont des « Indiens » visés au par. 91(24), puisqu’ils sont tous des peuples autochtones.

[47] La question de savoir si des personnes données sont des Indiens non inscrits ou des Métis, et donc des « Indiens » visés au par. 91(24), — ou encore si une collectivité en particulier est formée de telles personnes — est une question de fait qui devra être décidée au cas par cas dans le futur, mais elle nous oblige à nous demander s’il y a lieu, pour l’application du par. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l’arrêt *Powley*, conformément à la décision de la Cour d’appel fédérale, ou s’il faut plutôt, comme l’ont fait valoir les appelants et certains des intervenants, élargir les critères d’appartenance.

[48] Dans l’affaire *Powley*, la question en litige consistait à déterminer qui est un Métis visé à

two Métis hunters who were charged with violating the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1. They claimed that the Métis had an Aboriginal right to hunt for food under s. 35(1). The Court agreed and suggested three criteria for defining who qualifies as Métis for purposes of s. 35(1):

1. Self-identification as Métis;
2. An ancestral connection to an historic Métis community; and
3. Acceptance by the modern Métis community.

[49] The third criterion — community acceptance — raises particular concerns in the context of this case. The criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights: para. 13. That is why acceptance by the community was found to be, for purposes of who is included as Métis under s. 35, a prerequisite to holding those rights. Section 91(24) serves a very different constitutional purpose. It is about the federal government's relationship with Canada's Aboriginal peoples. This includes people who may no longer be accepted by their communities because they were separated from them as a result, for example, of government policies such as Indian Residential Schools. There is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding them from Parliament's protective authority on the basis of a "community acceptance" test.

[50] The first declaration should, accordingly, be granted as requested. Non-status Indians and Métis are "Indians" under s. 91(24) and it is the federal government to whom they can turn.

l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans cette affaire, deux chasseurs métis qui avaient été accusés d'avoir enfreint la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, c. G.1, ont fait valoir que les Métis possédaient, en vertu du par. 35(1), un droit ancestral de chasser pour se nourrir. La Cour leur a donné raison et a proposé trois critères pour définir qui peut être considéré comme un Métis pour l'application du par. 35(1) :

1. l'auto-identification comme Métis;
2. l'existence de liens ancestraux avec une collectivité métisse historique;
3. l'acceptation par la collectivité métisse actuelle.

[49] Le troisième critère — l'acceptation par la collectivité — suscite des préoccupations particulières en l'espèce. Les critères de l'arrêt *Powley* ont été établis spécialement pour l'application de l'art. 35, lequel a pour objet de protéger des droits collectifs historiques (par. 13). C'est la raison pour laquelle, afin de déterminer qui est un Métis visé à l'art. 35, l'acceptation par la collectivité a été jugée constituer un préalable à la reconnaissance de tels droits. Le paragraphe 91(24) vise pour sa part un objectif constitutionnel très différent. Il concerne la relation du gouvernement fédéral avec les peuples autochtones du Canada. Il est possible que, parmi les personnes visées par cette disposition, certaines ne soient plus acceptées par leurs collectivités parce qu'elles en auraient été séparées en raison, par exemple, de politiques gouvernementales comme celle relative aux pensionnats indiens. Il n'existe aucune raison logique justifiant de priver présomptivement et arbitrairement de telles personnes de la protection qu'offre le pouvoir de légiférer du Parlement sur la base d'un critère requérant leur « acceptation par la collectivité ».

[50] Il y a donc lieu d'accorder le premier jugement déclaratoire demandé. Les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), et c'est vers le gouvernement fédéral qu'ils peuvent se tourner.

[51] But federal jurisdiction over Métis and non-status Indians does not mean that all provincial legislation pertaining to Métis and non-status Indians is inherently *ultra vires*. This Court has recognized that courts “should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government”: *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 37 (emphasis in original). Moreover, this Court has been clear that federal authority under s. 91(24) does not bar valid provincial schemes that do not impair the core of the “Indian” power: *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, [2010] 2 S.C.R. 696, at para. 3.

[52] I agree, however, with both the trial judge and the Federal Court of Appeal that neither the second nor third declaration should be granted.

[53] The second declaration sought is to recognize that the Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, accepted that Canada’s Aboriginal peoples have a fiduciary relationship with the Crown and *Manitoba Metis Federation* accepted that such a relationship exists between the Crown and Métis. As a result, the declaration lacks practical utility because it is restating settled law.

[54] The third declaration sought is that Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

[55] The claim is that the First Ministers’ conferences anticipated by ss. 37 and 37.1 of the *Constitution*

[51] Cependant, le fait que le gouvernement fédéral ait compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires*. Comme l’a reconnu notre Cour, il importe que les tribunaux « privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 37 (en italique dans l’original)). En outre, la Cour a précisé que la compétence fédérale sur les Indiens prévue au par. 91(24) n’empêche pas l’instauration de régimes provinciaux valides qui ne portent pas atteinte à son contenu essentiel (*NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, [2010] 2 R.C.S. 696, par. 3).

[52] Je suis toutefois d’accord avec le juge de première instance et la Cour d’appel fédérale pour dire qu’il n’y a pas lieu de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires.

[53] Le deuxième jugement déclaratoire demandé vise à faire reconnaître que la Couronne a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits. Dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, notre Cour a admis qu’il existe une relation de nature fiduciaire entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne et, dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*, elle a reconnu l’existence d’une telle relation entre la Couronne et les Métis. Par conséquent, le jugement déclaratoire demandé n’a aucune utilité pratique, parce qu’il ne ferait que réaffirmer des principes de droit bien établis.

[54] Le troisième jugement déclaratoire sollicité porte que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à ce que le gouvernement fédéral les consulte et négocie avec eux de bonne foi sur une base collective, par l’entremise de représentants de leur choix, relativement à l’ensemble de leurs droits, intérêts et besoins en tant que peuples autochtones.

[55] L’argument invoqué au soutien du troisième jugement déclaratoire est que les conférences des



*Act, 1982*<sup>9</sup> did not yield the hoped-for results in identifying and defining Aboriginal rights. The subsequent lack of progress implies that the federal government has not fulfilled its constitutional obligations.

[56] However, *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 257, and *Powley* already recognize a context-specific duty to negotiate when Aboriginal rights are engaged. Because it would be a restatement of the existing law, the third declaration too lacks practical utility.

<sup>9</sup> 37. (1) A constitutional conference composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada within one year after this Part comes into force.

(2) The conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda an item respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, including the identification and definition of the rights of those peoples to be included in the Constitution of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on that item.

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in the discussions on any item on the agenda of the conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

37.1 (1) In addition to the conference convened in March 1983, at least two constitutional conferences composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada, the first within three years after April 17, 1982 and the second within five years after that date.

(2) Each conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on those matters.

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in the discussions on any item on the agenda of a conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

(4) Nothing in this section shall be construed so as to derogate from subsection 35(1).

premiers ministres prévues aux art. 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>9</sup> n'ont pas produit les résultats souhaités quant à la détermination et à la définition des droits ancestraux. Le peu de progrès réalisé par la suite impliquerait que le gouvernement fédéral ne s'est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles.

[56] Toutefois, les arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257, et *Powley* reconnaissent déjà l'existence d'une obligation de négocier lorsque des droits ancestraux sont en jeu, obligation qui est fonction du contexte particulier. Comme il réaffirmerait des principes de droit existants, le troisième jugement déclaratoire demandé n'a lui non plus aucune utilité pratique.

<sup>9</sup> 37. (1) Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

37.1 (1) En sus de la conférence convoquée en mars 1983, le premier ministre du Canada convoque au moins deux conférences constitutionnelles réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, la première dans les trois ans et la seconde dans les cinq ans suivant le 17 avril 1982.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour des conférences visées au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

(4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger au paragraphe 35(1).

[57] For the foregoing reasons, while I agree with the Federal Court of Appeal and the trial judge that the second and third declarations should not be granted, I would restore the trial judge's decision that the word "Indians" in s. 91(24) includes Métis and non-status Indians.

[58] The appeal is therefore allowed in part and the Federal Court of Appeal's conclusion that the first declaration should exclude non-status Indians or apply only to those Métis who meet the *Powley* criteria, is set aside. It follows that the cross-appeal is dismissed. The appellants are entitled to their costs.

*Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed, with costs.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: University of Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitor for the respondents/appellants on cross-appeal: Attorney General of Canada, Saskatoon, Ottawa and Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Native Council of Nova Scotia, the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and the Native Council of Prince Edward Island: Burchells, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Metis Settlements General Council: Witten, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Métis Federation of Canada: Devlin Gailus Westaway, Victoria.*

[57] Pour les motifs qui précèdent, bien que je convienne avec la Cour d'appel fédérale et le juge de première instance qu'il n'y a pas lieu de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires, je rétablirais la décision du juge de première instance selon laquelle le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis et les Indiens non inscrits.

[58] Le pourvoi est donc accueilli en partie et la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s'appliquer qu'aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l'arrêt *Powley* est annulée. Le pourvoi incident est en conséquence rejeté. Les appelants ont droit à leurs dépens.

*Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté, avec dépens.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Université d'Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureur des intimés/appellants au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Saskatoon, Ottawa et Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs des intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island : Burchells, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenant Metis Settlements General Council : Witten, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération Métisse du Canada : Devlin Gailus Westaway, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada: JFK Law Corporation, Vancouver and Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the Gift Lake Métis Settlement: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Native Alliance of Quebec: Gagné Letarte, Québec.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Métis National Council: Métis National Council, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada : JFK Law Corporation, Vancouver et Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenant Gift Lake Métis Settlement : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec : Gagné Letarte, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le Ralliement national des Métis : Ralliement national des Métis, Ottawa.*

# **TAB 5**

**Mary Danyluk** Appellant

v.

**Ainsworth Technologies Inc., Ainsworth Electric Co. Limited, F. Jack Purchase, Paul S. Gooderham, Jack A. Taylor, Ross A. Pool, Donald W. Roberts, Timothy I. Pryor, Clifford J. Ainsworth, John F. Ainsworth, Kenneth D. Ainsworth, Melville O'Donohue, Donald J. Hawthorne, William I. Welsh and Joseph McBride Watson** Respondents

INDEXED AS: DANYLUK v. AINSWORTH TECHNOLOGIES INC.

Neutral citation: 2001 SCC 44.

File No.: 27118.

2000: October 31; 2001: July 12.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Administrative law — Issue estoppel — Employee filing complaint against employer under Employment Standards Act seeking unpaid wages and commissions — Employee subsequently commencing court action against employer for wrongful dismissal and unpaid wages and commissions — Employment standards officer dismissing employee's complaint — Employer arguing that employee's claim for unpaid wages and commissions before court barred by issue estoppel — Whether officer's failure to observe procedural fairness in deciding employee's complaint preventing application of issue estoppel — Whether preconditions to application of issue estoppel satisfied — If so, whether this Court should exercise its discretion and refuse to apply issue estoppel.*

In 1993, an employee became involved in a dispute with her employer over unpaid commissions. No agreement was reached, and the employee filed a complaint under the *Employment Standards Act* ("ESA") seeking

**Mary Danyluk** Appelante

c.

**Ainsworth Technologies Inc., Ainsworth Electric Co. Limited, F. Jack Purchase, Paul S. Gooderham, Jack A. Taylor, Ross A. Pool, Donald W. Roberts, Timothy I. Pryor, Clifford J. Ainsworth, John F. Ainsworth, Kenneth D. Ainsworth, Melville O'Donohue, Donald J. Hawthorne, William I. Welsh et Joseph McBride Watson** Intimés

RÉPERTOIRIÉ : DANYLUK c. AINSWORTH TECHNOLOGIES INC.

Référence neutre : 2001 CSC 44.

Nº du greffe : 27118.

2000 : 31 octobre; 2001 : 12 juillet.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit administratif — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Plainte déposée par une employée contre son employeur en vertu de la Loi sur les normes de l'emploi et réclamant le versement de salaire et commissions impayés — Action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié et pour salaire et commissions impayés intentée subséquemment par l'employée contre l'employeur — Rejet de la plainte par l'agente des normes d'emploi — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée plaidée par l'employeur à l'égard de la réclamation pour salaire et commissions impayés — L'inobservation de l'équité procédurale par l'agente des normes dans sa décision sur la plainte de l'employée empêche-t-elle l'application de cette doctrine? — Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont-elles réunies? — Dans l'affirmative, notre Cour doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer cette doctrine?*

En 1993, un différend relatif à des commissions impayées a opposé une employée et son employeur. Aucune entente n'est intervenue et l'employée a déposé, en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi* (la « LNE »),

unpaid wages, including commissions. The employer rejected the claim for commissions and eventually took the position that the employee had resigned. An employment standards officer spoke with the employee by telephone and met with her for about an hour. Before the decision was made, the employee commenced a court action claiming damages for wrongful dismissal and the unpaid wages and commissions. The ESA proceedings continued, but the employee was not made aware of the employer's submissions in the ESA claim or given an opportunity to respond to them. The ESA officer rejected the employee's claim and ordered the employer to pay her \$2,354.55, representing two weeks' pay in lieu of notice. She advised the employer of her decision and, 10 days later, notified the employee. Although she had no appeal as of right, the employee was entitled to apply under the ESA for a statutory review of this decision. She elected not to do so and carried on with her wrongful dismissal action. The employer moved to strike the part of the statement of claim that overlapped the ESA proceeding. The motions judge considered the ESA decision to be final and concluded that the claim for unpaid wages and commissions was barred by issue estoppel. The Court of Appeal affirmed the decision.

*Held:* The appeal should be allowed.

Although, in general, issue estoppel is available to preclude an unsuccessful party from relitigating in the courts what has already been litigated before an administrative tribunal, this is not a proper case for its application. Finality is a compelling consideration and judicial decisions should generally be conclusive of the issues decided unless and until reversed on appeal. However, estoppel is a public policy doctrine designed to advance the interests of justice. Where, as here, its application bars the courthouse door against a claim because of an administrative decision made in a manifestly improper and unfair manner, a re-examination of some basic principles is warranted.

une plainte dans laquelle elle réclamait le versement de salaire impayé, y compris des commissions. L'employeur a rejeté sa demande de commissions et a finalement considéré qu'elle avait remis sa démission. Une agente des normes d'emploi a eu un entretien téléphonique avec l'employée, qu'elle a ensuite rencontrée pendant environ une heure. Avant que la décision soit rendue, l'employée a intenté une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié dans laquelle elle demandait le paiement du salaire et des commissions. La procédure prévue par la LNE a suivi son cours, mais l'employée n'a pas été avisée des arguments invoqués par l'employeur au sujet de sa plainte et elle n'a pas eu la possibilité d'y répondre. L'agente des normes d'emploi a rejeté la réclamation de l'employée et a ordonné à l'employeur de verser à cette dernière la somme de 2 354,55 \$, soit deux semaines de salaire, à titre d'indemnité de préavis. Elle a informé l'employeur de sa décision et, 10 jours plus tard, elle en a avisé l'employée. L'employée ne pouvait interjeter appel de plein droit mais elle avait, en vertu de la LNE, le droit de demander la révision de cette décision. Elle a choisi de ne pas le faire et a plutôt poursuivi son action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié. L'employeur a présenté une requête en radiation de la partie de la déclaration qui recoupait la procédure engagée en vertu de la LNE. Le juge des requêtes a considéré que la décision fondée sur la LNE était définitive et il a conclu que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée faisait obstacle à la réclamation pour salaire et commissions impayés. La Cour d'appel a confirmé la décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

Bien que, en règle générale, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) puisse être invoquée pour empêcher une partie déboutée de saisir les cours de justice d'une question qu'elle a déjà plaidée sans succès devant un tribunal administratif, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où il convient d'appliquer cette doctrine. Le caractère définitif des instances est une considération impérieuse et, en règle générale, une décision judiciaire devrait trancher les questions litigieuses de manière définitive, tant qu'elle n'est pas infirmée en appel. Toutefois, la préclusion est une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice. Dans les cas où, comme en l'espèce, par suite d'une décision administrative prise à l'issue d'une procédure qui était manifestement inappropriée et inéquitable, l'application de cette doctrine empêche le recours aux cours de justice, il convient de réexaminer certains principes fondamentaux.

The preconditions to the operation of issue estoppel are threefold: (1) that the same question has been decided in earlier proceedings; (2) that the earlier judicial decision was final; and (3) that the parties to that decision or their privies are the same in both the proceedings. If the moving party successfully establishes these preconditions, a court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel ought to be applied.

The preconditions require the prior proceeding to be judicial. Here, the ESA decision was judicial. First, the administrative authority issuing the decision is capable of receiving and exercising adjudicative authority. Second, as a matter of law, the decision was required to be made in a judicial manner. While the ESA officers utilize procedures more flexible than those that apply in the courts, their adjudicative decisions must be based on findings of fact and the application of an objective legal standard to those facts.

The appellant denies the applicability of issue estoppel because, as found by the Court of Appeal, the ESA decision was taken without proper notice to the appellant and she was not given an opportunity to meet the employer's case. It is clear that an administrative decision which is made without jurisdiction from the outset cannot form the basis of an estoppel. Where an administrative officer or tribunal initially possessed the jurisdiction to make a decision in a judicial manner but erred in the exercise of that jurisdiction, the resulting decision is nevertheless capable of forming the basis of an estoppel. Alleged errors in carrying out the mandate are matters to be considered by the court in the exercise of its discretion. This result makes the principle governing estoppel consistent with the law governing judicial review in *Harelkin* and collateral attack in *Maybrun*.

In this case, the pre-conditions for issue estoppel have been met: the same issue is raised in both proceedings, the decision of the ESA officer was final for the purposes of the Act since neither the employer nor the employee took advantage of the internal review procedure, and the parties are identical. The Court must therefore decide whether to refuse to apply estoppel as a mat-

Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont au nombre de trois : (1) que la même question ait été décidée dans une procédure antérieure; (2) que la décision judiciaire antérieure soit définitive; (3) que les parties ou leurs ayants droit soient les mêmes dans chacune des instances. Si le requérant réussit à établir l'existence des conditions d'application, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion devrait être appliquée.

Suivant ces conditions, la décision antérieure doit être une décision judiciaire. En l'espèce, la décision fondée sur la LNE était judiciaire. Premièrement, le décideur administratif ayant rendu la décision peut être investi d'un pouvoir juridictionnel et il est capable d'exercer ce pouvoir. Deuxièmement, sur le plan juridique, la décision devait être prise judiciairement. Bien que les agents des normes d'emploi aient recours à des procédures plus souples que celles des cours de justice, leurs décisions juridictionnelles doivent s'appuyer sur des conclusions de fait et sur l'application à ces faits d'une norme juridique objective.

L'appelante conteste l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée parce que, conformément à la conclusion de la Cour d'appel, la décision fondée sur la LNE a été rendue sans qu'on donne à l'appelante un préavis suffisant et la possibilité de répondre aux prétentions de l'employeur. Il est clair qu'une décision administrative qui a au départ été prise sans la compétence requise ne peut fonder l'application de la préclusion. Lorsque le décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal — avait initialement compétence pour rendre une décision de manière judiciaire, mais a commis une erreur dans l'exercice de cette compétence, la décision rendue est néanmoins susceptible de fonder l'application de la préclusion. Les erreurs qui auraient été commises dans l'accomplissement du mandat doivent être prises en considération par la cour de justice dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela a pour effet d'assurer la conformité du principe régissant la préclusion avec les règles de droit relatives au contrôle judiciaire énoncées dans l'arrêt *Harelkin* et celles relatives aux contestations indirectes énoncées dans l'arrêt *Maybrun*.

En l'espèce, les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont réunies : la même question est à l'origine des deux instances, la décision de l'agente des normes avait un caractère définitif pour l'application de la Loi en raison du fait que ni l'employeur ni l'employée ne se sont prévalus du mécanisme de révision interne, et les parties

ter of discretion. Here this Court is entitled to intervene because the lower courts committed an error of principle in failing to address the issue of the discretion. The list of factors to be considered with respect to its exercise is open. The objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice, but not at the cost of real injustice in the particular case. The factors relevant to this case include the wording of the statute from which the power to issue the administrative order derives, the purpose of the legislation, the availability of an appeal, the safeguards available to the parties in the administrative procedure, the expertise of the administrative decision maker, the circumstances giving rise to the prior administrative proceeding and, the most important factor, the potential injustice. On considering the cumulative effect of the foregoing factors, the Court in its discretion should refuse to apply issue estoppel in this case. The stubborn fact remains that the employee's claim to commissions worth \$300,000 has simply never been properly considered and adjudicated.

### Cases Cited

**Considered:** *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248; **disapproved in part:** *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; **referred to:** *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292; *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *Robinson v. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103; *Bell v. Miller* (1862), 9 Gr. 385; *Raison v. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622; *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182; *Machin v. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326; *Hamelin v. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112; *Thrasyvoulou v. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173; *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12; *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181; *Machado*

sont les mêmes. La Cour doit par conséquent décider si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer la préclusion. En l'espèce, notre Cour a le droit d'intervenir puisque les tribunaux de juridiction inférieure ont commis une erreur de principe en omettant d'examiner la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La liste des facteurs à considérer pour l'exercice de ce pouvoir n'est pas exhaustive. L'objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice dans une affaire donnée. Parmi les facteurs pertinents en l'espèce, mentionnons : le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l'ordonnance administrative, l'objet du texte de la loi, l'existence d'un droit d'appel, les garanties offertes aux parties dans le cadre de l'instance administrative, l'expertise du décideur administratif, les circonstances ayant donné naissance à l'instance administrative initiale et, facteur le plus important, le risque d'injustice. Vu l'effet cumulatif des facteurs susmentionnés, la Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, doit refuser d'appliquer en l'espèce la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. En effet, le fait demeure que la réclamation de l'employée visant des commissions totalisant 300 000 \$ n'a tout simplement jamais été examinée et tranchée adéquatement.

### Jurisprudence

**Arrêt examiné :** *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248; **arrêt critiqué en partie :** *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267; **arrêts mentionnés :** *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292; *Farwell c. La Reine* (1894), 22 R.C.S. 553; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *Robinson c. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103; *Bell c. Miller* (1862), 9 Gr. 385; *Raison c. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622; *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182; *Machin c. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326; *Hamelin c. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112; *Thrasyvoulou c. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420; *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173; *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12; *Thoday c. Thoday*,



v. *Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132; *Randhawa v. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19; *Heynen v. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183; *Perez v. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145; *Munyal v. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58; *Alderman v. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535; *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Poucher v. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89; *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72; *Arnold v. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41; *Susan Shoe Industries Ltd. v. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660; *Iron v. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1.

[1964] P. 181; *Machado c. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132; *Randhawa c. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19; *Heynen c. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183; *Perez c. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145; *Munyal c. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58; *Alderman c. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535; *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128; *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Poucher c. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321; *Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89; *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72; *Arnold c. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41; *Susan Shoe Industries Ltd. c. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660; *Iron c. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1.

### Statutes and Regulations Cited

*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 23(1).  
*Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 1 "wages", 2(2), 6, 65(1)(a), (b), (c) [rep. & sub. 1991, c. 16 (Supp.), s. 9(1)], (7) [ad. *idem*, s. 9(2)], 67(1) [am. *idem*, s. 10(1)], (2) [rep. & sub. *idem*, s. 10(2)], (3) [ad. *idem*], (5) [*idem*], (7) [*idem*], 68(1) [am. *idem*, s. 11(1); am. 1991, c. 5, s. 16; am. 1993, c. 27, sch.], (3) [rep. & sub. 1991, c. 16 (Supp.), s. 11(2)], (7).  
*Employment Standards Improvement Act*, 1996, S.O. 1996, c. 23, s. 19(1).  
 O. Reg. 626/00, s. 1(1).

### Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1982.  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2).  
 Handley, K. R. "Res Judicata: General Principles and Recent Developments" (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214.  
 Holmsted, George Smith, and Garry D. Watson. *Ontario Civil Procedure*, vol. 3 Supp. Toronto: Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2000, release 3).

### Lois et règlements cités

*Loi de 1996 sur l'amélioration des normes d'emploi*, L.O. 1996, ch. 23, art. 19(1).  
*Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 1 « salaire », 2(2), 6, 65(1)a), b), c) [abr. & rempl. 1991, ch. 16 (suppl.), art. 9(1)], (7) [aj. *idem*, art. 9(2)], 67(1) [mod. *idem*, art. 10(1)], (2) [abr. & rempl. *idem*, art. 10(2)], (3) [aj. *idem*], (5) [*idem*], (7) [*idem*], 68(1) [mod. *idem*, art. 11(1); mod. 1991, ch. 5, art. 16; mod. 1993, ch. 27, ann.], (3) [abr. & rempl. 1991, ch. 16 (suppl.), art. 11(2)], (7).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 23(1).  
 Règl. de l'Ont. 626/00, art. 1(1).

### Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d*, vol. 2. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1982.  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 2. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated 2001, release 2).  
 Handley, K. R. « Res Judicata: General Principles and Recent Developments » (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214.  
 Holmsted, George Smith, and Garry D. Watson. *Ontario Civil Procedure*, vol. 3 Supp. Toronto: Carswell, 1984 (loose-leaf updated 2000, release 3).

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 2000.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

Spencer Bower, George, and Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 3rd ed. by K. R. Handley. London, U.K.: Butterworths, 1996.

Watson, Garry D. "Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 42 O.R. (3d) 235, 167 D.L.R. (4th) 385, 116 O.A.C. 225, 12 Admin. L.R. (3d) 1, 41 C.C.E.L. (2d) 19, 27 C.P.C. (4th) 91, [1998] O.J. No. 5047 (QL), dismissing the appellant's appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) rendered on June 10, 1996. Appeal allowed.

*Howard A. Levitt and J. Michael Mulroy, for the appellant.*

*John E. Brooks and Rita M. Samson, for the respondents.*

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The appellant claims that she was fired from her position as an account executive with the respondent Ainsworth Technologies Inc. on October 12, 1993. She says that at the time of her dismissal she was owed by her employer some \$300,000 in unpaid commissions. The courts in Ontario have held that she is "estopped" from having her day in court on this issue because of an earlier failed attempt to claim the same unpaid monies under the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14 ("ESA" or "Act"). An employment standards officer, adopting a procedure which the Ontario Court of Appeal held to be improper and unfair, denied the claim. I agree that in general issue estoppel is available to preclude an unsuccessful party from relitigating in the courts what has already been unsuccessfully litigated before an administrative tribunal, but in my view this was not a proper case for its application. A judicial doctrine developed to serve the ends of justice

Lange, Donald J. *The Doctrine of Res Judicata in Canada*. Markham, Ont. : Butterworths, 2000.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman, and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

Spencer Bower, George, and Sir Alexander Kingcome Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 3rd ed. by K. R. Handley. London, U.K. : Butterworths, 1996.

Watson, Garry D. « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 42 O.R. (3d) 235, 167 D.L.R. (4th) 385, 116 O.A.C. 225, 12 Admin. L.R. (3d) 1, 41 C.C.E.L. (2d) 19, 27 C.P.C. (4th) 91, [1998] O.J. No. 5047 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'appelante contre une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) rendue le 10 juin 1996. Pourvoi accueilli.

*Howard A. Levitt et J. Michael Mulroy, pour l'appelante.*

*John E. Brooks et Rita M. Samson, pour les intimés.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'appelante prétend que, le 12 octobre 1993, elle a été congédiée du poste de chargée de projet qu'elle occupait chez l'intimée Ainsworth Technologies Inc. Elle soutient que, au moment de son congédiement, son employeur lui devait quelque 300 000 \$ en commissions impayées. Les cours de justice ontariennes ont jugé que l'appelante était précluse (« *estopped* ») de saisir les tribunaux de ce différend en raison de sa tentative infructueuse d'obtenir le paiement de cette somme en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14 (la « LNE » ou la « Loi »). Adoptant une procédure que la Cour d'appel de l'Ontario a jugé inappropriée et inéquitable, une agente des normes d'emploi a rejeté la demande de l'appelante. En règle générale, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (« *issue estoppel* ») peut, j'en conviens, être invoquée pour empêcher une partie déboutée de saisir les cours de justice d'une question qu'elle a déjà plaidée sans succès devant un tribunal administratif. Toutefois, je suis d'avis que la présente espèce

should not be applied mechanically to work an injustice. I would allow the appeal.

### I. Facts

<sup>2</sup> In the fall of 1993, the appellant became involved in a dispute with her employer, the respondent Ainsworth Technologies Inc., over unpaid commissions. The appellant met with her superiors and sent various letters to them outlining her position. These letters were generally copied to her lawyer, Mr. Howard A. Levitt. Her principal complaint concerned an alleged entitlement to commissions of about \$200,000 in respect of a project known as the CIBC Lan project, plus other commissions which brought the total to about \$300,000.

<sup>3</sup> The appellant rejected a proposed settlement from the employer. On October 4, 1993, she filed a complaint under the ESA seeking unpaid wages, including commissions. It is not clear on the record whether she had legal advice on this aspect of the matter. On October 5, the employer wrote to the appellant rejecting her claim for commissions and eventually took the position that she had resigned and physically escorted her off the premises.

<sup>4</sup> An employment standards officer, Ms. Caroline Burke, was assigned to investigate the appellant's complaint. She spoke with the appellant by telephone and on or about January 30, 1994 met with her for about an hour. The appellant gave Ms. Burke various documents including her correspondence with the employer. They had no further meetings.

<sup>5</sup> On March 21, 1994, more than six months after filing her claim under the Act, but as yet without an ESA decision, the appellant, through Mr. Levitt, commenced a court action in which she claimed

n'est pas une affaire où il convenait d'appliquer cette doctrine. Une doctrine élaborée par les tribunaux dans l'intérêt de la justice ne devrait pas être appliquée mécaniquement et donner lieu à une injustice. J'accueillerais le pourvoi.

### I. Les faits

À l'automne 1993, un différend relatif à des commissions impayées a opposé l'appelante et son employeur, l'intimée Ainsworth Technologies Inc. L'appelante a rencontré ses supérieurs et elle leur a envoyé diverses lettres exposant son point de vue. Copie conforme de chacune de ces lettres était généralement transmise à son avocat, M<sup>e</sup> Howard A. Levitt. L'appelante prétendait principalement avoir droit à environ 200 000 \$ à titre de commissions à l'égard d'un projet connu sous le nom de projet CIBC Lan, ainsi qu'à d'autres commissions portant à approximativement 300 000 \$ la somme totale réclamée.

L'appelante a rejeté le règlement proposé par l'employeur. Le 4 octobre 1993, elle a déposé, en vertu de la LNE, une plainte dans laquelle elle réclamait le versement de salaire impayé, y compris des commissions. Le dossier n'indique pas clairement si elle a profité des conseils d'un avocat sur cet aspect du litige. Le 5 octobre, l'employeur a écrit à l'appelante, lui indiquant qu'il rejetait sa demande visant les commissions. Subséquemment, lorsqu'elle s'est présentée au travail, il l'a fait conduire hors de ses locaux, considérant qu'elle avait remis sa démission.

On a demandé à une agente des normes d'emploi, M<sup>me</sup> Caroline Burke, d'enquêter sur la plainte déposée par l'appelante. Madame Burke a d'abord eu un entretien téléphonique avec l'appelante puis, vers le 30 janvier 1994, elle l'a rencontrée pendant environ une heure. L'appelante a remis à M<sup>me</sup> Burke divers documents, dont sa correspondance avec l'employeur. Aucune autre rencontre n'a eu lieu par la suite.

Le 21 mars 1994, plus de 6 mois après avoir déposé sa plainte en vertu de la Loi, mais sans qu'une décision ait encore été rendue à cet égard, l'appelante a intenté, par l'entremise de M<sup>e</sup> Levitt,

damages for wrongful dismissal. She also claimed the unpaid wages and commissions that were already the subject-matter of her ESA claim.

On June 1, 1994, solicitors for the employer wrote to Ms. Burke responding to the appellant's claim. The employer's letter included a number of documents to substantiate its position. None of this was copied to the appellant. Nor did Ms. Burke provide the appellant with information about the employer's position; nor did she give the appellant the opportunity to respond to whatever the appellant may have assumed to be the position the employer was likely to take. The appellant, in short, was left out of the loop.

On September 23, 1994, the ESA officer advised the respondent employer (but not the appellant) that she had rejected the appellant's claim for unpaid commissions. At the same time she ordered the employer to pay the appellant \$2,354.55, representing two weeks' pay in lieu of notice. Ten days later, by letter dated October 3, 1994, Ms. Burke for the first time advised the appellant of the order made against the employer for two weeks' termination pay and the rejection of her claim for the commissions. The letter stated in part: "[w]ith respect to your claim for unpaid wages, the investigation revealed there is no entitlement to \$300,000.00 commission as claimed by you". The letter went on to explain that the appellant could apply to the Director of Employment Standards for a review of this decision. Ms. Burke repeated this advice in a subsequent telephone conversation with the appellant. The appellant did not apply to the Director for a review of Ms. Burke's decision; instead, she decided to carry on with her wrongful dismissal action in the civil courts.

The respondents contended that the claim for unpaid wages and commissions was barred by issue estoppel. They brought a motion in the appellant's civil action to strike the relevant paragraphs

une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié dans laquelle elle demandait également le paiement du salaire et des commissions impayés qui faisaient déjà l'objet de la plainte qu'elle avait présentée en vertu de la LNE.

Le 1<sup>er</sup> juin 1994, les procureurs de l'employeur ont écrit à M<sup>me</sup> Burke au sujet de la plainte de l'appelante. La lettre de l'employeur était accompagnée d'un certain nombre de documents étayant la thèse de ce dernier. Aucun de ces documents n'a été communiqué à l'appelante. Madame Burke n'a pas non plus fourni d'information à l'appelante relativement à la thèse de l'employeur et elle ne lui a pas donné la possibilité de répondre aux arguments qui, selon l'appelante, seraient vraisemblablement avancés par l'employeur. Bref, l'appelante a été tenue à l'écart.

Le 23 septembre 1994, l'agente des normes d'emploi a informé l'employeur intimé (mais non l'appelante) qu'elle avait rejeté la réclamation de l'appelante pour commissions impayées. Par contre, elle a ordonné à l'employeur de verser à l'appelante la somme de 2 354,55 \$, soit deux semaines de salaire, à titre d'indemnité de préavis. Dix jours plus tard, dans une lettre datée du 3 octobre 1994, M<sup>me</sup> Burke a informé l'appelante de l'ordonnance intimant à l'employeur de lui verser deux semaines de salaire à titre d'indemnité de licenciement et du rejet de la réclamation visant les commissions. La lettre disait notamment ce qui suit : [TRADUCTION] « [r]elativement à votre réclamation pour salaire impayé, l'enquête a révélé que vous n'avez pas droit aux 300 000,00 \$ que vous réclamez à titre de commissions ». Elle ajoutait que l'appelante pouvait présenter au directeur des normes d'emploi une demande de révision de cette décision, information que M<sup>me</sup> Burke a répétée lors d'un entretien téléphonique subséquent avec l'appelante. L'appelante n'a toutefois pas demandé la révision de la décision de M<sup>me</sup> Burke, décidant plutôt de poursuivre son action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié déposée au civil.

Les intimés ont invoqué la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à l'encontre de la réclamation pour salaire et commissions impayés. Dans le cadre de l'instance civile engagée par l'ap-

6

7

8

from the statement of claim. On June 10, 1996, McCombs J. of the Ontario Court (General Division) granted the respondents' motion. Only her claim for damages for wrongful dismissal was allowed to proceed. On December 2, 1998, the appellant's appeal was dismissed by the Court of Appeal for Ontario.

## II. Judgments

### A. *Ontario Court (General Division)* (June 10, 1996)

9 The issue before McCombs J. was whether the doctrine of issue estoppel applied in the present case. Following *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), he concluded that issue estoppel could apply to issues previously determined by an administrative officer or tribunal. In his view, the sole issue to be determined was whether the ESA officer's decision was a final determination. The motions judge noted that the appellant did not seek to appeal or review the ESA officer's decision under s. 67(2) of the Act, as she was entitled to do if she wished to contest that decision. He considered the ESA decision to be final. The criteria for the application of issue estoppel were therefore met. The paragraphs relating to the appellant's claim for unpaid wages and commissions were struck from her statement of claim.

### B. *Court of Appeal for Ontario* (1998), 42 O.R. (3d) 235

10 After reviewing the facts of the case, Rosenberg J.A. for the court identified, at pp. 239-40, the issues raised by the appellant's appeal:

This case concerns the second requirement of issue estoppel, that the decision which is said to create the estoppel be a final judicial decision. The appellant submits that the decision of an employment standards officer is neither judicial nor final. She also submits that, in any event, the process followed by Ms. Burke in this particular case was unfair and therefore her decision

pelante, ils ont présenté une requête en radiation des paragraphes pertinents de la déclaration. Le 10 juin 1996, le juge McCombs de la Cour de l'Ontario (Division générale) a accueilli cette requête. Seule la demande de dommages-intérêts pour congédiement injustifié a pu suivre son cours. Le 2 décembre 1998, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel formé par l'appelante.

## II. Les décisions des juridictions inférieures

### A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (10 juin 1996)

Le juge McCombs devait décider si la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'appliquait en l'espèce. S'appuyant sur l'arrêt *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 17 O.R. (3d) 267 (C.A.), il a estimé que cette doctrine pouvait s'appliquer à une question déjà tranchée par un décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal. Selon lui, la seule question à trancher était de savoir si la décision de l'agente des normes d'emploi était une décision définitive. Le juge des requêtes a souligné que l'appelante n'avait pas demandé la révision de la décision de l'agente des normes d'emploi ainsi que le lui permettait le par. 67(2) de la Loi. Il a considéré que la décision de l'agente des normes d'emploi était définitive. Les critères d'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient donc respectés. Les paragraphes de la déclaration de l'appelante ayant trait aux salaire et commissions impayés ont été radiés.

### B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1998), 42 O.R. (3d) 235

Après examen des faits de l'espèce, le juge Rosenberg, s'exprimant pour la Cour d'appel, a fait état des questions que soulevait l'appel aux p. 239-240 :

[TRADUCTION] La présente affaire porte sur la seconde condition d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, savoir celle voulant que la décision qui, affirme-t-on, donne ouverture à la préclusion soit une décision judiciaire définitive. L'appelante prétend que la décision que rend un agent des normes d'emploi n'est ni judiciaire ni définitive. Elle soutient

should not create an estoppel. Specifically, the appellant argues she was not treated fairly as she was not provided with a copy of the submissions made by the employer and thus not given an opportunity to respond to those submissions.

In rejecting these submissions, Rosenberg J.A. grouped them under three headings: whether the ESA officer's decision was final; whether the ESA officer's decision was judicial; and the effect of procedural unfairness on the application of the doctrine of issue estoppel.

In his view, the decision of the officer in the present case was final because neither party exercised the right of internal appeal under s. 67(2) of the Act. Moreover, while not all administrative decisions that finally determine the rights of parties will be "judicial" for purposes of issue estoppel, Rosenberg J.A. found that the statutory procedure set out in the Act satisfied the requirements. He considered *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292 (C.A.), to be "determinative of this issue" (p. 249).

Lastly, Rosenberg J.A. addressed the issue of whether failure by the ESA officer to observe procedural fairness affected the application of the doctrine of issue estoppel in this case. He agreed that the ESA officer had in fact failed to observe procedural fairness in deciding upon the appellant's complaint. Nevertheless, this failure did not prevent the operation of issue estoppel (at p. 252):

The officer was required to give the appellant access to, and an opportunity to refute, any information gathered by the officer in the course of her investigation that was prejudicial to the appellant's claim. At a minimum, the appellant was entitled to a copy of the June 1, 1994 letter and a summary of any other information gathered in the course of the investigation that was prejudicial to her claim. She was also entitled to a fair opportunity to con-

également que, quoiqu'il en soit, la procédure suivie par M<sup>me</sup> Burke en l'espèce était inéquitable et donc que sa décision ne devrait pas donner naissance à la préclusion. De façon plus particulière, l'appelante plaide qu'elle n'a pas été traitée équitablement puisqu'on ne lui a pas remis copie des observations de l'employeur et qu'on ne lui a pas, de ce fait, accordé la possibilité de les réfuter.

Le juge Rosenberg a rejeté les prétentions de l'appelante, qu'il a regroupées sous les trois questions suivantes : La décision de l'agente des normes d'emploi était-elle une décision définitive? Cette décision était-elle une décision judiciaire? Quel est l'effet d'une iniquité procédurale sur l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée?

Selon lui, la décision de l'agente était une décision définitive, étant donné que ni l'une ni l'autre des parties n'avaient exercé le droit d'appel interne prévu au par. 67(2) de la Loi. De plus, bien que les décisions administratives statuant définitivement sur les droits des parties ne soient pas toutes considérées comme « judiciaires » pour l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, le juge Rosenberg a estimé que la procédure établie par la Loi respectait les conditions requises. Il a jugé que l'arrêt *Re Downing and Graydon* (1978), 21 O.R. (2d) 292 (C.A.), était [TRADUCTION] « décisif à cet égard » (p. 249).

Enfin, le juge Rosenberg s'est demandé si l'inobservation par l'agente des normes d'emploi des règles d'équité procédurale avait un effet en l'espèce sur l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Il a reconnu que l'agente des normes avait effectivement manqué à ces règles en statuant sur la plainte de l'appelante. Il a néanmoins jugé que ce manquement ne faisait pas obstacle à l'application de la doctrine (à la p. 252):

[TRADUCTION] L'agente était tenue de donner à l'appelante la possibilité de consulter et de réfuter toute information préjudiciable à sa réclamation recueillie par l'agente dans le cours de l'enquête. L'appelante aurait dû tout au moins recevoir copie de la lettre du 1<sup>er</sup> juin 1994 ainsi qu'un résumé de toute autre information préjudiciable à sa réclamation recueillie dans le cours de l'enquête. Elle aurait également dû se voir accorder la

11

12

13

sider and reply to that information. The appellant was denied the opportunity to know the case against her and have an opportunity to meet it: Ms. Burke failed to act judicially. In this particular case, this failure does not, however, affect the operation of issue estoppel.

possibilité d'examiner cette information et d'y répondre. L'appelante n'a pas reçu communication des allégations formulées contre elle et elle a été privée de la possibilité de les réfuter : M<sup>me</sup> Burke n'a donc pas agi judiciairement. En l'espèce, toutefois, ce manquement n'empêche pas l'application de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

- 14 In Rosenberg J.A.'s view, although ESA officers are obliged to act judicially, failure to do so in a particular case, at least if there is a possibility of appeal, will not preclude the operation of issue estoppel. This conclusion is based on the policy considerations underlying two rules of administrative law (at p. 252):

These two rules are: (1) that the discretionary remedies of judicial review will be refused where an adequate alternative remedy exists; and (2) the rule against collateral attack. These rules, in effect, require that the parties pursue their remedies through the administrative process established by the legislature. Where an appeal route is available the parties will not be permitted to ignore it in favour of the court process.

De l'avis du juge Rosenberg, même si les agents des normes d'emploi ont l'obligation d'agir judiciairement, le manquement à cette obligation dans un cas donné, du moins lorsqu'il est possible d'interjeter appel, ne fait pas obstacle à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Sa conclusion s'appuie sur les considérations de politique d'intérêt général qui sont à la base de deux règles de droit administratif (à la p. 252):

[TRADUCTION] Ces deux règles sont les suivantes : (1) la règle écartant les recours discrétionnaires en matière de contrôle judiciaire lorsqu'il existe un autre recours approprié; (2) la règle prohibant les contestations indirectes. Dans les faits, ces règles exigent que les parties demandent réparation au moyen de la procédure administrative établie par le législateur. Lorsque les parties disposent d'une voie d'appel, elles ne sont pas admises à l'écarter pour s'adresser aux cours de justice.

- 15 Rosenberg J.A. noted that if the appellant had applied, under s. 67(3) of the Act for a review of the ESA officer's decision, the adjudicator conducting such a review would have been required to hold a hearing. This supported his view that the review process provided by the Act is an adequate alternative remedy. Rosenberg J.A. concluded, at p. 256:

In summary, Ms. Burke did not accord this appellant natural justice. The appellant's recourse was to seek review of Ms. Burke's decision. She failed to do so. That decision is binding upon her and her employer.

Le juge Rosenberg de la Cour d'appel a souligné que, si l'appelante avait demandé la révision de la décision de l'agente des normes d'emploi en vertu du par. 67(3) de la Loi, l'arbitre saisi de l'affaire aurait dû tenir une audience. Cette constatation étayait son opinion selon laquelle la procédure de révision prévue par la Loi constitue un autre recours approprié. Le juge Rosenberg a conclu ainsi, à la p. 256 :

[TRADUCTION] En résumé, M<sup>me</sup> Burke n'a pas accordé à l'appelante le bénéfice des règles de justice naturelle. Le recours qui s'offrait à cette dernière était de demander la révision de la décision de l'agente. Elle ne l'a pas fait. Elle et son employeur sont liés par cette décision.

- 16 The court thus applied the doctrine of issue estoppel and dismissed the appellant's appeal.

La Cour d'appel a en conséquence appliqué la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et a débouté l'appelante.

III. Relevant Statutory Provisions*Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14

1. In this Act,

. . .

“wages” means any monetary remuneration payable by an employer to an employee under the terms of a contract of employment, oral or written, express or implied, any payment to be made by an employer to an employee under this Act and any allowances for room or board as prescribed in the regulations or under an agreement or arrangement therefor but does not include,

- (a) tips and other gratuities,
- (b) any sums paid as gifts or bonuses that are dependent on the discretion of the employer and are not related to hours, production or efficiency,
- (c) travelling allowances or expenses,
- (d) contributions made by an employer to a fund, plan or arrangement to which Part X of this Act applies; (“salaire”)

. . .

6. — (1) No civil remedy of an employee against his or her employer is suspended or affected by this Act.

(2) Where an employee initiates a civil proceeding against his or her employer under this Act, notice of the proceeding shall be served on the Director in the prescribed form on the same date the civil proceeding is set down for trial.

65. — (1) Where an employment standards officer finds that an employee is entitled to any wages from an employer, the officer may,

- (a) arrange with the employer that the employer pay directly to the employee the wages to which the employee is entitled;
- (b) receive from the employer on behalf of the employee any wages to be paid to the employee as the result of a compromise or settlement; or
- (c) issue an order in writing to the employer to pay forthwith to the Director in trust any wages to which an employee is entitled and in addition such order shall provide for payment, by the employer to the

III. Les dispositions législatives pertinentes*Loi sur les normes d’emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14

1 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

« salaire » Rémunération en espèces payable par un employeur à un employé aux termes d’un contrat de travail, verbal ou écrit, exprès ou implicite, paiement qu’un employeur doit verser à un employé en vertu de la présente loi, et allocations de logement ou de repas prescrites par les règlements ou prévues par un accord ou un arrangement à cette fin, à l’exclusion des éléments suivants :

- a) les pourboires et autres gratifications,
- b) les sommes versées à titre de cadeaux ou de primes qui sont laissées à la discrétion de l’employeur et qui ne sont pas liées au nombre d’heures qu’un employé a travaillé, à sa production ou à son efficacité,
- c) les allocations ou indemnités de déplacement,
- d) les cotisations de l’employeur à une caisse, un régime ou un arrangement auxquels la partie X de la présente loi s’applique. (« wages »)

. . .

6 (1) La présente loi ne suspend pas les recours civils dont dispose un employé contre son employeur ni n’y porte atteinte.

(2) Si un employé introduit une instance civile contre son employeur en vertu de la présente loi, l’avis d’instance est signifié au directeur, selon la formule prescrite, le jour même où l’instance civile est inscrite au rôle.

65 (1) Si l’agent des normes d’emploi conclut qu’un employé a le droit de percevoir un salaire d’un employeur, il peut, selon le cas :

- a) s’entendre avec l’employeur pour que celui-ci verse directement à l’employé le salaire auquel ce dernier a droit;
- b) recevoir de l’employeur, au nom de l’employé, le salaire qui doit être versé à ce dernier par suite d’une transaction;
- c) ordonner, par écrit, que l’employeur verse sans délai au directeur, en fiducie, le salaire auquel un employé a droit; il ordonne également à l’employeur de verser au directeur, à titre de frais d’administration, celle



Director, of administration costs in the amount of 10 per cent of the wages or \$100, whichever is the greater.

. . .

(7) If an employer fails to apply under section 68 for a review of an order issued by an employment standards officer, the order becomes final and binding against the employer even though a review hearing is held to determine another person's liability under this Act.

. . .

**67.** — (1) Where, following a complaint in writing by an employee, an employment standards officer finds that an employer has paid the wages to which an employee is entitled or has found that the employee has no other entitlements or that there are no actions which the employer is to do or is to refrain from doing in order to be in compliance with this Act, the officer may refuse to issue an order to an employer and upon refusing to do so shall advise the employee of the refusal by prepaid letter addressed to the employee at his or her last known address.

(2) An employee who considers himself or herself aggrieved by the refusal to issue an order to an employer or by the issuance of an order that in his or her view does not include all of the wages or other entitlements to which he or she is entitled may apply to the Director in writing within fifteen days of the date of the mailing of the letter mentioned in subsection (1) or the date of the issue of the order or such longer period as the Director may for special reasons allow for a review of the refusal or of the amount of the order.

(3) Upon receipt of an application for review, the Director may appoint an adjudicator who shall hold a hearing.

. . .

(5) The adjudicator who is conducting the hearing may with necessary modifications exercise the powers conferred on an employment standards officer under this Act and may make an order with respect to the refusal or an order to amend, rescind or affirm the order of the employment standards officer.

. . .

des deux sommes suivantes qui est la plus élevée, à savoir : 10 pour cent du salaire ou 100 \$.

. . .

(7) Si un employeur ne fait pas la demande visée à l'article 68 en vue de la révision d'une ordonnance rendue par un agent des normes d'emploi, l'ordonnance devient sans appel et lie l'employeur même si une audience en révision est tenue afin de déterminer l'obligation d'une autre personne aux termes de la présente loi.

. . .

**67** (1) Si, à la suite d'une plainte par écrit d'un employé, l'agent des normes d'emploi conclut que l'employeur a versé à un employé le salaire auquel ce dernier a droit ou a conclu que l'employé n'a droit à rien d'autre ou qu'il n'y a rien que l'employeur doive faire ou s'abstenir de faire pour se conformer à la présente loi, il peut refuser de rendre une ordonnance visant l'employeur. Il en avise l'employé par lettre affranchie à sa dernière adresse connue.

(2) L'employé qui se croit lésé par le refus de l'agent de rendre une ordonnance contre l'employeur ou par une ordonnance qui, à son avis, ne comprend pas le salaire complet auquel il a droit ni ses autres droits peut, dans les quinze jours de la mise à la poste de la lettre visée au paragraphe (1) ou de la date où l'ordonnance a été rendue ou dans le délai plus long que le directeur peut autoriser pour des motifs particuliers, demander au directeur, par écrit, de réviser le refus ou le montant fixé dans l'ordonnance.

(3) Sur réception de la demande de révision, le directeur peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience.

. . .

(5) L'arbitre de griefs qui tient l'audience peut exercer, avec les adaptations nécessaires, les pouvoirs que la présente loi confère à un agent des normes d'emploi, et peut rendre une ordonnance à l'égard du refus ou une ordonnance modifiant, annulant ou confirmant l'ordonnance de l'agent des normes d'emploi.

. . .

(7) The order of the adjudicator is not subject to a review under section 68 and is final and binding on the parties.

**68.** — (1) An employer who considers himself aggrieved by an order made under section 45, 48, 51, 56.2, 58.22 or 65, upon paying the wages ordered to be paid and the penalty thereon, if any, may, within a period of fifteen days after the date of delivery or service of the order, or such longer period as the Director may for special reasons allow and provided that the wages have not been paid out under subsection 72 (2), apply for a review of the order by way of a hearing.

. . .

(3) The Director shall select a referee from the panel of referees to hear the review.

. . .

(7) A decision of the referee under this section is final and binding upon the parties thereto and such other parties as the referee may specify.

#### IV. Analysis

The law rightly seeks a finality to litigation. To advance that objective, it requires litigants to put their best foot forward to establish the truth of their allegations when first called upon to do so. A litigant, to use the vernacular, is only entitled to one bite at the cherry. The appellant chose the ESA as her forum. She lost. An issue, once decided, should not generally be re-litigated to the benefit of the losing party and the harassment of the winner. A person should only be vexed once in the same cause. Duplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided.

Finality is thus a compelling consideration and judicial decisions should generally be conclusive of the issues decided unless and until reversed on appeal. However, estoppel is a doctrine of public policy that is designed to advance the interests of

(7) L'ordonnance de l'arbitre de griefs n'est pas susceptible de révision dans le cadre de l'article 68. Elle est sans appel et lie les parties.

**68** (1) Après avoir versé le salaire qu'il lui est ordonné de payer ainsi que la somme à titre de pénalité qui s'y rapporte, s'il y a lieu, l'employeur qui s'estime lésé par une ordonnance rendue en vertu de l'article 45, 48, 51, 56.2, 58.22 ou 65 peut, dans les quinze jours qui suivent la remise ou la signification de l'ordonnance ou dans le délai plus long que le directeur peut autoriser pour des motifs particuliers, et à la condition que le salaire n'ait pas été versé en vertu du paragraphe 72 (2), demander que l'ordonnance fasse l'objet d'une révision par voie d'audience.

. . .

(3) Le directeur choisit un arbitre au sein du tableau des arbitres pour tenir l'audience de révision.

. . .

(7) La décision que l'arbitre prend en vertu du présent article est sans appel et lie les parties et les autres personnes que l'arbitre peut préciser.

#### IV. L'analyse

Le droit tend à juste titre à assurer le caractère définitif des instances. Pour favoriser la réalisation de cet objectif, le droit exige des parties qu'elles mettent tout en œuvre pour établir la véracité de leurs allégations dès la première occasion qui leur est donnée de le faire. Autrement dit, un plaideur n'a droit qu'à une seule tentative. L'appelante a décidé de se prévaloir du recours prévu par la LNE. Elle a perdu. Une fois tranché, un différend ne devrait généralement pas être soumis à nouveau aux tribunaux au bénéfice de la partie déboutée et au détriment de la partie qui a eu gain de cause. Une personne ne devrait être tracassée qu'une seule fois à l'égard d'une même cause d'action. Les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives doivent être évités.

Le caractère définitif des instances est donc une considération impérieuse et, en règle générale, une décision judiciaire devrait trancher les questions litigieuses de manière définitive, tant qu'elle n'est pas infirmée en appel. Toutefois, la préclusion est

justice. Where as here, its application bars the courthouse door against the appellant's \$300,000 claim because of an administrative decision taken in a manner which was manifestly improper and unfair (as found by the Court of Appeal itself), a re-examination of some basic principles is warranted.

une doctrine d'intérêt public qui tend à favoriser les intérêts de la justice. Dans les cas où, comme en l'espèce, par suite d'une décision administrative prise à l'issue d'une procédure qui était manifestement inappropriée et inéquitable (conclusion tirée par la Cour d'appel elle-même), l'application de cette doctrine empêche l'appelante de s'adresser aux cours de justice pour réclamer les 300 000 \$ qui lui seraient dus, il convient de réexaminer certains principes fondamentaux.

20 The law has developed a number of techniques to prevent abuse of the decision-making process. One of the oldest is the doctrine estoppel *per rem judicatem* with its roots in Roman law, the idea that a dispute once judged with finality is not subject to relitigation: *Farwell v. The Queen* (1894), 22 S.C.R. 553, at p. 558; *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248, at pp. 267-68. The bar extends both to the cause of action thus adjudicated (variously referred to as claim or cause of action or action estoppel), as well as precluding relitigation of the constituent issues or material facts necessarily embraced therein (usually called issue estoppel): G. S. Holmsted and G. D. Watson, *Ontario Civil Procedure* (loose-leaf), vol. 3 Supp., at 21§17 *et seq.* Another aspect of the judicial policy favouring finality is the rule against collateral attack, i.e., that a judicial order pronounced by a court of competent jurisdiction should not be brought into question in subsequent proceedings except those provided by law for the express purpose of attacking it: *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223.

Le droit s'est doté d'un certain nombre de moyens visant à prévenir les recours abusifs. L'un des plus anciens est la doctrine de la préclusion *per rem judicatem*, qui tire son origine du droit romain et selon laquelle, une fois le différend tranché définitivement, il ne peut être soumis à nouveau aux tribunaux : *Farwell c. La Reine* (1894), 22 R.C.S. 553, p. 558, et *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, p. 267-268. La doctrine est opposable tant à l'égard de la cause d'action ainsi décidée (on parle de préclusion fondée sur la demande, sur la cause d'action ou sur l'action) que des divers éléments constitutifs ou faits substantiels s'y rapportant nécessairement (on parle alors généralement de préclusion découlant d'une question déjà tranchée) : G. S. Holmsted et G. D. Watson, *Ontario Civil Procedure* (feuilles mobiles), vol. 3 suppl., 21§17 et suiv. Un autre aspect de la politique établie par les tribunaux en vue d'assurer le caractère définitif des instances est la règle qui prohibe les contestations indirectes, c'est-à-dire la règle selon laquelle l'ordonnance rendue par un tribunal compétent ne doit pas être remise en cause dans des procédures subséquentes, sauf celles prévues par la loi dans le but exprès de contester l'ordonnance : *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223.

21 These rules were initially developed in the context of prior court proceedings. They have since been extended, with some necessary modifications, to decisions classified as being of a judicial or quasi-judicial nature pronounced by administrative officers and tribunals. In that context the more specific objective is to balance fairness to the parties with the protection of the administrative decision-

Initialement, ces règles ont été établies dans le contexte de procédures judiciaires antérieures. Leur champ d'application a depuis été élargi, avec les adaptations nécessaires, aux décisions de nature judiciaire ou quasi judiciaire rendues par les juridictions administratives — fonctionnaires ou tribunaux. Dans ce contexte, l'objectif spécifique poursuivi consiste à assurer l'équilibre entre le respect

making process, whose integrity would be undermined by too readily permitting collateral attack or relitigation of issues once decided.

The extension of the doctrine of issue estoppel in Canada to administrative agencies is traced back to cases in the mid-1800s by D. J. Lange in *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), at p. 94 *et seq.*, including *Robinson v. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103 (S.C.), at pp. 104-5, and *Bell v. Miller* (1862), 9 Gr. 385 (U.C. Ch.), at p. 386. The modern cases at the appellate level include *Raison v. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622 (B.C.C.A.); *Rasanen, supra*; *Wong v. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182 (Alta. C.A.); *Machin v. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326 (Ont. C.A.); and *Hamelin v. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112 (C.A.). See also *Thrasyvoulou v. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273 (H.L.). Modifications were necessary because of the “major differences that can exist between [administrative orders and court orders] in relation, *inter alia*, to their legal nature and the position within the state structure of the institutions that issue them”: *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, at para. 4. There is generally no dispute that court orders are judicial orders; the same cannot be said of the myriad of orders that are issued across the range of administrative tribunals.

In this appeal the parties have not argued “cause of action” estoppel, apparently taking the view that the statutory framework of the ESA claim sufficiently distinguishes it from the common law framework of the court case. I therefore say no more about it. They have however, joined issue on

de l'équité envers les parties et la protection du processus décisionnel administratif, dont l'intégrité serait compromise si on autorisait trop facilement les contestations indirectes ou l'engagement d'une nouvelle instance à l'égard de questions déjà tranchées.

Dans *The Doctrine of Res Judicata in Canada* (2000), p. 94 *et suiv.*, D. J. Lange attribue l'application aux organismes administratifs canadiens de la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à certaines décisions datant du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle — notamment les affaires *Robinson c. McQuaid* (1854), 1 P.E.I.R. 103 (C.S.), p. 104-105, et *Bell c. Miller* (1862), 9 Gr. 385 (Ch. H.-C.), p. 386. Parmi les arrêts contemporains rendus par des cours d'appel, mentionnons les suivants : *Raison c. Fenwick* (1981), 120 D.L.R. (3d) 622 (C.A.C.-B.); *Rasanen*, précité; *Wong c. Shell Canada Ltd.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 182 (C.A. Alb.); *Machin c. Tomlinson* (2000), 194 D.L.R. (4th) 326 (C.A. Ont.); et *Hamelin c. Davis* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 112 (C.A.). Voir également *Thrasyvoulou c. Environment Secretary*, [1990] 2 A.C. 273 (H.L.). Des modifications s'imposaient en raison des « différences importantes qui peuvent exister entre ces deux types d'ordonnances [c.-à-d. les ordonnances administratives et les ordonnances judiciaires], notamment quant à leur nature juridique et la place des institutions qui les rendent à l'intérieur de la structure étatique » : *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, par. 4. On s'entend généralement pour dire que les ordonnances des cours de justice sont des ordonnances de nature judiciaire; il n'en est pas de même pour les innombrables ordonnances rendues par les différents tribunaux administratifs.

Dans le présent pourvoi, les parties n'ont pas plaidé la préclusion fondée sur la « cause d'action », estimant apparemment que le cadre législatif de la demande fondée sur la LNE distingue suffisamment cette demande du cadre juridique de common law de l'instance judiciaire. Je n'en dirai par conséquent pas davantage à ce sujet. Les parties ont cependant lié contestation quant à l'application de la préclusion découlant d'une question

22

23

the application of issue estoppel and the relevance of the rule against collateral attack.

déjà tranchée et à la pertinence de la règle prohibant les contestations indirectes.

24

Issue estoppel was more particularly defined by Middleton J.A. of the Ontario Court of Appeal in *McIntosh v. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, at p. 422:

When a question is litigated, the judgment of the Court is a final determination as between the parties and their privies. Any right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a Court of competent jurisdiction as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up, cannot be re-tried in a subsequent suit between the same parties or their privies, though for a different cause of action. The right, question, or fact, once determined, must, as between them, be taken to be conclusively established so long as the judgment remains. [Emphasis added.]

This statement was adopted by Laskin J. (later C.J.), dissenting in *Angle*, *supra*, at pp. 267-68. This description of the issues subject to estoppel (“[a]ny right, question or fact distinctly put in issue and directly determined”) is more stringent than the formulation in some of the older cases for cause of action estoppel (e.g., “all matters which were, or might properly have been, brought into litigation”, *Farwell*, *supra*, at p. 558). Dickson J. (later C.J.), speaking for the majority in *Angle*, *supra*, at p. 255, subscribed to the more stringent definition for the purpose of issue estoppel. “It will not suffice” he said, “if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment.” The question out of which the estoppel is said to arise must have been “fundamental to the decision arrived at” in the earlier proceeding. In other words, as discussed below, the estoppel extends to the material facts and the conclusions of law or of mixed fact and law (“the questions”) that

La préclusion découlant d’une question déjà tranchée a été définie de façon précise par le juge Middleton de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *McIntosh c. Parent*, [1924] 4 D.L.R. 420, p. 422 :

[TRADUCTION] Lorsqu’une question est soumise à un tribunal, le jugement de la cour devient une décision définitive entre les parties et leurs ayants droit. Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés par un tribunal compétent comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une prétention qu’on met de l’avant, ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d’action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu’on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure. [Je souligne.]

Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a souscrit à cet énoncé dans ses motifs de dissidence dans l’arrêt *Angle*, précité, p. 267-268. Cette description des aspects visés par la préclusion (« [l]es droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés ») est plus exigeante que celle utilisée dans certaines décisions plus anciennes à l’égard de la préclusion fondée sur la cause d’action (par exemple [TRADUCTION] « toute question ayant été débattue ou qui aurait pu à bon droit l’être », *Farwell*, précité, p. 558). S’exprimant au nom de la majorité dans l’arrêt *Angle*, précité, p. 255, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a également fait sienne la définition plus exigeante de l’objet de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. « Il ne suffira pas », a-t-il dit, « que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l’affaire antérieure ou qu’elle doive être inférée du jugement par raisonnement. » La question qui est censée donner naissance à la préclusion doit avoir été « fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé » dans l’affaire antérieure. En d’autres termes, comme il est expliqué plus loin, la préclusion vise les faits substantiels, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit (« les questions ») à l’égard desquels on a nécessairement statué (même si on ne

were necessarily (even if not explicitly) determined in the earlier proceedings.

The preconditions to the operation of issue estoppel were set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*, at p. 254:

- (1) that the same question has been decided;
- (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and,
- (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

The appellant's argument is that even though the ESA officer was required to make a decision in a judicial manner, she failed to do so. Although she had jurisdiction under the ESA to deal with the claim, the ESA officer lost jurisdiction when she failed to disclose to the appellant the case the appellant had to meet and to give the appellant the opportunity to be heard in answer to the case put against her. The ESA officer therefore never made a "judicial decision" as required. The appellant also says that her own failure to exercise her right to seek internal administrative review of the decision should not be given the conclusive effect adopted by the Ontario Court of Appeal. Even if the conditions precedent to issue estoppel were present, she says, the court had a discretion to relieve against the harsh effects of estoppel *per rem judicatem* in the circumstances of this case, and erred in failing to do so.

#### A. The Statutory Scheme

##### 1. The Employment Standards Officer

The ESA applies to "every contract of employment, oral or written, express or implied" in Ontario (s. 2(2)) subject to certain exceptions under the regulations, and establishes a number of minimum

l'a pas fait de façon explicite) dans le cadre de l'instance antérieure.

Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ont été énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 254 :

- (1) que la même question ait été décidée;
- (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la [préclusion] soit finale; et
- (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la [préclusion] est soulevée, ou leurs ayants droit.

L'appelante soutient que l'agente des normes d'emploi n'a pas — bien quelle ait été tenue de le faire — pris sa décision de manière judiciaire. L'agente disposait, en vertu de la LNE, de la compétence nécessaire pour connaître de la réclamation, mais elle a perdu cette compétence en omettant de communiquer à l'appelante les prétentions de l'employeur et de lui donner la possibilité de les réfuter. L'agente n'a donc jamais rendu une « décision judiciaire » comme elle était tenue de le faire. L'appelante soutient en outre que sa propre omission d'exercer son droit de demander la révision administrative interne de la décision de l'agente ne devrait pas se voir accorder l'effet déterminant que lui a attribué la Cour d'appel de l'Ontario. Selon elle, même si les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée étaient réunies, la cour avait, dans les circonstances de l'espèce, le pouvoir discrétionnaire de la soustraire aux effets draconiens de la préclusion *per rem judicatem*, et elle a commis une erreur en s'abstenant de le faire.

#### A. Le cadre législatif

##### 1. L'agent des normes d'emploi

La LNE s'applique à « tout contrat de travail, verbal ou écrit, exprès ou implicite » en Ontario (par. 2(2)), sous réserve de certaines exceptions prévues par règlement, et elle établit un certain

25

26

27

employment standards for the protection of employees. These include hours of work, minimum wages, overtime pay, benefit plans, public holidays and vacation with pay. More specifically, the Act provides a summary procedure under which aggrieved employees can seek redress with respect to an employer's alleged failure to comply with these standards. The objective is to make redress available, where it is appropriate at all, expeditiously and cheaply. In the first instance, the dispute is referred to an employment standards officer. ESA officers are public servants in the Ministry of Labour. They are generally not legally trained, but have some experience in labour relations. The statute does not set out any particular procedure that must be followed in disposing of claims. ESA officers are given wide powers to enter premises, inspect and remove documents and make other relevant inquiries. If liability is found, ESA officers have broad powers of enforcement (s. 65).

nombre de normes d'emploi minimales en vue de protéger les employés. Ces normes portent notamment sur les heures de travail, le salaire minimum, le salaire pour les heures supplémentaires, les régimes d'avantages sociaux, les jours fériés et les congés payés. Plus particulièrement, la Loi établit une procédure sommaire permettant aux employés qui s'estiment lésés parce que leur employeur aurait omis de se conformer à ces normes de demander réparation à cet égard. L'objectif est d'offrir, dans les cas appropriés, un recours rapide et peu coûteux. Au premier palier, l'examen du différend est confié à un agent des normes d'emploi. Fonctionnaires du ministère du Travail, ces personnes n'ont généralement pas de formation juridique, mais elles possèdent une certaine expérience en matière de relations de travail. La Loi ne prescrit pas la procédure à suivre pour statuer sur les demandes. L'agent des normes d'emploi dispose de pouvoirs étendus qui l'autorisent notamment à pénétrer dans des locaux, à effectuer des inspections, à emporter des documents avec lui et à interroger toute personne à l'égard de questions pertinentes. S'il constate l'inobservation de la loi, l'agent dispose de larges pouvoirs afin de la faire respecter (art. 65).

28 On receipt of an employee demand, generally speaking, the ESA officer contacts the employer to ascertain whether in fact wages are unpaid and if so for what reason. Although in this case there was a one-hour meeting between the ESA officer and the appellant, there is no requirement for such a face-to-face meeting, and clearly there is no contemplation of any sort of oral hearing in which both parties are present. It is a rough-and-ready procedure that is wholly inappropriate, one might think, to the definitive resolution of a contractual claim of some legal and factual complexity.

En règle générale, sur réception de la demande d'un employé, l'agent des normes d'emploi communique avec l'employeur pour vérifier si le salaire est effectivement impayé et, dans l'affirmative, pour connaître la raison du non-paiement. Bien que, dans la présente affaire, l'agent des normes d'emploi se soit entretenue avec l'appelante pendant une heure, rien n'exige la tenue d'une telle rencontre et, manifestement, aucune audience à laquelle participeraient les deux parties n'est envisagée. D'aucuns estimerait qu'il s'agit d'une procédure expéditive tout à fait inappropriée pour trancher de façon définitive des prétentions contractuelles présentant une certaine complexité sur les plans juridique et factuel.

29 There are many advantages to the employee in such a forum. The services of the ESA officer are supplied free of charge. Legal representation is unnecessary. The process moves more rapidly than could realistically be expected in the courts. There

Ce mécanisme présente de nombreux avantages pour les employés. Les services de l'agent des normes d'emploi sont gratuits. La représentation par avocat n'est pas nécessaire. L'instance se déroule plus rapidement que ce à quoi on pourrait

are corresponding disadvantages. The ESA officer is likely not to have legal training and has neither the time nor the resources to deal with a contract claim in a manner comparable to the courtroom setting. At the time of these proceedings a double standard was applied to an appeal (or, as it is called, a “review”). The employer was entitled as of right to a review (s. 68) but, as discussed below, the employee could ask for one but the request could be refused by the Director (s. 67(3)). At the time, as well, there was no monetary limit on the ESA officer’s jurisdiction. The Act has since been amended to provide an upper limit on claims of \$10,000 (S.O. 1996, c. 23, s. 19(1)). Had the ESA officer’s determination gone the other way, the employer could have been saddled with a \$300,000 liability arising out of a deeply flawed decision unless reversed on an administrative review or quashed by a supervising court.

## 2. The Review Process

The employee, as stated, has no appeal as of right. Section 67(2) of the Act provides that an employee dissatisfied with the decision at first instance may apply to the Director for an administrative review in writing within 15 days of the date of the mailing of the employment standards officer’s decision. Under s. 67(3), “the Director may appoint an adjudicator who shall hold a hearing” (emphasis added). The word “may” grants the Director a discretion to hold or not to hold a hearing. The Ontario Court of Appeal noted this point, but said the parties had attached little importance to it.

It seems clear the legislature did not intend to confer an appeal as of right. Where the Director

vraisemblablement s’attendre devant les tribunaux judiciaires. À ces avantages correspondent toutefois des désavantages. Il est probable que l’agent n’a pas de formation juridique et qu’il n’a ni le temps ni les ressources nécessaires pour examiner une demande de nature contractuelle comme cela se passerait dans la salle d’audience d’une cour de justice. Au moment où ces procédures se sont déroulées, des règles inégales s’appliquaient en matière d’appel (ou de « révision » selon les termes de la Loi). En effet, l’employeur pouvait demander de plein droit la révision de la décision (art. 68). Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l’employé pouvait lui aussi présenter une demande de révision, mais le directeur pouvait refuser d’y donner suite (par. 67(3)). De même, au cours de la période pertinente le montant des demandes à l’égard desquelles l’agent des normes d’emploi avait compétence n’était pas plafonné. La Loi a depuis été modifiée et seules les réclamations d’au plus 10 000 \$ sont maintenant visées (L.O. 1996, ch. 23, par. 19(1)). Si, en l’espèce, l’agente avait statué en faveur de l’employée, l’employeur aurait pu devoir supporter une obligation de 300 000 \$ découlant d’une décision présentant de profondes lacunes, à moins d’avoir gain de cause à la suite d’une révision administrative ou d’un contrôle judiciaire.

## 2. La procédure de révision

Comme nous l’avons indiqué, les employés ne peuvent pas interjeter appel de plein droit. En vertu du par. 67(2) de la Loi, l’employé insatisfait de la décision rendue au premier palier peut, dans les 15 jours qui suivent la mise à la poste de la décision, demander par écrit au directeur de réviser cette décision. Aux termes du par. 67(3), « le directeur peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience » (je souligne). L’emploi du mot « peut » confère au directeur le pouvoir discrétionnaire de décider s’il y aura ou non une audience. La Cour d’appel de l’Ontario a souligné ce point, mais a affirmé que les parties y avaient attaché peu d’importance.

Il paraît clair que le législateur n’a pas voulu créer un appel de plein droit. Lorsque le directeur



does appoint an adjudicator a hearing is mandated by the Act. Further delay and expense to the Ministry and the parties would follow as a matter of course. The juxtaposition in s. 67(3) of “may” and “shall” (and in the French text, the instruction that the Director “*peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience*” (emphasis added)) puts the matter beyond doubt. The Ontario legislature intended the Director to have a discretion to decline to refer a matter to an adjudicator which, in his or her opinion, is simply not justified. Even the adjudicators hearing a review under s. 67(3) of the Act are not by statute required to be legally trained. It was likely considered undesirable by the Ontario legislature to give each and every dissatisfied employee a review as of right, particularly where the amounts in issue are often relatively modest. The discretion must be exercised according to proper principles, of course, but a discretion it remains.

nomme un arbitre de griefs, la Loi exige la tenue d’une audience. Il en résulte évidemment des délais et des dépenses supplémentaires pour le ministère et les parties. La juxtaposition des auxiliaires « *may* » et « *shall* » dans la version anglaise du par. 67(3) (et, dans la version française, l’indication que le directeur « *peut nommer un arbitre de griefs pour tenir une audience* » (je souligne)) écarte tout doute à cet égard. Le législateur ontarien entendait que le directeur dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de saisir un arbitre de griefs d’une demande qui, à son avis, n’est tout simplement pas justifiée. Même les arbitres chargés de la révision prévue au par. 67(3) de la LNE ne sont pas tenus par la loi de posséder une formation juridique. Le législateur ontarien a probablement jugé qu’il n’était pas souhaitable que tout employé insatisfait d’une décision puisse obtenir de plein droit la révision de celle-ci, compte tenu particulièrement du fait que la somme en jeu est souvent relativement modeste. Il va de soi que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec les principes pertinents, mais il n’en demeure pas moins un pouvoir discrétionnaire.

32

If an internal review were ordered, an adjudicator would then have looked at the appellant’s claim *de novo* and would undoubtedly have shared the employer documents with the appellant and given her every opportunity to respond and comment. I agree that under the scheme of the Act procedural defects at the ESA officer level, including a failure to provide proper notice and an opportunity to be heard in response to the opposing case, can be rectified on review. The respondent says the appellant, having elected to proceed under the Act, was required to seek an internal review if she was dissatisfied with the initial outcome. Not having done so, she is estopped from pursuing her \$300,000 claim. The appellant says that the ESA procedure was so deeply flawed that she was entitled to walk away from it.

Si une révision interne avait été ordonnée, un arbitre aurait alors examiné *de novo* la demande de l’appelante et aurait sans aucun doute permis à cette dernière de prendre connaissance des documents de l’employeur et lui aurait donné la possibilité d’y répondre et de les commenter. Je reconnais que, sous le régime de la Loi, les vices procéduraux qui surviennent à l’étape de la décision initiale, y compris l’omission de donner aux intéressés un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre pour réfuter la thèse de la partie adverse, peuvent être corrigés à l’étape de la révision. L’intimée soutient que, du fait que l’appelante a choisi de se prévaloir de la Loi, elle devait recourir au mécanisme de révision prévue pour celle-ci si elle était insatisfaite de la décision rendue au premier palier. Comme elle ne l’a pas fait, elle est précluse de continuer de réclamer la somme de 300 000 \$. L’appelante réplique que la procédure prévue par la LNE souffrait de lacunes si profondes qu’il lui était loisible de renoncer à y recourir.

B. *The Applicability of Issue Estoppel*1. Issue Estoppel: A Two-Step Analysis

The rules governing issue estoppel should not be mechanically applied. The underlying purpose is to balance the public interest in the finality of litigation with the public interest in ensuring that justice is done on the facts of a particular case. (There are corresponding private interests.) The first step is to determine whether the moving party (in this case the respondent) has established the preconditions to the operation of issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle, supra*. If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied: *British Columbia (Minister of Forests) v. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 32; *Schweneke v. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), at paras. 38-39; *Braithwaite v. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), at para. 56.

The appellant was quite entitled, in the first instance, to invoke the jurisdiction of the Ontario superior court to deal with her various monetary claims. The respondent was not entitled as of right to the imposition of an estoppel. It was up to the court to decide whether, in the exercise of its discretion, it would decline to hear aspects of the claims that were previously the subject of ESA administrative proceedings.

2. The Judicial Nature of the Decision

A common element of the preconditions to issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle, supra*, is the fundamental requirement that the decision in the prior proceeding be a judicial decision. According to the authorities (see e.g., G. Spencer Bower, A. K. Turner and K. R. Handley, *The Doc-*

B. *L'applicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée*1. Préclusion découlant d'une question déjà tranchée : analyse à deux volets

Les règles régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne doivent pas être appliquées machinalement. L'objectif fondamental est d'établir l'équilibre entre l'intérêt public qui consiste à assurer le caractère définitif des litiges et l'autre intérêt public qui est d'assurer que, dans une affaire donnée, justice soit rendue. (Il existe des intérêts privés correspondants.) Il s'agit, au cours de la première étape, de déterminer si le requérant (en l'occurrence l'intimée) a établi l'existence des conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée : *British Columbia (Minister of Forests) c. Bugbusters Pest Management Inc.* (1998), 50 B.C.L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 32; *Schweneke c. Ontario* (2000), 47 O.R. (3d) 97 (C.A.), par. 38-39; *Braithwaite c. Nova Scotia Public Service Long Term Disability Plan Trust Fund* (1999), 176 N.S.R. (2d) 173 (C.A.), par. 56.

L'appelante avait parfaitement le droit, en première instance, de saisir la Cour supérieure de l'Ontario de ses diverses réclamations financières. L'intimée ne pouvait se voir accorder de plein droit l'application de la préclusion. Il appartenait à la cour de décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, s'il convenait qu'elle refuse de connaître ou non de certains aspects de la demande ayant déjà fait l'objet de la procédure administrative engagée sous le régime de la LNE.

2. La nature judiciaire de la décision

L'exigence fondamentale selon laquelle la décision antérieure doit être une décision judiciaire est un élément qui est commun aux conditions préalables à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité. Selon la doc-

33

34

35

trine of *Res Judicata* (3rd ed. 1996), at paras. 18-20), there are three elements that may be taken into account. First is to examine the nature of the administrative authority issuing the decision. Is it an institution that is capable of receiving and exercising adjudicative authority? Secondly, as a matter of law, is the particular decision one that was required to be made in a judicial manner? Thirdly, as a mixed question of law and fact, was the decision made in a judicial manner? These are distinct requirements:

It is of no avail to prove that the alleged *res judicata* was a decision, or that it was pronounced according to judicial principles, unless it emanated from such a tribunal in the exercise of its adjudicative functions; nor is it sufficient that it was pronounced by such a tribunal unless it was a judicial decision on the merits. It is important, therefore, at the outset to have a proper understanding of what constitutes a judicial tribunal and a judicial decision for present purposes.

(Spencer Bower, Turner and Handley, *supra*, para. 20)

36

As to the third aspect, whether or not the particular decision in question was actually made in accordance with judicial requirements, I note the recent *ex curia* statement of Handley J. (the current editor of *The Doctrine of Res Judicata*) that:

The prior decision judicial, arbitral, or administrative, must have been made within jurisdiction before it can give rise to *res judicata* estoppels.

(“Res Judicata: General Principles and Recent Developments” (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214, at p. 215)

37

The main controversy in this case is directed to this third aspect, i.e., is a decision taken without regard to requirements of notice and an opportunity to be heard *capable* of supporting an issue

trine (voir, par exemple, G. Spencer Bower, A. K. Turner et K. R. Handley, *The Doctrine of Res Judicata* (3<sup>e</sup> éd. 1996), par. 18-20), trois éléments peuvent être pris en considération. Premièrement, il faut se pencher sur la nature du décideur administratif ayant rendu la décision. S’agit-il d’un organe pouvant être investi d’un pouvoir juridictionnel et capable d’exercer ce pouvoir? Deuxièmement, sur le plan juridique, la décision litigieuse devait-elle être prise judiciairement? Troisièmement — question mixte de fait et de droit — la décision *a-t-elle* été rendue de manière judiciaire? Il s’agit d’exigences distinctes :

[TRADUCTION] Il ne sert à rien de prouver que la prétendue chose jugée était une décision ou qu’elle a été prononcée conformément aux principes applicables aux tribunaux judiciaires à moins qu’elle ait été rendue par un tel tribunal dans l’exercice de son pouvoir juridictionnel; il ne suffit pas non plus qu’elle ait été prononcée par un tel tribunal, sauf s’il s’agit d’une décision judiciaire sur le fond. Par conséquent, il importe de bien saisir dès le départ ce qu’est un tribunal judiciaire et ce qu’est une décision judiciaire pour les fins qui nous occupent.

(Spencer Bower, Turner et Handley, *op. cit.*, par. 20)

En ce qui concerne le troisième élément, soit la question de savoir si la décision en cause a effectivement été rendue conformément aux exigences applicables aux décisions judiciaires, je souligne l’affirmation suivante, faite récemment par le juge Handley (éditeur actuel de l’ouvrage *The Doctrine of Res Judicata*) en dehors du cadre de ses fonctions de juge :

[TRADUCTION] La décision antérieure — qu’elle soit judiciaire, arbitrale ou administrative — doit avoir été rendue dans les limites de la compétence du décideur pour que puisse être plaidée la préclusion découlant d’une question déjà tranchée.

(« Res Judicata : General Principles and Recent Developments » (1999), 18 *Aust. Bar Rev.* 214, p. 215)

En l’espèce, le désaccord porte principalement sur ce troisième élément : une décision prise sans avoir respecté les exigences en matière de préavis et sans avoir donné à l’intéressé la possibilité de se

estoppel? In my opinion, the answer to this question is yes.

(a) *The Institutional Framework*

The decision relied on by Rosenberg J.A. in this respect relates to the generic role and function of the ESA officer: *Re Downing and Graydon, supra*, per Blair J.A., at p. 305:

In the present case, the employment standards officers have the power to adjudicate as well as to investigate. Their investigation is made for the purpose of providing them with information on which to base the decision they must make. The duties of the employment standards officers embrace all the important *indicia* of the exercise of a judicial power including the ascertainment of facts, the application of the law to those facts and the making of a decision which is binding upon the parties.

The parties did not dispute that ESA officials could properly be given adjudicative responsibilities to be discharged in a judicial manner. An earlier legislative limit of \$4,000 on unpaid wages (excluding severance pay and benefits payable under pregnancy and parental provisions) was eliminated in 1991 by S.O. 1991, c. 16, s. 9(1), but subsequent to the ESA decision in the present case a new limit of \$10,000 was imposed. This is the same limit as is imposed on the Small Claims Court by the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 23(1), and O. Reg. 626/00, s. 1(1).

(b) *The Nature of ESA Decisions Under Section 65(1)*

An administrative tribunal may have judicial as well as administrative or ministerial functions. So may an administrative officer.

One distinction between administrative and judicial decisions lies in differentiating adjudica-

faire entendre est-elle *capable* de fonder l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée? À mon avis, la réponse à cette question est oui.

a) *Le cadre institutionnel*

La décision sur laquelle s'est appuyé le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario à cet égard a trait à la fonction et au rôle génériques de l'agent des normes d'emploi : *Re Downing and Graydon*, précité, le juge Blair, p. 305 :

[TRADUCTION] En l'espèce, l'agent des normes d'emploi a le pouvoir de décider ainsi que celui d'enquêter. Il fait enquête afin de recueillir les renseignements qui fonderont la décision qu'il doit rendre. Ses fonctions comportent tous les indices importants de l'exercice d'un pouvoir judiciaire, notamment la détermination des faits, l'application du droit à ces faits et la prise d'une décision liant les parties.

Les parties ne contestent pas le fait que les fonctionnaires chargés de l'application de la LNE pouvaient à bon droit être investis de fonctions judiciaires devant être exercées de manière judiciaire. Le plafond de 4 000 \$ que prévoyait la Loi à l'égard des réclamations pour salaire impayé (à l'exclusion de l'indemnité de cessation d'emploi et des prestations payables au titre des dispositions relatives au congé de maternité et au congé parental) a été aboli en 1991 par L.O. 1991, ch. 16, par. 9(1), mais après la décision rendue en application de la LNE dans la présente affaire, un nouveau plafond de 10 000 \$ a été fixé. Il s'agit du même plafond auquel est assujettie la Cour des petites créances par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 23(1), et le Règl. de l'Ont. 626/00, par. 1(1).

b) *La nature des décisions rendues en application du par. 65(1)*

Un tribunal administratif peut exercer des fonctions judiciaires ainsi que des fonctions administratives ou ministérielles. Il en est de même d'un fonctionnaire.

Une des caractéristiques qui distinguent les décisions administratives des décisions judiciaires est

38

39

40

tive from investigative functions. In the latter mode the ESA officer is taking the initiative to gather information. The ESA officer acts as a self-starting investigator who is not confined within the limits of the adversarial process. The distinction between investigative and adjudicative powers is discussed in *Guay v. Lafleur*, [1965] S.C.R. 12, at pp. 17-18. The inapplicability of issue estoppel to investigations is noted by Diplock L.J. in *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181 (Eng. C.A.), at p. 197.

la différence qui existe entre des fonctions juridictionnelles et des fonctions d'enquête. Dans l'exercice des secondes, l'agent des normes d'emploi prend l'initiative de recueillir des éléments d'information. Il agit en tant qu'enquêteur autonome et n'est pas assujéti aux contraintes de la procédure contradictoire. La distinction entre les pouvoirs d'enquête et les pouvoirs juridictionnels a été examinée dans l'arrêt *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12, p. 17-18. L'inapplicabilité de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée aux enquêtes administratives a été mentionnée par le lord juge Diplock dans *Thoday c. Thoday*, [1964] P. 181 (C.A. Angl.), p. 197.

41 Although ESA officers may have non-adjudicative functions, they must exercise their adjudicative functions in a judicial manner. While they utilize procedures more flexible than those that apply in the courts, their decisions must be based on findings of fact and the application of an objective legal standard to those facts. This is characteristic of a judicial function: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (1998), vol. 2, § 7:1310, p. 7-7.

Quoique les agents des normes d'emploi puissent avoir des fonctions non juridictionnelles, lorsqu'ils accomplissent des fonctions juridictionnelles ils sont tenus de le faire de manière judiciaire. Bien qu'ils aient recours à des procédures plus souples que celles des cours de justice, leurs décisions doivent s'appuyer sur des conclusions de fait et sur l'application à ces faits d'une norme juridique objective. Il s'agit là d'une caractéristique de fonctions judiciaires : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (1998), vol. 2, par. 7:1310, p. 7-7.

42 The adjudication of the claim, once the relevant information had been gathered, is of a judicial nature.

La décision qui statue sur une plainte après l'obtention de l'information pertinente est une décision de nature judiciaire.

(c) *Particulars of the Decision in Question*

c) *Le détail de la décision en cause*

43 The Ontario Court of Appeal concluded that the decision of the ESA officer in this case was in fact reached contrary to the principles of natural justice. The appellant had neither notice of the employer's case nor an opportunity to respond.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la décision de l'agent des normes d'emploi avait de fait été rendue au mépris des principes de justice naturelle. L'appelante n'a pas été informée des prétentions de l'employeur et n'a pas eu la possibilité de les réfuter.

44 The appellant contends that it is not enough to say the decision *ought* to have been reached in a judicial manner. The question is: Was it decided in a judicial manner in this case? There is some support for this view in *Rasanen*, *supra*, per Abella J.A., at p. 280:

L'appelante soutient qu'il ne suffit pas de dire que la décision *aurait dû* être prise de manière judiciaire, mais qu'il faut plutôt se demander : La décision a-t-elle été prise de manière judiciaire en l'espèce? Cet argument trouve un certain appui dans l'arrêt *Rasanen*, précité, où madame le juge Abella de la Cour d'appel de l'Ontario a dit ceci, à la p. 280 :

As long as the hearing process in the tribunal provides parties with an opportunity to know and meet the case against them, and so long as the decision is within the tribunal's jurisdiction, then regardless of how closely the process mirrors a trial or its procedural antecedents, I can see no principled basis for exempting issues adjudicated by tribunals from the operation of issue estoppel in a subsequent action. [Emphasis added.]

Trial level decisions in Ontario subsequently adopted this approach: *Machado v. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Randhawa v. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Heynen v. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Perez v. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145 (Ont. S.C.J.). The statement of Métivier J. in *Munyal v. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 60, reflects that position:

The plaintiff relies on [*Rasanen*] and other similar decisions to assert that the principle of issue estoppel should apply to administrative decisions. This is true only where the decision is the result of a fair, unbiased adjudicative process where “the hearing process provides parties with an opportunity to know and meet the case against them”.

In *Wong*, *supra*, the Alberta Court of Appeal rejected an attack on the decision of an employment standards review officer and held that the ESA decision was adequate to create an estoppel as long as “the appellant knew of the case against him and was given an opportunity to state his position” (para. 20). See also *Alderman v. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535 (B.C.S.C.).

[TRADUCTION] Pour autant que la procédure d'instruction du tribunal administratif donne à chacune des parties la possibilité de connaître les prétentions de l'autre et de les réfuter et que la décision rendue relève de la compétence du tribunal, peu importe alors à quel point la procédure s'apparente à un procès ou aux procédures préalables à celui-ci, je ne vois aucune raison fondée sur des principes qui justifierait, dans le cadre d'une action subséquente, de soustraire les questions décidées par un tribunal administratif à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. [Je souligne.]

Cette approche a subséquemment été retenue par des tribunaux de première instance en Ontario : *Machado c. Pratt & Whitney Canada Inc.* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 132 (C. Ont. (Div. gén.)); *Randhawa c. Everest & Jennings Canadian Ltd.* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 19 (C. Ont. (Div. gén.)); *Heynen c. Frito-Lay Canada Ltd.* (1997), 32 C.C.E.L. (2d) 183 (C. Ont. (Div. gén.)); *Perez c. GE Capital Technology Management Services Canada Inc.* (1999), 47 C.C.E.L. (2d) 145 (C.S.J.). Les propos suivants du juge Métivier dans l'affaire *Munyal c. Sears Canada Inc.* (1997), 29 C.C.E.L. (2d) 58 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 60, reflètent ce point de vue :

[TRADUCTION] La partie demanderesse s'appuie sur [l'arrêt *Rasanen*] et sur d'autres décisions au même effet pour affirmer que le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée devrait s'appliquer aux décisions administratives. Ce n'est le cas que lorsque la décision est le fruit d'un processus décisionnel équitable et impartial « comportant une audience dans le cadre de laquelle chacune des parties a la possibilité de prendre connaissance des prétentions de l'autre et de les réfuter ».

Dans l'arrêt *Wong*, précité, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté une contestation visant la décision d'un agent de révision en matière de normes d'emploi et a conclu qu'il était possible de plaider la préclusion à l'égard de cette décision dans la mesure où [TRADUCTION] « l'appelant connaissait les prétentions formulées contre lui et avait eu la possibilité de faire valoir son point de vue » (par. 20). Voir également *Alderman c. North Shore Studio Management Ltd.*, [1997] 5 W.W.R. 535 (C.S.C.-B.).

47

In my view, with respect, the theory that a denial of natural justice deprives the ESA decision of its character as a “judicial” decision rests on a misconception. Flawed the decision may be, but “judicial” (as distinguished from administrative or legislative) it remains. Once it is determined that the decision maker was capable of receiving and exercising adjudicative authority and that the particular decision was one that was required to be made in a judicial manner, the decision does not cease to have that character (“judicial”) because the decision maker erred in carrying out his or her functions. As early as *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128 (H.L.), it was held that a conviction entered by an Alberta magistrate could not be quashed for lack of jurisdiction on the grounds that the depositions showed that there was no evidence to support the conviction or that the magistrate misdirected himself in considering the evidence. The jurisdiction to try the charges was distinguished from alleged errors in “the observance of the law in the course of its exercise” (p. 156). If the conditions precedent to the exercise of a judicial jurisdiction are satisfied (as here), subsequent errors in its exercise, including violations of natural justice, render the decision voidable, not void: *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at pp. 584-85. The decision remains a “judicial decision”, although seriously flawed by the want of proper notice and the denial of the opportunity to be heard.

En toute déférence, j’estime que la thèse voulant que l’inobservation des principes de justice naturelle ait pour effet d’enlever tout caractère « judiciaire » à la décision fondée sur la LNE repose sur une idée fausse. Il se peut que la décision présente des failles, mais elle demeure « judiciaire » (plutôt qu’administrative ou législative). Une fois qu’il est établi que l’auteur de la décision pouvait être investi d’un pouvoir juridictionnel, qu’il pouvait exercer ce pouvoir et que la décision litigieuse devait être rendue de manière judiciaire, celle-ci ne perd pas son caractère « judiciaire » parce que son auteur a commis une erreur dans l’accomplissement de ses fonctions. Dans un vieil arrêt, *R. c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128 (H.L.), il a été jugé que la déclaration de culpabilité inscrite par un magistrat albertain ne pouvait être annulée pour cause d’absence de compétence sur le fondement que les témoignages ne révélaient aucune preuve étayant la déclaration de culpabilité ou parce que le magistrat s’était donné des directives erronées dans l’examen de la preuve. Une distinction a été établie entre le pouvoir de juger les accusations et les erreurs qui auraient été commises en matière d’[TRADUCTION] « observation de la loi dans l’exercice de ce pouvoir » (p. 156). Si les conditions préalables à l’exercice d’une compétence de nature judiciaire sont réunies (comme c’est le cas en l’espèce), toute erreur subséquente dans l’exercice de cette compétence, y compris les manquements aux règles de la justice naturelle, ne rend pas la décision nulle mais annulable : *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 584-585. La décision reste une décision « judiciaire », quoiqu’elle souffre de sérieuses lacunes du fait de l’absence de préavis suffisant et du défaut d’accorder la possibilité de se faire entendre.

48

I mentioned at the outset that estoppel *per rem judicatem* is closely linked to the rule against collateral attack, and indeed to the principles of judicial review. If the appellant had gone to court to seek judicial review of the ESA officer’s decision without first following the internal administrative review route, she would have been confronted with the decision of this Court in *Harekin*, *supra*. In that case a university student failed in his judicial review application to quash the decision of a

Comme je l’ai mentionné plus tôt, la préclusion *per rem judicatem* est étroitement liée à la règle prohibant les contestations indirectes et, de fait, aux principes régissant le contrôle judiciaire. Si l’appelante s’était adressée à une cour de justice pour demander le contrôle judiciaire de la décision de l’agent des normes d’emploi sans se prévaloir au préalable du mécanisme de révision administrative interne, on lui aurait opposé l’arrêt *Harekin*, précité, de notre Cour. Dans cette affaire, la

faculty committee of the University of Regina which found his academic performance to be unsatisfactory. The faculty committee was required to act in a judicial manner but failed, as here, to give proper notice and an opportunity to be heard. It was held that the failure did not deprive the faculty committee of its adjudicative jurisdiction. Its decision was subject to judicial review, but this was refused in the exercise of the Court's discretion. Adoption of the appellant's theory in this case would create an anomalous result. If she is correct that the ESA officer stepped outside her judicial role and lost jurisdiction for all purposes, including issue estoppel, the *Harekin* barrier to judicial review would be neatly sidestepped. She would have no need to seek judicial review to set aside the ESA decision. She would be, on her theory, entitled as of right to have it ignored in her civil action.

The appellant's position would also create an anomalous situation under the rule against collateral attack. As noted by the respondent, the rejection of issue estoppel in this case would constitute, in a sense, a successful collateral attack on the ESA decision, which has been impeached neither by administrative review nor judicial review. On the appellant's theory, an excess of jurisdiction in the course of the ESA proceeding would prevent issue estoppel, even though *Maybrun*, *supra*, says that an act in excess of a jurisdiction which the decision maker initially possessed does not necessarily open the decision to collateral attack. It depends, according to *Maybrun*, on which forum

demande de contrôle judiciaire qu'avait présentée un étudiant de l'université de Regina en vue d'obtenir l'annulation de la décision rendue par un comité d'une faculté de cet établissement et portant que ses notes étaient insatisfaisantes a été rejetée. Ce comité était tenu d'agir judiciairement, mais, tout comme en l'espèce, il avait omis de donner à l'étudiant un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre. Il a été jugé que cette omission n'avait pas fait perdre au comité sa compétence juridictionnelle. La décision du comité était susceptible de contrôle judiciaire, mais notre Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a refusé de faire droit à ce recours. Retenir la thèse de l'appelante en l'espèce entraînerait un résultat anormal. Si elle a raison de prétendre que l'agente des normes d'emploi a cessé d'agir judiciairement et a perdu compétence, à tout point de vue, y compris pour l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, l'obstacle au contrôle judiciaire que constitue l'arrêt *Harekin* serait habilement contourné. Elle n'aurait en effet pas besoin de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'agente pour la faire annuler puisque, selon ce qu'elle soutient, elle a d'office droit à ce qu'on n'en tienne pas compte dans le cadre de son action au civil.

La thèse avancée par l'appelante créerait également une situation anormale pour ce qui concerne la règle prohibant les contestations indirectes. Comme l'a souligné l'intimée, le refus d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée en l'espèce équivaldrait, en un sens, à faire droit à une contestation indirecte de la décision de l'agente des normes d'emploi, décision qui n'a été contestée ni par voie de révision administrative ni par voie de contrôle judiciaire. Suivant la thèse de l'appelante, un excès de compétence pendant le déroulement de la procédure administrative prévue par la LNE empêche l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, bien que dans l'arrêt *Maybrun*, précité, notre Cour ait dit qu'une mesure outrepassant la compétence que possédait initialement le décideur ne donne pas nécessairement ouverture aux contestations indirectes de cette décision. Suivant cet arrêt, tout dépend du forum devant lequel le législateur a



the legislature intended the jurisdictional attack to be made in, the administrative review forum or the court (para. 49).

voulu que soit présentée la contestation d'ordre juridictionnel, savoir le tribunal administratif chargé de la révision ou une cour de justice (par. 49).

50 It seems to me that the unsuccessful litigant in administrative proceedings should be encouraged to pursue whatever administrative remedy is available. Here, it is worth repeating, she elected the ESA forum. Employers and employees should be able to rely on ESA determinations unless steps are taken promptly to set them aside. One major legislative objective of the ESA scheme is to facilitate a quick resolution of termination benefits so that both employee and employer can get on to other things. Where, as here, the ESA issues are determined within a year, a contract claim could nevertheless still be commenced thereafter in Ontario within six years of the alleged breach, producing a lingering five years of uncertainty. This is to be discouraged.

À mon sens, il faut inciter le plaideur qui n'a pas gain de cause dans le cadre d'une instance administrative à se prévaloir de tous les recours administratifs qui lui sont ouverts. Il convient de rappeler que, en l'espèce, l'appelante a opté pour le recours prévu par la LNE. Tant les employeurs que les employés doivent être en mesure de s'en remettre aux décisions rendues sous le régime de la LNE à moins qu'une mesure ne soit prise rapidement pour en obtenir l'annulation. Un objectif important du régime établi par le législateur dans la LNE est de faciliter le règlement rapide des différends portant sur les indemnités de licenciement, de sorte que l'employé et l'employeur puissent tourner la page. Dans les cas où, comme en l'espèce, les questions touchant à l'application de la LNE sont tranchées dans un délai d'un an ou moins, il est néanmoins possible, en Ontario, d'intenter une action contractuelle dans les six ans qui suivent le manquement allégué, ce qui peut donner lieu à cinq années d'incertitude. De telles situations doivent être évitées.

51 In summary, it is clear that an administrative decision which is made without jurisdiction from the outset cannot form the basis of an estoppel. The conditions precedent to the adjudicative jurisdiction must be satisfied. Where arguments can be made that an administrative officer or tribunal initially possessed the jurisdiction to make a decision in a judicial manner but erred in the exercise of that jurisdiction, the resulting decision is nevertheless capable of forming the basis of an estoppel. Alleged errors in carrying out the mandate are matters to be considered by the court in the exercise of its discretion. This result makes the principle governing estoppel consistent with the law

En résumé, il est clair qu'une décision administrative qui a au départ été prise sans la compétence requise ne peut fonder l'application de la préclusion. Les conditions préalables à l'exercice de la compétence juridictionnelle doivent être réunies. Lorsqu'il est possible d'affirmer que le décideur administratif — fonctionnaire ou tribunal — avait initialement compétence pour rendre une décision de manière judiciaire, mais qu'il a commis une erreur dans l'exercice de cette compétence, la décision rendue est néanmoins susceptible de fonder l'application de la préclusion. Les erreurs qui auraient été commises dans l'accomplissement du mandat doivent être prises en considération par la cour de justice dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cela a pour effet d'assurer la conformité du principe régissant la préclusion avec les règles de droit relatives au contrôle judiciaire énoncées dans l'arrêt *Hareldkin*, précité, et celles

governing judicial review in *Harelkin*, *supra*, and collateral attack in *Maybrun*, *supra*.

Where I differ from the Ontario Court of Appeal in this case is in its conclusion that the failure of the appellant to seek such an administrative review of the ESA officer's flawed decision was fatal to her position. In my view, with respect, the refusal of the ESA officer to afford the appellant proper notice and the opportunity to be heard are matters of great importance in the exercise of the court's discretion, as will be seen.

I turn now to the three preconditions to issue estoppel set out by Dickson J. in *Angle*, *supra*, at p. 254.

### 3. Issue Estoppel: Applying the Tests

#### (a) *That the Same Question Has Been Decided*

A cause of action has traditionally been defined as comprising every fact which it would be necessary for the plaintiff to prove, if disputed, in order to support his or her right to the judgment of the court: *Poucher v. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125 (C.A.). Establishing each such fact (sometimes referred to as material facts) constitutes a precondition to success. It is apparent that different causes of action may have one or more material facts in common. In this case, for example, the existence of an employment contract is a material fact common to both the ESA proceeding and to the appellant's wrongful dismissal claim in court. Issue estoppel simply means that once a material fact such as a valid employment contract is found to exist (or not to exist) by a court or tribunal of competent jurisdiction, whether on the basis of evidence or admissions, the same issue cannot be relitigated in subsequent proceedings between the same parties. The estoppel, in other words, extends to the issues of fact, law, and mixed fact and law

relatives aux contestations indirectes énoncées dans l'arrêt *Maybrun*, précité.

Là où je diverge d'opinion avec la Cour d'appel de l'Ontario, c'est relativement à sa conclusion que le fait pour l'appelante de ne pas avoir demandé la révision administrative de la décision lacunaire de l'agente porte un coup fatal à la thèse de l'appelante. En toute déférence, je suis d'avis que le refus de l'agente des normes d'emploi de donner à l'appelante un préavis suffisant et la possibilité de se faire entendre est un facteur très important dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour, comme nous le verrons plus loin.

Je vais maintenant examiner les trois conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée énoncées par le juge Dickson dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 254.

### 3. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée : application des conditions

#### a) *La condition requérant que la même question ait déjà été tranchée*

Traditionnellement, on définit la cause d'action comme étant tous les faits que le demandeur doit prouver, s'ils sont contestés, pour étayer son droit d'obtenir jugement de la cour en sa faveur : *Poucher c. Wilkins* (1915), 33 O.L.R. 125 (C.A.). Pour que le demandeur ait gain de cause, chacun de ces faits (souvent qualifiés de faits substantiels) doit donc être établi. Il est évident que des causes d'action différentes peuvent avoir en commun un ou plusieurs faits substantiels. En l'espèce, par exemple, l'existence d'un contrat de travail est un fait substantiel commun au recours administratif et à l'action pour congédiement injustifié intentée au civil par l'appelante. L'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée signifie simplement que, dans le cas où le tribunal judiciaire ou administratif compétent a conclu, sur le fondement d'éléments de preuve ou d'admissions, à l'existence (ou à l'inexistence) d'un fait pertinent — par exemple un contrat de travail valable —, cette même question ne peut être débattue à nouveau dans le cadre d'une instance ultérieure opposant les mêmes parties. En d'autres termes, la pré-

52

53

54

that are necessarily bound up with the determination of that “issue” in the prior proceeding.

clusion vise les questions de fait, les questions de droit ainsi que les questions mixtes de fait et de droit qui sont nécessairement liées à la résolution de cette « question » dans l’instance antérieure.

55 The parties are agreed here that the “same issue” requirement is satisfied. In the appellant’s wrongful dismissal action, she is claiming \$300,000 in unpaid commissions. This puts in issue the same entitlement as was refused her in the ESA proceeding. One or more of the factual or legal issues essential to this entitlement were necessarily determined against her in the earlier ESA proceeding. If issue estoppel applies, it prevents her from asserting that these adverse findings ought now to be found in her favour.

En l’espèce, les parties conviennent que la condition relative à l’existence d’une « même question » est remplie. Dans son action pour congédiement injustifié, l’appelante réclame 300 000 \$ à titre de commissions impayées. Cela met en jeu le droit même qui lui a été refusé dans le cadre de l’instance fondée sur la LNE. Une ou plusieurs des questions de fait ou de droit essentielles à la reconnaissance de ce droit ont nécessairement été tranchées en faveur de l’employeur dans le cadre de la procédure administrative. Si la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’applique, cela a pour effet d’empêcher l’appelante de soutenir que ces questions devraient maintenant être tranchées en sa faveur.

(b) *That the Judicial Decision Which Is Said to Create the Estoppel Was Final*

b) *La condition requérant que la décision judiciaire qui entraînerait l’application de la préclusion ait un caractère définitif*

56 As already discussed, the requirement that the prior decision be “judicial” (as opposed to administrative or legislative) is satisfied in this case.

Comme il a été indiqué plus tôt, la condition requérant que la décision antérieure soit une décision « judiciaire » (plutôt qu’administrative ou législative) est satisfaite en l’espèce.

57 Further, I agree with the Ontario Court of Appeal that the employee not having taken advantage of the internal review procedure, the decision of the ESA officer was final for the purposes of the Act and therefore capable in the normal course of events of giving rise to an estoppel.

En outre, je souscris à l’opinion de la Cour d’appel de l’Ontario selon laquelle, en raison du fait que l’employée ne s’est pas prévalu du mécanisme de révision interne, la décision de l’agente des normes d’emploi avait un caractère définitif pour l’application de la Loi et était donc susceptible, dans le cours normal des choses, de faire naître la préclusion.

58 I have already noted that in this case, unlike *Harelkin*, *supra*, the appellant had no right of appeal. She could merely make a request to the ESA Director for a review by an ESA adjudicator. While this may be a factor in the exercise of the discretion to deny issue estoppel, it does not affect the finality of the ESA decision. The appellant could fairly argue on a judicial review application that unlike *Harelkin* she had no “adequate alternative remedy” available to her as of right. The ESA

J’ai déjà souligné que, en l’espèce, contrairement à l’affaire *Harelkin*, précitée, l’appelante ne disposait d’aucun droit d’appel. Elle pouvait uniquement demander au directeur de faire réviser par un arbitre la décision de l’agente des normes d’emploi. Bien qu’il puisse s’agir d’un facteur à prendre en considération dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, il n’a aucun effet sur le caractère définitif de la décision.

decision must nevertheless be treated as final for present purposes.

- (c) *That the Parties to the Judicial Decision or Their Privies Were the Same Persons as the Parties to the Proceedings in Which the Estoppel Is Raised or Their Privies*

This requirement assures mutuality. If the limitation did not exist, a stranger to the earlier proceeding could insist that a party thereto be bound in subsequent litigation by the findings in the earlier litigation even though the stranger, who became a party only to the subsequent litigation, would not be: *Machin, supra*; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), *per* Laskin J.A., at pp. 339-40. The mutuality requirement was subject to some critical comment by McEachern C.J.B.C. when sitting as a trial judge in *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 (S.C.), at p. 96, and has been substantially modified in many jurisdictions in the United States: see *Holmsted and Watson, supra*, at 21§24, and G. D. Watson, "Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 623.

The concept of "privity" of course is somewhat elastic. The learned editors of J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant in *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1088 say, somewhat pessimistically, that "[i]t is impossible to be categorical about the degree of interest which will create privity" and that determinations must be made on a case-by-case basis. In this case, the parties are identical and the outer limits of "mutuality" and of the "same parties" requirement need not be further addressed.

L'appelante pourrait à juste titre prétendre, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, que contrairement à M. Harelkin elle ne disposait pas, de plein droit, d'un autre « recours approprié ». Néanmoins, la décision de l'agente des normes d'emploi doit être tenue pour définitive pour les fins du présent pourvoi.

- (c) *La condition requérant que les parties à la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties aux procédures au cours desquelles la préclusion est plaidée, ou leurs ayants droit*

Cette condition garantit la réciprocité. Si elle ne s'appliquait pas, un tiers aux procédures antérieures pourrait exiger qu'une partie à celles-ci soit considérée comme liée, dans le cadre d'une instance ultérieure, par les conclusions tirées au cours des premières procédures, alors que ce tiers, qui ne serait partie qu'à la seconde instance, ne serait pas lié par ces conclusions : *Machin*, précité; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), le juge Laskin, p. 339-340. Cette condition de réciprocité a fait l'objet de certaines critiques par le juge McEachern (plus tard Juge en chef de la Colombie-Britannique), pendant qu'il siégeait en première instance, dans l'affaire *Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 (C.S.), p. 96, et elle a été modifiée de façon substantielle dans bon nombre d'États américains : voir *Holmsted et Watson, op. cit.*, 21§24, et G. D. Watson, « Duplicative Litigation : Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality » (1990), 69 *R. du B. can.* 623.

Évidemment, la notion de « lien de droit » est assez élastique. J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, les éminents éditeurs de l'ouvrage *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), affirment avec un certain pessimisme, à la p. 1088, qu'[TRADUCTION] « [i]l est impossible d'être catégorique quant à l'étendue de l'intérêt qui crée un lien de droit » et qu'il faut trancher au cas par cas. En l'espèce, les parties sont les mêmes et il n'y a pas lieu d'explorer davantage les confins des notions de « réciprocité » et d'« identité des parties ».

59

60

61 I conclude that the preconditions to issue estoppel are met in this case.

#### 4. The Exercise of the Discretion

62 The appellant submitted that the Court should nevertheless refuse to apply estoppel as a matter of discretion. There is no doubt that such a discretion exists. In *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72, Estey J. noted, at p. 101, that in the context of court proceedings “such a discretion must be very limited in application”. In my view the discretion is necessarily broader in relation to the prior decisions of administrative tribunals because of the enormous range and diversity of the structures, mandates and procedures of administrative decision makers.

63 In *Bugbusters*, *supra*, Finch J.A. (now C.J.B.C.) observed, at para. 32:

It must always be remembered that although the three requirements for issue estoppel must be satisfied before it can apply, the fact that they may be satisfied does not automatically give rise to its application. Issue estoppel is an equitable doctrine, and as can be seen from the cases, is closely related to abuse of process. The doctrine of issue estoppel is designed as an implement of justice, and a protection against injustice. It inevitably calls upon the exercise of a judicial discretion to achieve fairness according to the circumstances of each case.

Apart from noting parenthetically that estoppel *per rem judicatem* is generally considered a common law doctrine (unlike promissory estoppel which is clearly equitable in origin), I think this is a correct statement of the law. Finch J.A.’s *dictum* was adopted and applied by the Ontario Court of Appeal in *Schwenke*, *supra*, at paras. 38 and 43:

J’arrive à la conclusion que les conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont réunies en l’espèce.

#### 4. L’exercice du pouvoir discrétionnaire

L’appelante fait valoir que la Cour doit néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser l’application de la préclusion. Il ne fait aucun doute que ce pouvoir discrétionnaire existe. Dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72, le juge Estey a souligné, à la p. 101, que dans le contexte d’une instance judiciaire « ce pouvoir discrétionnaire est très limité dans son application ». À mon avis, le pouvoir discrétionnaire est nécessairement plus étendu à l’égard des décisions des tribunaux administratifs, étant donné la diversité considérable des structures, missions et procédures des décideurs administratifs.

Dans l’arrêt *Bugbusters*, précité, le juge Finch de la Cour d’appel (maintenant Juge en chef de la Colombie-Britannique) a fait les observations suivantes, au par 32 :

[TRADUCTION] Il faut toujours se rappeler que, bien que les trois conditions d’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée doivent être réunies pour que celle-ci puisse être invoquée, le fait que ces conditions soient présentes n’emporte pas nécessairement l’application de la préclusion. Il s’agit d’une doctrine issue de l’*equity* et, comme l’indique la jurisprudence, elle présente des liens étroits avec l’abus de procédure. Elle se veut un moyen de rendre justice et de protéger contre l’injustice. Elle implique inévitablement l’exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour assurer le respect de l’équité selon les circonstances propres à chaque espèce.

Mis à part, entre parenthèses, le fait que la préclusion *per rem judicatem* soit généralement considérée comme une doctrine de common law (contrairement à la préclusion fondée sur une promesse, qui tire clairement son origine de l’*equity*), j’estime qu’il s’agit d’un énoncé fidèle du droit applicable. Cette remarque incidente du juge Finch a été retenue et appliquée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *Schwenke*, précitée, par. 38 et 43 :

The discretion to refuse to give effect to issue estoppel becomes relevant only where the three prerequisites to the operation of the doctrine exist. . . . The exercise of the discretion is necessarily case specific and depends on the entirety of the circumstances. In exercising the discretion the court must ask — is there something in the circumstances of this case such that the usual operation of the doctrine of issue estoppel would work an injustice?

. . . .

. . . The discretion must respond to the realities of each case and not to abstract concerns that arise in virtually every case where the finding relied on to support the doctrine was made by a tribunal and not a court.

See also *Braithwaite*, *supra*, at para. 56.

Courts elsewhere in the Commonwealth apply similar principles. In *Arnold v. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41, the House of Lords exercised its discretion against the application of issue estoppel arising out of an earlier arbitration, *per* Lord Keith of Kinkel, at p. 50:

One of the purposes of estoppel being to work justice between the parties, it is open to courts to recognise that in special circumstances inflexible application of it may have the opposite result . . . .

In the present case Rosenberg J.A. noted in passing at pp. 248-49 the possible existence of a potential discretion but, with respect, he gave it short shrift. There was no discussion or analysis of the merits of its exercise. He simply concluded, at p. 256:

In summary, Ms. Burke did not accord this appellant natural justice. The appellant's recourse was to seek review of Ms. Burke's decision. She failed to do so. That decision is binding upon her and her employer.

In my view it was an error of principle not to address the factors for and against the exercise of

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire de refuser de donner effet à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne naît que lorsque les trois conditions d'application de la doctrine sont réunies. [. . .] Ce pouvoir discrétionnaire est nécessairement exercé au cas par cas et son application dépend de l'ensemble des circonstances. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, la cour doit se poser la question suivante : existe-t-il, en l'espèce, une circonstance qui ferait en sorte que l'application normale de la doctrine créerait une injustice?

. . . .

. . . L'exercice du pouvoir discrétionnaire doit tenir compte des réalités propres à chaque affaire et non de préoccupations abstraites, qui sont présentes dans pratiquement tous les cas où la décision invoquée au soutien de la demande d'application a été rendue par un tribunal administratif et non par un tribunal judiciaire.

Voir également *Braithwaite*, précité, par. 56.

Les cours de justice d'autres pays du Commonwealth appliquent des principes analogues. Dans l'arrêt *Arnold c. National Westminster Bank plc*, [1991] 3 All E.R. 41, la Chambre des lords a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé d'appliquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée à l'égard d'une sentence arbitrale. Voici ce qu'a dit lord Keith of Kinkel, à la p. 50 :

[TRADUCTION] L'une des raisons d'être de la préclusion étant de rendre justice aux parties, il est loisible aux cours de justice de reconnaître que, dans certaines circonstances, son application rigide produirait l'effet contraire. . .

Dans la présente affaire, le juge Rosenberg a mentionné, aux p. 248-249, l'existence possible d'un pouvoir discrétionnaire potentiel mais, en toute déférence, il ne s'y est pas attardé. Il n'a ni examiné ni analysé le bien-fondé de l'exercice de ce pouvoir. Il a simplement conclu ainsi, à la p. 256 :

[TRADUCTION] En résumé, M<sup>me</sup> Burke n'a pas accordé à l'appelante le bénéfice des règles de justice naturelle. Le recours qui s'offrait à cette dernière était de demander la révision de la décision de l'agent. Elle ne l'a pas fait. Elle et son employeur sont liés par cette décision.

Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur de principe en omettant de soupeser les fac-

64

65

66

the discretion which the court clearly possessed. This is not a situation where this Court is being asked by an appellant to substitute its opinion for that of the motions judge or the Court of Appeal. The appellant is entitled at some stage to appropriate consideration of the discretionary factors and to date this has not happened.

teurs favorables et défavorables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont elle était clairement investie. Il ne s'agit pas d'un cas où notre Cour est invitée par la partie appelante à substituer son opinion à celle du juge des requêtes ou de la Cour d'appel. L'appelante a droit à ce que, à un certain point dans le processus, on examine de façon appropriée les facteurs pertinents à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et jusqu'à maintenant on ne l'a pas fait.

67 The list of factors is open. They include many of the same factors listed in *Maybrun* in connection with the rule against collateral attack. A similarly helpful list was proposed by Laskin J.A. in *Minott, supra*. The objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice but not at the cost of real injustice in the particular case. Seven factors, discussed below, are relevant in this case.

La liste de ces facteurs n'est pas exhaustive. Elle comporte bon nombre de ceux qui ont été mentionnés dans l'arrêt *Maybrun* en rapport avec la règle prohibant les contestations indirectes. Le juge Laskin a lui aussi proposé une liste fort utile dans l'affaire *Minott*, précitée. L'objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice concrète dans une affaire donnée. Sept facteurs, mentionnés ci-après, sont pertinents dans la présente affaire.

(a) *The Wording of the Statute from which the Power to Issue the Administrative Order Derives*

a) *Le libellé du texte de loi accordant le pouvoir de rendre l'ordonnance administrative*

68 In this case the ESA includes s. 6(1) which provides that:

En l'espèce, la LNE comporte le par. 6(1), qui prévoit ce qui suit :

No civil remedy of an employee against his or her employer is suspended or affected by this Act. [Emphasis added.]

La présente loi ne suspend pas les recours civils dont dispose un employé contre son employeur ni n'y porte atteinte. [Je souligne.]

69 This provision suggests that at the time the Ontario legislature did not intend ESA proceedings to become an exclusive forum. (Recent amendments to the Act now require an employee to elect either the ESA procedure or the court. Even prior to the new amendments, however, a court could properly conclude that relitigation of an issue would be an abuse: *Rasanen, supra, per Morden A.C.J.O.*, at p. 293, *Carthy J.A.*, at p. 288.)

Cette disposition tend à indiquer que, à l'époque pertinente, le législateur ontarien n'entendait pas que le forum prévu par la LNE ait pour effet d'exclure tous les autres. (De récentes modifications apportées à la Loi obligent désormais l'employé à choisir entre la procédure prévue par la LNE ou le recours aux tribunaux judiciaires. Cependant, même avant ces modifications, les cours de justice pouvaient à bon droit conclure que l'engagement de nouvelles procédures à l'égard d'une question constituait un abus : *Rasanen*, précité, le juge en chef adjoint Morden de la Cour d'appel de l'Ontario, p. 293, le juge Carthy, p. 288.)

While it is generally reasonable for defendants to expect to be able to move on with their lives once one set of proceedings — including any available appeals — has ended in a rejection of liability, here, the appellant commenced her civil action against the respondents before the ESA officer reached a decision (as was clearly authorized by the statute at that time). Thus, the respondents were well aware, in law and in fact, that they were expected to respond to parallel and to some extent overlapping proceedings.

(b) *The Purpose of the Legislation*

The focus of an earlier administrative proceeding might be entirely different from that of the subsequent litigation, even though one or more of the same issues might be implicated. In *Bugbusters*, *supra*, a forestry company was compulsorily recruited to help fight a forest fire in British Columbia. It subsequently sought reimbursement for its expenses under the B.C. *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 140. The expense claim was allowed *despite* an allegation that the fire had been started by a Bugbusters employee who carelessly discarded his cigarette. (This, if proved, would have disentitled Bugbusters to reimbursement.) The Crown later started a \$5 million negligence claim against Bugbusters, for losses occasioned by the forest fire. Bugbusters invoked issue estoppel. The court, in the exercise of its discretion, denied relief. One reason, *per* Finch J.A., at para. 30, was that

a final decision on the Crown's right to recover its losses was not within the reasonable expectation of either party at the time of those [reimbursement] proceedings [under the *Forest Act*].

A similar point was made in *Rasanen*, *supra*, by Carthy J.A., at p. 290:

It would be unfair to an employee who sought out immediate and limited relief of \$4,000, forsaking dis-

Bien qu'il soit généralement raisonnable pour un défendeur d'escompter pouvoir tourner la page après des procédures — y compris tout appel possible — au terme desquelles sa responsabilité n'a pas été retenue, en l'espèce l'appelante a intenté son action civile contre les intimés avant que l'agente des normes d'emploi n'ait rendu sa décision (comme l'y autorisait clairement la loi pertinente à l'époque). En conséquence, les intimés savaient parfaitement, en droit et en fait, qu'ils devaient se défendre dans des procédures parallèles se chevauchant dans une certaine mesure.

b) *L'objet de la loi*

Il est fort possible que le nœud d'une instance administrative soit totalement différent de celui d'un litige subséquent, même si une ou plusieurs des questions litigieuses sont les mêmes. Dans l'affaire *Bugbusters*, précitée, une entreprise forestière a été conscrite afin d'aller combattre un incendie de forêt en Colombie-Britannique. Elle a par la suite demandé le remboursement de ses dépenses en vertu de la *Forest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 140, de cette province. On a fait droit à sa demande *malgré* des allégations selon lesquelles l'incendie avait été causé par un de ses employés qui aurait négligemment jeté une cigarette. (Si l'allégation avait été prouvée, Bugbusters n'aurait pas eu droit au remboursement.) Sa Majesté a par la suite intenté une action en négligence de 5 000 000 \$ contre Bugbusters pour être indemnisée des pertes occasionnées par le feu de forêt. Cette dernière a plaidé la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Exerçant son pouvoir discrétionnaire, la Cour d'appel a refusé d'appliquer la doctrine, notamment pour le motif suivant, exposé par le juge Finch, au par. 30 :

[TRADUCTION] . . . pendant l'instance [en remboursement fondée sur la *Forest Act*], aucune des parties ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit statué définitivement sur le droit de Sa Majesté d'être indemnisée de ses pertes.

Une remarque au même effet a été formulée par le juge Carthy dans l'affaire *Rasanen*, précitée, p. 290 :

[TRADUCTION] Il serait injuste vis-à-vis d'un employé qui a demandé sans délai une indemnité limitée de



covery and representation in doing so, to then say that he is bound to the result as it affects a claim for ten times that amount.

A similar qualification is made in the American *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d* (1982), vol. 2 § 83(2)(e), which refers to

procedural elements as may be necessary to constitute the proceeding a sufficient means of conclusively determining the matter in question, having regard for the magnitude and complexity of the matter in question, the urgency with which the matter must be resolved, and the opportunity of the parties to obtain evidence and formulate legal contentions.

72 I am mindful, of course, that here the appellant chose the ESA forum. Counsel for the respondent justly observed, with some exasperation:

As the record makes clear, Danyluk was represented by legal counsel prior to, at the time of, and subsequent to the cessation of her employment. Danyluk and her counsel were well aware of the fact that Danyluk had an initial choice of forums with respect to her claim for unpaid commissions and wages. . . .

73 Nevertheless, the purpose of the ESA is to provide a relatively quick and cheap means of resolving employment disputes. Putting excessive weight on the ESA decision in terms of issue estoppel would likely compel the parties in such cases to mount a full-scale trial-type offence and defence, thus tending to defeat the expeditious operation of the ESA scheme as a whole. This would undermine fulfilment of the purpose of the legislation.

#### (c) *The Availability of an Appeal*

74 This factor corresponds to the “adequate alternative remedy” issue in judicial review: *Harelkin*, *supra*, at p. 592. Here the employee had no *right of appeal*, but the existence of a potential administrative review and her failure to take advantage of it

4 000 \$, renonçant de ce fait à la communication de la preuve et au droit d’être représenté par avocat, de lui opposer ensuite qu’il est lié par le résultat de ce recours et par son effet sur la réclamation d’une somme dix fois plus élevée.

Une réserve semblable est formulée dans l’ouvrage américain *Restatement of the Law, Second: Judgments 2d* (1982), vol. 2, § 83(2)(e), où l’on fait état

[TRADUCTION] . . . des éléments procéduraux requis pour que l’instance permette de régler décisivement le différend, compte tenu de l’ampleur et de la complexité de celui-ci, de l’urgence avec laquelle il faut le trancher et de la possibilité pour les parties de recueillir de la preuve et de formuler des arguments juridiques.

Je suis bien sûr conscient du fait que, en l’espèce, l’appelante a choisi la procédure prévue par la LNE. L’avocat de l’intimée a fait remarquer à juste titre, non sans une certaine exaspération :

[TRADUCTION] Comme l’indique clairement le dossier, M<sup>me</sup> Danyluk était représentée par avocat avant la cessation d’emploi, au moment de celle-ci et par la suite. Son avocat et elle savaient fort bien qu’elle avait au départ le choix du forum devant lequel présenter sa réclamation pour salaire et commissions impayés. . . .

Néanmoins, l’objet de la LNE est d’offrir un moyen relativement rapide et peu coûteux de régler les différends entre employés et employeurs. Accorder un poids excessif aux décisions prises en vertu de la LNE, dans le contexte de l’application de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, obligerait vraisemblablement les parties, en pareils cas, à préparer une demande et une défense équivalentes à celles préparées dans le cadre d’un véritable procès et tendrait ainsi à enlever à l’ensemble du régime établi par la LNE son caractère expéditif. Cette situation compromettrait l’objectif visé par la loi.

#### c) *L’existence d’un droit d’appel*

Ce facteur correspond à celui de l’autre « recours approprié » applicable en matière de contrôle judiciaire : *Harelkin*, précité, p. 592. Dans la présente affaire, l’employée ne disposait d’aucun *droit d’appel*, mais la possibilité d’une révision

must be counted against her: *Susan Shoe Industries Ltd. v. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660 (C.A.), at p. 662.

(d) *The Safeguards Available to the Parties in the Administrative Procedure*

As already mentioned, quick and expeditious procedures suitable to accomplish the objectives of the ESA scheme may simply be inadequate to deal with complex issues of fact or law. Administrative bodies, being masters of their own procedures, may exclude evidence the court thinks probative, or act on evidence the court considers less than reliable. If it has done so, this may be a factor in the exercise of the court's discretion. Here the breach of natural justice is a key factor in the appellant's favour.

Morden A.C.J.O. pointed out in his concurring judgment in *Rasanen, supra*, at p. 295: "I do not exclude the possibility that deficiencies in the procedure relating to the first decision could properly be a factor in deciding whether or not to apply issue estoppel." Laskin J.A. made a similar point in *Minott, supra*, at pp. 341-42.

(e) *The Expertise of the Administrative Decision Maker*

In this case the ESA officer was a non-legally trained individual asked to decide a potentially complex issue of contract law. The rough-and-ready approach suitable to getting things done in the vast majority of ESA claims is not the expertise required here. A similar factor operates with respect to the rule against collateral attack (*Maybrun, supra*, at para. 50):

administrative et l'omission de s'en prévaloir doivent être retenues contre elle : *Susan Shoe Industries Ltd. c. Ricciardi* (1994), 18 O.R. (3d) 660, (C.A.), p. 662.

d) *Les garanties offertes aux parties dans le cadre de l'instance administrative*

Comme il a été mentionné précédemment, la procédure expéditive propre à permettre la réalisation des objectifs de la LNE peut tout simplement ne pas convenir pour l'examen de complexes questions de fait ou de droit. Étant maîtres de leur procédure, les organismes administratifs peuvent écarter des éléments de preuve que les cours de justice estiment probants ou encore agir sur le fondement d'éléments que ces dernières ne jugent pas fiables. Si cela s'est produit, il peut s'agir d'un facteur à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour. En l'espèce, le manquement aux règles de justice naturelle est un facteur clé en faveur de l'appelante.

Dans l'affaire *Rasanen*, précitée, p. 295, le juge en chef adjoint Morden a souligné le point suivant, dans ses motifs de jugement concourants : [TRADUCTION] « Je n'exclus pas la possibilité que des lacunes dans la procédure ayant conduit à la première décision puissent à juste titre constituer un facteur dans la décision d'appliquer ou non la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. » Le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario a tenu des propos analogues dans l'affaire *Minott*, précitée, p. 341-342.

e) *L'expertise du décideur administratif*

Dans la présente affaire, l'agente des normes d'emploi, qui n'avait aucune formation juridique, était appelée à trancher une question potentiellement complexe en matière de droit des contrats. L'approche expéditive qui convient pour la grande majorité des demandes fondées sur la LNE n'est pas le genre d'expertise requise en l'espèce. Un facteur similaire s'applique à l'égard de la règle prohibant les contestations indirectes (*Maybrun*, précité, par. 50) :

75

76

77

... where an attack on an order is based on considerations which are foreign to an administrative appeal tribunal's expertise or *raison d'être*, this suggests, although it is not conclusive in itself, that the legislature did not intend to reserve the exclusive authority to rule on the validity of the order to that tribunal.

(f) *The Circumstances Giving Rise to the Prior Administrative Proceedings*

78 In the appellant's favour, it may be said that she invoked the ESA procedure at a time of personal vulnerability with her dismissal looming. It is unlikely the legislature intended a summary procedure for smallish claims to become a barrier to closer consideration of more substantial claims. (The legislature's subsequent reduction of the monetary limit of an ESA claim to \$10,000 is consistent with this view.) As Laskin J.A. pointed out in *Minott*, *supra*, at pp. 341-42:

... employees apply for benefits when they are most vulnerable, immediately after losing their job. The urgency with which they must invariably seek relief compromises their ability to adequately put forward their case for benefits or to respond to the case against them ...

79 On the other hand, in this particular case it must be said that the appellant with or without legal advice, included in her ESA claim the \$300,000 commissions, and she must shoulder at least part of the responsibility for her resulting difficulties.

(g) *The Potential Injustice*

80 As a final and most important factor, the Court should stand back and, taking into account the entirety of the circumstances, consider whether application of issue estoppel in the particular case would work an injustice. Rosenberg J.A. concluded that the appellant had received neither notice of the respondent's allegation nor an opportunity to respond. He was thus confronted with the

... le fait que la contestation de l'ordonnance repose sur des considérations étrangères à l'expertise ou à la raison d'être d'une instance administrative d'appel suggère, sans toutefois être déterminant en lui-même, que le législateur n'a pas voulu réserver à cette instance le pouvoir exclusif de se prononcer sur la validité de l'ordonnance.

f) *Les circonstances ayant donné naissance à l'instance administrative initiale*

Un argument qui peut être avancé en faveur de l'appelante est qu'elle s'est prévalu du recours fondé sur la LNE à un moment où l'imminence de son congédiement faisait d'elle une personne vulnérable. Il est peu probable que le législateur ait voulu qu'une procédure sommaire applicable à la réclamation de petites sommes fasse obstacle à l'examen approfondi de réclamations plus considérables. (La décision ultérieure du législateur de plafonner à 10 000 \$ les réclamations pouvant être présentées en vertu de la LNE concorde avec cette interprétation.) Comme l'a fait observer le juge Laskin dans l'arrêt *Minott*, précité, p. 341-342 :

[TRADUCTION] ... les employés présentent une demande au moment où ils sont le plus vulnérables, soit immédiatement après la perte de leur emploi. Le fait qu'ils doivent invariablement agir rapidement pour demander réparation compromet leur aptitude à présenter adéquatement leur point de vue ou à réfuter la thèse de la partie adverse. ...

Par contre, il convient de rappeler que dans la présente affaire l'appelante, agissant alors de son propre chef ou sur les conseils de son avocat, a inclus dans sa demande fondée sur la LNE les 300 000 \$ réclamés à titre de commissions et elle doit assumer la responsabilité d'au moins une partie des difficultés résultant de cette décision.

g) *Le risque d'injustice*

Suivant ce dernier facteur, qui est aussi le plus important, notre Cour doit prendre un certain recul et, eu égard à l'ensemble des circonstances, se demander si, dans l'affaire dont elle est saisie, l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée entraînerait une injustice. Le juge Rosenberg de la Cour d'appel a conclu que l'appelante n'avait pas été informée des allégations

problem identified by Jackson J.A., dissenting, in *Iron v. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1 (Sask. C.A.), at p. 21:

The doctrine of res judicata, being a means of doing justice between the parties in the context of the adversarial system, carries within its tenets the seeds of injustice, particularly in relation to issues of allowing parties to be heard.

Whatever the appellant's various procedural mistakes in this case, the stubborn fact remains that her claim to commissions worth \$300,000 has simply never been properly considered and adjudicated.

On considering the cumulative effect of the foregoing factors it is my view that the Court in its discretion should refuse to apply issue estoppel in this case.

#### V. Disposition

I would therefore allow the appeal with costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Lang Michener, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Heenan Blaikie, Toronto.*

de l'intimée et n'avait pas eu la possibilité d'y répondre. Le juge Rosenberg était donc aux prises avec le problème signalé par le juge Jackson, dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Iron c. Saskatchewan (Minister of the Environment & Public Safety)*, [1993] 6 W.W.R. 1 (C.A. Sask.), p. 21 :

[TRADUCTION] Constituant un moyen de rendre justice aux parties dans le contexte d'une procédure contradictoire, la doctrine de l'autorité de la chose jugée porte en elle-même le germe de l'injustice, spécialement lorsque le droit des parties de se faire entendre est en jeu.

Indépendamment des diverses erreurs de nature procédurale commises par l'appelante en l'espèce, il n'en demeure pas moins que sa réclamation visant des commissions totalisant 300 000 \$ n'a tout simplement jamais été examinée et tranchée adéquatement.

Vu l'effet cumulatif des facteurs susmentionnés, je suis d'avis que notre Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'appliquer en l'espèce la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

#### V. Le dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Lang Michener, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Heenan Blaikie, Toronto.*

# **TAB 6**

# IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Citation: *Andover Mining Corp. (Re)*,  
2013 BCSC 1833

Date: 20131004  
Docket: B131136  
Registry: Vancouver

## In the Supreme Court of British Columbia in Bankruptcy and Insolvency

### In the Matter of the notice of Intention to Make a Proposal of

**Andover Mining Corp.**

**And in the matter of**

**The Application by Enirgi Group Corporation under ss. 50.4(11) and 47.1(1)(b)  
of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-5**

Between:

**Enirgi Group Corporation**

Creditor

And

**Andover Mining Corp.**

Insolvent Person

Before: The Honourable Mr. Justice Steeves

## **Reasons for Judgment**

Counsel for the Creditor:

D.R. Brown  
M. Nied

Counsel for the Insolvent Person:

M.R. Davies

Place and Date of Trial/Hearing:

Vancouver, B.C.  
September 24, 2013

Place and Date of Judgment:

Vancouver, B.C.  
October 4, 2013

**Introduction**

[1] Enirgi Group Corporation (“Enirgi”) holds three promissory notes (by means of assignment) with a total value of \$6.5 million against Andover Mining Corp.

(“Andover”). One of the notes, in the amount of \$2.5 million, was due on October 1, 2012 and it has not been paid. In August 2013 Andover filed an intention to file a proposal under s. 50.4(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* R.S.C. 1985 c. B-3 (“BIA”). That proposal expires on October 4, 2013.

[2] This is a decision about two applications related to those notes.

[3] Andover seeks an order pursuant to s. 50.4(9) of the *BIA* for an extension of time for the filing of a proposal for a period of 45 days. According to Andover it has acted, and is acting, in good faith and with due diligence. Further, it would likely be able to make a viable proposal if the extension was granted and no creditor would be materially prejudiced if the extension was granted. Andover also submits that it has significantly more assets than debts and Enirgi has persistently been disruptive of the affairs of Andover as part of a campaign to target the assets of Andover.

[4] The second application is by Enirgi pursuant to s. 50.4(11) of the *BIA*. It seeks declarations that Andover’s attempt to file a proposal is immediately terminated, a previous stay of proceedings is lifted, Andover is deemed bankrupt and a trustee in bankruptcy is appointed. The primary basis for Enirgi’s application is the submission that Andover will not be able to make a proposal before the expiration of the period in question that will be accepted by Enirgi. Enirgi disputes that Andover has significantly more assets than debts. It also submits that it has a veto over any proposal by Andover because it is the largest creditor, it has lost faith in Andover’s ability to manage its assets and it is concerned that Andover is restructuring its affairs to dissipate its assets. In the alternative, if there is to be an extension of Andover’s proposal, Enirgi submits that a receiver should be appointed pursuant to s. 47.1 of the *BIA* to ensure transparency and fairness.

[5] Each party submits that its application should supersede the application of the other party. There are also disputes between the parties about a number of factual issues set out in affidavit evidence.

### **Background**

[6] Andover is an advanced mineral exploration company incorporated under the laws of British Columbia in 2003. Its shares have been listed for trading on the TSX Venture Exchange since 2006. As of September 6, 2013 approximately 12,000,000 shares of Andover were issued and outstanding with more than 398 shareholders. Andover had a market capitalization of about \$9 million, as of September 14, 2013; its payroll is \$2,441 per month. According to publicly available audited financial statements, as of March 31, 2013, Andover had \$42.5 million of assets and \$9.1 million of liabilities.

[7] Andover has two main assets. It owns 83.5% of Chief Consolidated Mining Company ("Chief") that owns extensive amounts of land and mining equipment in Utah, U.S.A. Andover also owns 100% of the shares of Andover Alaska Inc. ("Alaska"), a company with large land holdings and mineral claims in Alaska, U.S.A. Affidavit evidence from Andover is that it has the prospect of significant and imminent cash flow from more than one project. This is discussed below.

[8] Enirgi is a natural resources development company incorporated under the laws of Canada.

[9] In 2011 and 2012 Andover issued non-interest bearing, unsecured promissory notes to Sentient Global Resources Fund IV ("Sentient"). The first note was dated September 23, 2011 with a principal of \$2.5 million and a maturity date of October 1, 2012. The second note was dated April 30, 2012 with a principal of \$2.5 million and a maturity date of May 1, 2014. The third note was dated August 31, 2012, the principal was \$1.5 million and the maturity date was September 1, 2014.

[10] In September 2012 there were discussions between Andover, Enirgi and Chief in regards to a potential joint venture, with the possibility that Enirgi would take



majority ownership of Andover. A memorandum of understanding was executed and Enirgi commenced a process of due diligence. According to Enirgi, the due diligence revealed a complex joint venture agreement between Chief and another company. Ultimately, in March 2013, the parties were not able to agree on terms that were commercially acceptable to Enirgi. On March 27, 2013 Sentient assigned the above three promissory notes to Enirgi including all of the rights and obligations of Sentient under the terms of the notes. These notes are the subject of the current applications. According to Enirgi, it made a reasonable business decision to cease discussions with Enirgi, it became the assignee of the three promissory notes and it then sought repayment of the first promissory note.

[11] Andover had not paid the first promissory note at this time, March 2013 (and it had not been paid up to the date of the hearing of these applications). According to Andover, the reason it was not paid on the due date was because there was an expectation that Sentient and then Enirgi would become a partner of Andover in the joint venture (or something more significant) and discussions on this were taking place as late as January 2013. The expectation of all parties, according to Andover, was that any agreement would have included cancellation of the first promissory note. Andover says Enirgi knew this and agreed to it.

[12] By letter dated April 5, 2013 Enirgi advised Andover of the assignment of the notes from Sentient to it and that the full amount of the first note (with a maturity date of October 1, 2012) remained outstanding. The letter also expressly put Andover on notice that demand for repayment could occur at any time. According to Andover, Enirgi's demand was made at a meeting in Toronto in May 2013. Andover describes the demand from Enirgi as a "shock" because Andover believed Enirgi acquired the notes from Sentient as part of a process to become a partner with Andover. Because of the short demand period, three days, Andover had no ability to meet the demand. This was the beginning of Enirgi becoming "very aggressive", according to Andover.

[13] In a letter dated May 28, 2013 Andover advised Enirgi that it was making its best efforts to secure funding to repay the first promissory note. On May 30, 2013

Enirgi again demanded repayment of the first promissory note. In a letter of that date Enirgi advised Andover that failure to pay would be considered default and the second and third notes would become immediately due and payable. Enirgi takes the position that, by application of the wording of the other two notes, they are now due and owing. As above, the total for all three notes is \$6.5 million and the due date for the second and third notes are May 1, 2014 and September 1, 2014, respectively. Whether Enirgi is correct in its interpretation of the notes and, therefore, all three notes are now due and owing is not an issue to be decided at this time.

[14] At the end of May 2013 Andover received \$1.7 million as a result of a private placement. Enirgi objects to the fact that Andover did not make prior public disclosure of Enirgi's demand letter prior to closing the private placement. Andover did not use the funds from the private placement to repay the first note. There is a dispute between the parties as to how the \$1.7 million was used.

[15] In a letter dated May 31, 2013 Andover advised Enirgi that it was expecting to receive funds from Chief greater than the amount of the first promissory note. The letter also offered a written undertaking to pay the first promissory note no later than September 3, 2013. On June 3, 2013 Enirgi demanded repayment of the first note, for the third time.

[16] Enirgi commenced this action on June 4, 2013 seeking to recover the total amount of the three promissory notes. At the end of July 2013 Andover filed affidavit evidence that it was engaged at the time in negotiations with third parties to raise funding to pay the \$2.5 million of the first promissory note. This payment was expected to occur on or before August 22, 2013. On August 8, 2013 the parties agreed to a Consent Order in the following terms:

. . .

BY CONSENT the Defendant [Andover] is required to pay the Plaintiff [Enirgi] the amount of CAD \$2,604,000 on August 22, 2013 and if that amount is not paid by the Defendant to the Plaintiff as of August 22, 2013 this order shall for all purposes be of the same effect as a judgment of This Honourable Court for the payment of CAD \$2,604,000 by the Defendant to the Plaintiff;

...

[17] Andover says it agreed to the Consent Order because it expected to receive the funds to pay the Order. However, Enirgi obstructed the negotiations that were ongoing for the loan. Enirgi says that Andover's actions were misleading. These and other disputes between the parties are discussed below.

[18] According to Enirgi, Andover avoided having to meet its obligations pursuant to the first promissory note and the August Consent Order and this resulted in Enirgi losing confidence in Andover. Disclosure of information from the trustee was sought by Enirgi but, according to their submission, only very limited information was provided with regards to Andover's prospects and intentions. For example, Enirgi characterizes a September 6, 2013 letter from Andover as unresponsive and inconsistent with previous statements made by Andover. Enirgi also takes issue with a cash flow statement prepared by the trustee and it is submitted by Enirgi that subsequent requests for disclosure were also not complied with. Enirgi responds, in part, by saying that, as a result of a sophisticated tracking system, Andover has information available to it at a level of detail that is not normally available.

[19] As well, on September 4, 2013, Enirgi sent Andover a proof of claim and requested that Andover approve the claim. The claim was for payment of all three promissory notes as well as court order interest with respect to the first promissory note. In a letter dated September 12, 2013 the trustee acknowledged Enirgi's proof of claim but denied that the second and third promissory notes were due and payable. Further, according to the trustee, the proof of claim should be amended accordingly or it would be denied.

[20] On August 22, 2013 Andover filed a notice of intention to make a proposal under s. 50.4(1) of the *BIA* and a trustee was appointed. It would have been open to Enirgi to enforce the judgment described in the August 8, 2013 Consent Order the following day, August 23, 2013. The notice listed all of the creditors of Andover and the total is \$7,476,961.43. Enirgi is listed as the largest single creditor of Andover with a claim of \$6.5 million.

[21] During the hearing of these applications on September 24, 2013 counsel for Andover presented an affidavit filed the same day. Attached to the affidavits were two short emails and a letter from the president of Ophir Minerals LLC (“Ophir”) in Payson Utah, U.S.A. The letter states:

The following is a letter stating the intentions of Ophir Minerals LLC and Andover Ventures.. In an attempt to help secure the future of Andover Ventures, Al McKee, CEO of Ophir Minerals LLC, is in the process of securing a three dollar million loan (\$3,000,000) privately. This loan will be provided to Gordon Blankstein, Operating Manager for Andover Ventures. This loan will be considered prepayment of royalties due to Andover Ventures through mining operations of Ophir Mineral LLC.; The repayment of the loan will be deducted from the royalties to be paid. The purpose of the loan is to assist in the future financial security between the two companies to ensure future business operations.

[Reproduced as written].

[22] Andover relies on this letter as a basis for meeting its obligation to pay the first promissory note in the amount of \$2.5 million. Enirgi points to the use of “in the process” in the letter and submits that the letter is of little weight.

[23] At the conclusion of argument I was advised by counsel that Andover’s proposal expired that day, September 24, 2013. I extended the proposal to October 4, 2013.

## **Analysis**

### **Review of the evidence**

[24] There are some significant differences between the parties about the facts in this case. Some of these are portrayed by one party as evidence of bad faith on the part of the other party. These are primarily set out in original and reply affidavits from Gordon Blankstein, the CEO of Andover, and Robert Scargill, the North American Managing Director of Enirgi. There are the usual difficulties preferring one version of events over another on the basis of affidavit evidence. A full trial would be necessary to fully and conclusively decide these issues and this matter was set down for two hours, presumably because of the need to hear at least the application by Andover on the day its proposal expired.

[25] It is not in dispute that Enirgi holds three promissory notes (by means of assignment) with a total value of \$6.5 million against Andover. One of the notes, in the amount of \$2.5 million was due on October 1, 2012 and it has not been paid for the reasons discussed below. Enirgi's right to have the other two notes paid out is in dispute since they are due in 2014; that dispute is not part of the subject applications. All three notes are unsecured, non-interest bearing instruments.

[26] In April or May 2013 Enirgi demanded payment of the first note (\$2.5 million). Enirgi made a second demand in May 2013 and a third in June 2013.

[27] In June 2013 Enirgi commenced this action and in August 2013 Andover filed a notice of intention to file a proposal pursuant to s. 50.4(1) of the *BIA*. A trustee was appointed. A Consent Order of this court, dated August 8, 2013, stated that Andover was to pay an amount of \$2,604,000 to Enirgi on August 22, 2013.

[28] Andover has not paid the \$2.5 million due on the first promissory note (or the amount of \$2,604,000) for the reasons discussed below.

[29] I set out some of the factual differences between the parties as reflected in the affidavit evidence and my conclusions on that evidence as follows:

- (a) Mr. Blankstein, on behalf of Andover, deposes that in May 2013 Enirgi issued an Insider Report advising the public of its demand on the first promissory note. According to Mr. Blankstein there "was no apparent legal basis to do so" and the directors of Andover "considered this a move to deflate Andover's share value and curtail its ability to raise funds."

In reply Mr. Scargill, with Enirgi, deposes that it "did not issue an insider report or otherwise advise the public that it had made demand on the first note at or about the time it made such demand on May 23, 2013." Further, "the first public announcement of the fact of the demand was made by Andover on June 5, 2013 only after Enirgi had commenced legal proceedings."

The result is that I am asked to prefer one person's affidavit evidence over another: either Enirgi issued an insider's report with the information of its demand, as deposed by Mr. Blankstein, or it did not, as deposed to by Mr. Scargill. However, since there is no evidence of an insider report with the statement in question I am unable to agree with Andover that such a report exists.

- (b) There were negotiations between Andover and Enirgi (and Chief) in October 2012 about a potential joint venture. A memorandum of understanding was signed but, following due diligence by Enirgi, there was no agreement on the joint venture.

According to Mr. Blankstein the prospect of these negotiations being successful (as well as previous negotiations to a similar end with Sentient) was the main reason that the first note was not paid. It was anticipated, by Andover at least, that any joint venture agreement would include purchase of stock in Andover and cancellation of the first note. There were "verbal assurances" from Sentient and Enirgi that there was no intention to make demand on the note and it was intended to convert the note as part of a venture agreement. Further, according to Andover, the demand on the first note was the beginning of a very aggressive campaign by Enirgi to ultimately get access to the assets of Andover, assets which were and are worth significantly more than the first note or all three notes.

In his affidavit evidence Mr. Scargill agrees that there were negotiations as described by Mr. Blankstein. However, they ended when he (Mr. Scargill) asked Mr. Blankstein to consider all or majority ownership by Enirgi in Andover. This was the "only possible involvement" by Enirgi in Andover, according to Mr. Scargill. He asked Mr. Blankstein to consider "what sort of transaction" that he and Andover might be interested in "but no transaction was ever proposed by Mr. Blankstein outside of a sale by him and his family of their equity ownership stake." Since there was "no realistic likelihood" of a

transaction, Enirgi decided to cease its efforts and turn its attention on being repaid for the first note.

It is clear that negotiations between Andover and Enirgi did not work out. It is also clear that Andover was surprised that the three promissory notes were assigned from Sentient to Enirgi. The evidence does not suggest that either party was more responsible than the other for the lack of an agreement (assuming there is some legal significance to that issue).

Mr. Scargill does not deny or mention the point raised by Mr. Blankstein that Enirgi agreed not to demand payment of the first note. Therefore, I conclude that there was at least acquiescence between the parties at the time of their negotiations that cancellation of the first promissory note would be part of any agreement. This conclusion also explains why payment on a note worth \$2.5 million and due in October 2012 was not demanded by Sentient and then Enirgi until after the negotiations failed.

In any event, the negotiations did fail and any commitment not to demand payment on the note ended. There is no evidence of any collateral agreement that amended the terms of payment and, therefore, the terms of the notes applied. That was obviously a shock to Andover's cash flow but it was permitted under the terms of the note, including the short period to make payment.

- (c) As above, I am not determining the issue of whether the second and third promissory notes are now due and payable because the first note was not paid.

A related matter is that Enirgi says that one of the deficiencies by Andover in disclosure of information relates to the Proof of Claim sent by Enirgi to Andover in September 2013. It required the trustee of Andover to confirm that the second and third notes were due and payable. The trustee declined to do so as long as the proof of claim included all three notes.

Since the issue of whether the second and third notes are now due is very much in dispute, I can find nothing objectionable in the trustee's response.

- (d) In May 2013 Andover obtained about \$1.7 million from a private placement. According Mr. Scargill, none of this money was used to pay the first promissory note. Instead, it was used to repay a shareholder loan and to settle a wrongful dismissal lawsuit. Enirgi is concerned that all of the money from the private placement has been used for purposes other than payment of the first note.

Mr. Blankstein agrees that Andover received \$1.7 million from a private placement. However, he deposes that Mr. Scargill "neglects to include" all of the facts although Mr. Scargill "knew all about" the placement "from its inception" and Enirgi "was invited to participate in it." Specifically, Mr. Scargill was "fully aware" of the payment of the shareholder loan (in the amount of \$375,000). He was told about it at the time and he "never indicated any objection" to it then. Further, the funds from the placement were committed in April 2012 to "pay certain items" and for the operating expenses of Andover "for the next several months, well before the sudden demand for repayment by Energi [sic] on May 23, 2013." Despite knowing that Andover was to receive the money from the private placement at the time of its demand, Enirgi raised no complaints or allegations until Mr. Scargill's affidavit, filed September 17, 2013.

Mr. Blankstein also deposes that the former employee involved in the lawsuit was an employee of Chief and it made the settlement. The settlement was for \$275,000 but it is to be paid in instalments and only \$50,000 has thus far been paid. Chief is responsible for paying the balance.

Overall there was a private placement of about \$1.7 million dollars that was received by Andover before its proposal was filed. It was used to pay for a shareholder loan and for operating expenses and some of these at least were committed to as early as April 2012. Further, the wrongful dismissal payment



was a matter involving Chief, rather than Andover, and only \$50,000 has been paid by Chief. I conclude that Mr. Scargill did not have all of the pertinent information before him when he gave his affidavit evidence.

- (e) According to the affidavit of Mr. Scargill, Andover's agreement to the August 2013 Consent Order:

... was calculated to encourage Enirgi to consent to the Judgment and mislead Enirgi into believing that Andover would be in a position to pay the Judgment as required and that available funds would not be used in the interim, for the Preferential Payments [the private placement, discussed above] or other improper purposes.

On the other hand, Mr. Blankstein deposes that Andover agreed to the Consent Order because it thought at the time that it was to receive \$3 million as a result of mortgaging assets of its Utah operations, through Chief. However, the mortgage did not complete. Efforts to obtain an unsecured loan were then unsuccessful. Mr. Blankstein has also deposed that in the summer of 2013, counsel for Enirgi contacted counsel for Andover, "[d]espite there being no apparent legal basis for doing so", and "insisted that Chief entering into a mortgage transaction would violate the agreements between Energi [sic] and Andover and was prohibited." This left Mr. Blankstein "scrambling to raise an unsecured loan in a very short time frame."

In argument, Enirgi described Mr. Blankstein's evidence on this issue as misleading. The basis of this is that the correspondence between counsel was without prejudice, it occurred on or about June 21, 2013 and, therefore, "the suggestion that Andover only learned after August 8, 2013 [the date of the Consent Order] that Enirgi refused to consent is clearly misleading."

From this I take it that Enirgi did contact Chief to say any mortgage by Chief would violate agreements between Andover and Enirgi. This took place before the date of the Consent Order. On its face it supports the contention by Andover that Enirgi has obstructed its efforts to obtain funding although there

is no evidence or argument before me to decide whether Enirgi was correct in taking the view it did with Chief.

- (f) Enirgi asserts, through Mr. Scargill, that Andover is attempting to restructure its assets and this is evidenced from its “continued failure to engage Enirgi” by refusing to provide information regarding its plans or opportunities, despite Enirgi’s repeated requests for information. Mr. Blankstein replies by deposing that Andover is not attempting to restructure; [i]t is simply attempting to gain some time and distance so as to be able to pay Enirgi.”

All that can be said on this point is that there is no evidence that Andover is restructuring its assets. Mr. Scargill is concerned that is happening or it is going to happen but the evidence here does not support that conclusion.

- (g) In argument Enirgi submits that Andover has been “unresponsive” to requests for information about the proposal process being followed by Andover. For example, Mr. Scargill deposes that Andover, in correspondence in August 2013, did not adequately address the concerns of Enirgi. Similarly, according to Enirgi, Andover has provided a deficient cash flow statement and has generally provided inadequate information. Enirgi also submits that Andover has given only “vague assertions” and inconsistent information about its assets and its potential plans.

For its part, Mr. Scargill deposes that Andover asked Enirgi by letter of September 6, 2013 (through counsel) to present “whatever proposal or suggestion” Enirgi might have and Andover would be “more than happy to consider same.” No reply was received.

Mr. Blankstein also deposes that Andover provided information to Enirgi about all of Chief’s information, files and data with the agreement by Enirgi that it would be returned. It was not returned. In reply Mr. Scargill deposes that “by oversight” the information was not returned and it was returned on or about September 18, 2013.

The evidence is that both parties have been tactical in their requests for information and their responses to those requests. There has been some unresponsiveness and some vagueness as the parties have positioned themselves for their competing applications. I can find no legal or other issue that is relevant to those applications.

- (h) In its 2013 financial statements Andover stated that it had filed a notice “to seek creditor protection” and it was done “to ensure the fair and equitable settlement of the Company’s liabilities in light of the legal challenges launched” by Enirgi. According to Enirgi the reference to “legal challenges” is incorrect and this statement by Andover demonstrates that the notice of proposal was a “purely defensive” act on the part of Andover.

I take it as beyond dispute that Andover has been operating in a defensive manner since the demand on the first note was made in May 2013. Further, I accept that its notice of intention to file a proposal is also defensive. As for what are “legal challenges” that is a phrase that is capable of many meanings.

- (i) Andover alleges that Enirgi has obstructed its efforts to obtain financing to pay the first promissory note of \$2.5 million. Mr. Blankstein deposes that, to this end, Enirgi has done the following (in part, this is a summary of some of the above issues): made an abrupt demand for payment (after it and Sentient had given verbal assurances that there would be no demand); made demands on the second and third promissory notes that are payable in 2014; interfered in attempts by Andover to enter into a joint venture with Ophir without any legal basis to do so; and disrupted a mortgage transaction between Andover and Chief in the summer of 2013.

Mr. Scargill, in reply, deposes that neither he nor anyone (“after due inquiry”) has been in contact with Ophir.

The allegation by Andover about Ophir is a vague one and I accept Mr. Scargill's evidence on it. I have discussed the issues of Enirgi's abrupt demand on the first promissory note and the allegation that Enirgi disrupted a mortgage arrangement between Andover and Chief above. Enirgi interprets the language of the three promissory notes to mean that all are due on default of the first one. That is a legal issue that is not before me.

- (j) Enirgi attempts to minimize the assets of Andover and maximize its debts. There may well be more detailed evidence that supports a different valuation of the assets than presented by Andover. However, on the evidence in this application, I accept that Andover is cash poor and asset rich.

[30] Despite vigorous argument to the contrary by both parties I am unable to find bad faith on the part of either party. There is the apparent communication by Enirgi to Chief about a possible mortgage arrangement for Andover which reflects the aggressive approach that Enirgi has taken to Andover. That represents the aggressiveness of Enirgi rather than any bad faith.

[31] Clearly there has been a falling out between the parties and it is also clear that Andover is vulnerable because of its lack of cash and Enirgi is being aggressive in seeking repayment of, at least, the first note.

### **The applications**

[32] Andover now seeks an extension of its proposal pursuant to s. 50.4(9) of the *BIA* and Enirgi seeks termination of Andover's proposal pursuant to s. 50.4(11) of the *BIA*.

[33] I set out the two provisions of the *BIA* at issue as follows;

#### **Extension of time for filing proposal**

50.4(9) The insolvent person may, before the expiry of the 30-day period referred to in subsection (8) or of any extension granted under this subsection, apply to the court for an extension, or further extension, as the case may be, of that period, and the court, on notice to any interested persons that the court may direct, may grant the extensions, not exceeding 45 days for any individual extension and not exceeding in the aggregate five

months after the expiry of the 30-day period referred to in subsection (8), if satisfied on each application that

- (a) the insolvent person has acted, and is acting, in good faith and with due diligence;
- (b) the insolvent person would likely be able to make a viable proposal if the extension being applied for were granted; and
- (c) no creditor would be materially prejudiced if the extension being applied for were granted.

...

#### **Court may terminate period for making proposal**

50.4(11) The court may, on application by the trustee, the interim receiver, if any, appointed under section 47.1, or a creditor, declare terminated, before its actual expiration, the thirty day period mentioned in subsection (8) or any extension thereof granted under subsection (9) if the court is satisfied that

- (a) the insolvent person has not acted, or is not acting, in good faith and with due diligence,
- (b) the insolvent person will not likely be able to make a viable proposal before the expiration of the period in question,
- (c) the insolvent person will not likely be able to make a proposal, before the expiration of the period in question, that will be accepted by the creditors, or
- (d) the creditors as a whole would be materially prejudiced were the application under this subsection rejected,

and where the court declares the period in question terminated, paragraphs (8)(a) to (c) thereupon apply as if that period had expired.

[34] Each party says that its application should prevail over the other's application. I will review the case law presented by the parties on this issue as well as some interpretive issues under s. 50.4(9) and s. 50.4(11).

#### **The approaches in *Cumberland* and in *Baldwin***

[35] In a decision relied on by Enirgi, Mr. Justice Farley of the Ontario Court of Justice denied the appeal of a registrar's decision that had dismissed an application for an extension of time by debtors under s. 50.4(9): *Baldwin Valley Investors Inc. (Re)*, [1994] O.J. No. 271, (C.J. (Gen. Div.)). The court noted that the test under s. 50.4(9)(b) was whether the debtors "would likely be able to make a viable proposal if the extension being applied for was granted." "Likely" did not mean a certainty and, using the Oxford Dictionary, it was defined as "such as might well

happen, or turn out to be the thing specified, probable ... to be reasonably expected.” Applied to the facts, the conclusion was that it was not likely the debtors would be able to make such a proposal since they had only submitted a cash flow statement. At para. 4, Mr. Justice Farley concluded “I do not see the conjecture of the debtor companies’ rough submission as being ‘likely’”. Further, the court noted at para. 6 that the debtors did not even attempt to meet the condition of material prejudice under s. 50.4(9)(c) and the debtor was changing inventory into cash.

[36] The court also noted that the registrar (who made the decision being appealed) focused on the fact that the creditor had lost all confidence in the debtor. The creditor held a substantial part of the creditor’s debt. Mr. Justice Farley pointed out, at para. 3, that that was not the test under s. 50.4(9)(b):

This becomes clear when one examines s. 50.4(11)(b) and (c); it appears that Parliament wished to distinguish between a situation of a viable proposal (s. 50.4(9)(b) and 11(b)) versus a situation in which it is likely that the creditors will not vote for this proposal, no matter how viable that proposal (s. 50.4(11)(c) but with no corresponding clause in s. 50.4(9)).

[37] Enirgi relies on this statement for its submission that its application for termination under s. 50.4(11) should prevail over the application of Andover under s. 50.4(9).

[38] However, that statement was made as a comment on the previous registrar’s reliance on the fact that the creditor (who held significant security) would not vote for any proposal. Mr. Justice Farley in *Baldwin* pointed out that was not the test under s. 50.4(9). He reasoned that this was clear because Parliament had distinguished between a situation of a viable proposal under s. 50.4(9)(b) and s. 50.4(11)(b) from a situation where it is likely that the creditors will not vote for a proposal no matter how viable, under s. 50.4(11)(c). In s. 50.4(9) there was no clause corresponding to s. 50.4(11)(c). The result is that this part of *Baldwin* does not support Enirgi’s submission that an application under s. 50.4(11) supersedes one under s. 50.4(9).

[39] The result in *Baldwin* was that the debtor’s application under s. 50.4(9) was denied. There does not appear to have been an application for termination under s. 50.4(11), unlike the subject case. At para. 8, the court did contrast the provisions

by saying that, if the debtor had been successful in its application to extend, it would have been a “Pyrrhic victory” because the creditor bank would have been able “to come right back in a motion based on s. 50.4(11)(c).”

[40] This is broad language but I acknowledge that it is capable of meaning that s. 50.4(11) is to supersede s. 50.4(9). However, such an interpretation would seem to be inconsistent with the other reference in *Baldwin* that the two provisions apply to different situations (discussed above). I also note that *Baldwin* only decided the merits of the s. 50.4(9) application, there was no application under s. 50.4(11) and there was no decision in favour of the creditor on the basis of that provision. The above statement was, therefore, *obiter*.

[41] Another decision relied on by Enirgi is *Cumberland Trading Inc. (Re)*, [1994] O.J. No. 132, (C.J. (Gen. Div.)) where a creditor sought to terminate a debtor’s proposal after the notice of intention was filed. There does not appear to have been an application by the debtor to extend the proposal under s. 50.4(9), only an application under s. 50.4(11). Mr. Justice Farley found there was no indication what the proposal of the debtor was to be; “... there was not even a germ of a plan revealed” only a “bald assertion” and “[t]his is akin to trying to box with a ghost” (paragraph 8). The application for termination under s. 50.4(11) was allowed.

[42] The court noted, at para. 5, that the *BIA* was “debtor friendly legislation” because it provided for the possibility of reorganization by a debtor but it (and the *Companies Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985 c. C–36) “do not allow debtors absolute immunity and impunity from their creditors”. Concern was expressed about debtors too frequently waiting until the last moment, or beyond the last moment, before thinking about reorganization. The automatic stay available to a debtor by filing a notice of intention to file a proposal was noted. However:

... [the] *BIA* does not guarantee the insolvent person a stay without review for any set period of time. To keep the playing field level and dry so that it remains in play, a creditor or creditors can apply to the court to cut short the otherwise automatic (or extended) stay; in this case [the creditor] is utilizing s. 50.4(11) to do so.

[43] Enirgi relies on this statement in its submission that its termination application should proceed over the extension application of Andover. This is broad language but I acknowledge Enirgi's submission that this statement provides support for its position that s. 50.4(11) permits it to "cut short" a stay or extension under s. 50.4(9).

[44] The court also described s. 50.4(11)(c) as permitting termination of a proposal if the debtor cannot make one before the expiration of the "period in question, that will be accepted by the creditors ..." Mr. Justice Farley concluded that s. 50.4(11) deals specifically with the situation "where there has been no proposal tabled." It provides that there is "no absolute requirement" that the creditors have to wait to see what the proposal is "before they can indicate they will vote it down" (paragraph 9). Enirgi relies on this statement.

[45] In my view, this statement goes no further than saying what is self-evident: under s. 50.4(11)(c) any proposal must be accepted by the creditors. However, as explained in *Baldwin*, that is not a requirement under s. 50.4(9). *Cumberland* also says that the making of the proposal may be still to come but a creditor can exercise its rights under s. 50.4(11)(c). I do not agree with Enirgi that this statement in *Cumberland* supports its submission.

[46] From the above I conclude that there is some support for the submission of Enirgi that I should consider (and allow) its application under s. 50.4(11) over that of Andover under s. 50.4(9). There is the *obiter* in *Baldwin* that a successful application under s. 50.4(9) would be a Pyrrhic victory because a creditor could come right back with an application under s. 50.4(11). And there is the statement in *Cumberland* that an application under s. 50.4(11) can cut short an application under s. 50.4(9).

### **The approach in *Cantrail***

[47] A quite different view is set out in a more recent British Columbia case, *In the Matter of the Proposal of Cantrail Coach Lines Ltd.*, 2005 BCSC 351, [*Cantrail*] a decision relied on by Andover. Master Groves, as he then was, was presented with a submission by the creditor in that case that it intended to vote against any proposal from the debtor because it had lost faith in the debtor. The creditor was one of 91



creditors and its share of the total debt was not explained. This is essentially the position of Enirgi.

[48] In response to the creditor's submission that it could vote under s. 50.4(11) against any proposal of the debtor under s. 50.4(9) the court said:

14. If that was simply the test to be applied then one wonders why Parliament would have gone to the trouble, and creativity perhaps, of setting out proposals as an option in the *Bankruptcy and Insolvency Act*. Secured creditors or major creditors not uncommonly, in light of general security agreements and other type [sic] of security available, are in a position to claim to be over 50 percent of the indebtedness. Thus they will be the determining creditor or, I should say, are likely to be the determining creditor or, I should say, are likely to be the determining creditor in any vote on any proposal.

15. If a creditor with over 50 percent of the indebtedness could take the position that it would vote no, prior to seeing any proposal, and thus terminate all efforts under the proposal provisions, one wonders why Parliament would not simply set up the legislation that way. One wonders what the point would be of the proposal sections in the *Bankruptcy and Insolvency Act* if that were the case.

16. If the test to be applied was simply one of majority rules then in my view Parliament would not have set the test as it did in s. 50.4(9). They would simply set a test that if 50 percent of the creditors object at any point the proposal would be over. That is not the test that has been set.

[49] Since there was no evidence of bad faith on the part of the debtor in *Cantrail* and no determination of what the actual proposal would be, Master Groves allowed the application under s. 50.4(9) to extend the proposal and dismissed the application of the creditor under s. 50.4(11) to terminate the proposal (paragraphs 15-17). This is the result sought by Andover but opposed by Enirgi.

[50] Master Groves also adopted the view at para. 11 of *N.W.T. Management Group (Re)*, [1993] O.J. No. 621 (C.J. (Gen. Div.)) that the intent of the *BIA* is that s. 50.4(9) and s. 50.4(11) should be judged on a rehabilitation basis rather than on a liquidation basis. And, in *Cantrail*, at para. 4, the court concluded that an objective standard must be applied to determine what a reasonable person or creditor would do, as was done in *Baldwin*.

[51] Enirgi distinguishes *Cantrail* on two grounds. First, it is submitted that at para. 9 *Cantrail* contains the inaccurate statement that “s. 50.4(11) is the mirror of s. 50.4(9)”. As well, there was no discussion of *Cumberland* in *Cantrail*.

[52] I accept that, while there are a number of similarities between the two sections, there is one significant difference: under s. 50.4(11)(c) a creditor has a veto over any proposal. S. 50.4(9) does not contain such a veto and it is not a mirror to the extent of being exactly the same as s. 50.4(11). In my view this comment on a very small part of *Cantrail* does not affect the broader meaning of that judgement. And it is true that *Cumberland* was not discussed in *Cantrail* although the submission of the creditor in *Cantrail*, as recorded in the oral judgement, is in language very similar to that used in *Cumberland*.

[53] Another decision relied on by Andover as being similar to *Cantrail* is *Heritage Flooring Ltd. (Re)*, [2004] N.B.J. No. 286 (Q.B.) where a debtor filed an application under s. 50.4(9) for an extension and the creditor filed an application for termination under s. 50.4(11). The court allowed the application for an extension. The *Cumberland* and *Baldwin* decisions were noted but in *Heritage* the evidence was that the creditor would be paid out and, in any event, the creditor was not in a position to veto any proposal. *Cantrail* was also followed in *Entegrity Wind Systems Inc. (Re)*, 2009 PESC 25 although the facts in *Entegrity* did not include an application by the creditor under s. 50.4(11). The objective standard discussed in *Cantrail* was also adopted in *Convergix Inc. (Re)*, 2006 NBQB 288.

#### ***Cumberland or Cantrail?***

[54] The result of the above is that there are different approaches to situations where there are competing applications under sections 50.4(9) and 50.4(11).

[55] The comments from *Cumberland* discussed above suggest that an application by a creditor under s. 50.4(11) can “cut short” an application under s. 50.4(9) and there is no absolute requirement that a creditor has to wait to see a proposal before voting it down. And in *Baldwin* there is a comment, in *obiter*, that

any successful application under s. 50.4(9) would be a Pyrrhic victory because the creditor could “come right back” with an application under s. 50.4(11).

[56] On the other hand, in *Cantrail* the court decided that there should be an extension for a viable proposal, not yet formulated, under s. 50.4(9) even though the creditor has lost faith in the debtor and has said it will vote against any proposal.

[57] As a matter of interpretation of the *BIA* I consider that s. 50.4(9) and s. 50.4(11) set out distinct rights and obligations. In the first case a debtor is entitled to an extension of time to make a proposal; in the second case a creditor can apply for the termination of the time for making a proposal. As I understand the submission of Enirgi the fact that it is the primary creditor (by some considerable margin), that it has lost confidence in Andover and that it will not accept any proposal from Andover supports consideration of its application for termination under s. 50.4(11).

[58] The problem with this submission is that it does not reflect the factors under s. 50.4(9) for granting an extension of time for a proposal. A creditor under this provision does not have the rights that Enirgi seeks over the debts of Andover. Those rights are in s. 50.4(11)(c) but that is a different inquiry. Indeed, one effect of the submission of Enirgi is to conflate s. 50.4(9) and s. 50.4(11). I recognize the comments from *Cumberland* and *Baldwin* that may support a contrary view. However, recognition must be given to the differences between the provisions in dispute and that contrary view does not do so. In my view the analysis and conclusions in *Cantrail* is to be preferred.

[59] I add that there are some situations where an application for an extension is overtaken by an application for termination. In *Cumberland* there was not even a germ of a proposal from the debtor for the analysis under s. 50.4(9). In that circumstance the court then proceeded to the other application before it from the creditor under s. 50.4(11).

[60] Other cases relied on by Enirgi are of a similar kind. In *Baldwin* the proposal was conjecture and rough (and the debtor had not even considered the issue of any

material prejudice to the creditor from the proposal). Similarly, in *St. Isidore Meats Inc. v. Paquette Fine Foods Inc.*, [1997] O.J. No. 1863 (Gen. Div.) and *1252206 Alberta Ltd. v. Bank of Montreal*, [2009] A.J. No. 648 (Q.B.) the courts proceeded to a determination of the s. 50.4(11) application after finding there was no viable proposal. In *Triangle Drugs Inc. (Re)*, [1993] O.J. No. 40 (C.J. (Gen. Div.)) the creditors had a veto and they had actually seen the proposal. The court imported principles from the *Companies Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, concluded that it was fruitless to proceed with a plan that is doomed to failure and allowed the creditor's application under s. 50.4(11). In *Com/Mit Hitech Services Inc. (Re)*, [1997] O.J. No. 3360 (C.J. (Gen. Div.)) there was no good faith or due diligence on the part of the debtor and the court proceeded to consider and allow the creditor's application under s. 50.4(11).

[61] In my view, these cases represent recognition of the procedural and business realities of the various situations rather than a legal conclusion that an application for termination will supersede an application for an extension.

[62] It follows that I find that Andover is entitled to have its application under s. 50.4(9) considered on its merits. If it is not meritorious then it is logical and consistent with the authorities to proceed with the application by Enirgi under s. 50.4(11).

#### **The application by Andover under s. 50.4(9)**

[63] With regards to the merits of Andover's application under s. 50.4(9) all of the following issues must be decided in its favour. Has it acted in good faith and with due diligence? Is it likely it would be able to make a viable proposal if an extension is granted? And, if an extension is granted, would a creditor be materially prejudiced?

[64] With regards to good faith and due diligence *N.T.W.* says that it is the conduct of Andover following the notice of intention in August 2013, rather than its conduct before then, that is to be considered. I have found above that the evidence does not support a finding of bad faith against either party.

[65] With regards to due diligence, since August 2013 Andover has obtained the September 24, 2013 letter from Ophir that says the latter “is in the process” of finalizing a loan of \$3,000,000 to Andover. This is not a firm commitment of funds and nor does it need to be under s. 50.4(9); it does reflect some diligence on Andover’s part. Mr. Blankstein also deposes that he has been having discussions with another party but he cannot reveal the name of that party because he is concerned that Enirgi will obstruct those discussions, as they did with Chief in June 2013. This latter information is not particularly helpful. Nonetheless I conclude that Andover has acted with sufficient due diligence.

[66] Turning to s. 50.4(9)(b), a viable proposal is one that would be reasonable on its face to a reasonable creditor; “this ignores the possible idiosyncrasies of any specific creditor”: *Cumberland* at para. 4. It follows that Enirgi’s views about any proposal are not necessarily determinative. The proposal need not be a certainty and “likely” means “such as might well happen.” (*Baldwin*, paras. 3-4). And Enirgi’s statement that it has lost faith in Andover is not determinative under s. 50.4(9): *Baldwin* at para. 3; *Cantrail* at paras. 13-18).

[67] I turn to a review of the assets of Andover in order to consider whether they provide some support for the viability of any proposal from Andover. The evidence for this review is from the affidavit of Mr. Blankstein.

[68] Alaska (wholly owned by Andover) is expecting, as a result of preliminary discussions, a N143101 Resource Calculation for a property to show approximately 1,200,000,000 pounds of copper with a gross value of about \$3,600,000,000. An immediate net value of \$60,000,000 and \$120,000,000 is estimated, depending on the world price of copper. The State of Alaska is confident enough in the property that it has financed a road to it. In a separate property, Alaska has an estimated mineralization of 4,000,000 tons of 4.5 % copper and Andover has spent approximately \$10,000,000 in developing this project. Alaska is solvent and up to date in its financial obligations.

[69] With respect to Chief (83% owned by Andover), it is also solvent and generally up to date on its obligations. Andover purchased 65% of the shares of Chief in 2008 for \$8,700,000 with an environmental claim against it in the amount of \$60,000,000. That claim has been negotiated down to a smaller number and the current amount due is \$450,000, with half due in November 2013 and the other half due in November 2014. This has increased the value of Chief significantly, according to Andover.

[70] Financial statements in March 2013 showed Chief had \$33,000,000 in equity, based on land and equipment (not mineral deposits). It owns more than 16,000 acres of land in Utah and leases an additional 2,000 acres. Plant and equipment have been independently appraised at \$19,200,000. Andover estimates a cash flow in the next year of \$7,000,000 to \$11,000,000 to Chief.

[71] Andover and Chief are also presently involved in a joint venture with Ophir regarding deposits of silica, limestone and aggregate on property owned by Chief. Production will commence in November 2013 and sold to customers of Ophir. Ophir is spending \$3,000,000 on exploration and development and production equipment has been ordered. Andover expects to receive from these two mines and a third (a joint venture with Rio Tinto) \$7,200,000 to \$10,900,000 in annual production net revenues commencing at the end of 2014.

[72] Chief has another property called Burgin Complex. At one time Enirgi was apparently interested in this specific property. A Technical Report, dated December 2, 2011, shows an expected cash flow of \$483,000,000 in today's metal prices.

[73] By way of a summary, publicly available financial statements in March 2013 report that Andover had \$42.5 million in assets and \$9.1 of liabilities.

[74] Enirgi generally minimizes the asset value of Andover but it does not dispute the specific numbers above. In my view these are impressive numbers and they reflect a strong asset base for Andover. I accept that they do not demonstrate the cash at hand to pay the first promissory note and at this time Andover remains asset

rich and cash poor. But it is not “trying to box with a ghost” (as in *Cumberland*) to conclude that the assets of Andover support the view that it is likely that it can present a viable proposal. As above, there is also the prospect of a \$3,000,000 cash loan from Ophir and that is some evidence of an imminent injection of cash into Andover. It has not materialized as yet but it is further evidence of the likelihood of a viable proposal. A certainty is not required and I conclude that a proposal is likely in the sense it might well happen.

[75] Enirgi points out that it holds the largest portion of unsecured debt of Andover (more than 80%) and it submits that this gives them a veto over any proposal. That may take place but thus far there is no proposal and Enirgi will have to make a business decision about its response in the event one is presented. Again, as an issue under s. 50.4(9), a proposal does not have to be acceptable to Enirgi. As well, I also note comments from the Court of Appeal, in the context of the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, that questioned the legal basis of a creditor forestalling an application for a stay and whether the court’s jurisdiction could be “neutralized” in that way: *Asset Engineering LP v. Forest & Marine Financial Limited Partnership*, 2009 BCCA 319 at para. 26, cited in *Pacific Shores Resort & Spa Ltd. (Re)*, 2011 BCSC 1775, at paras. 40-41.

[76] The third requirement under s. 50.4(9) is that no creditor should be materially prejudiced if an extension is granted. As emphasized in *Cantrail* at para. 21 the test is not prejudice but material prejudice. It is also an objective test: *Cumberland* at para. 11. In the subject case there is no evidence that the security in the first promissory note would be less if an extension was granted. Enirgi asserts that Andover is restructuring its assets but there is no evidence of that and, in the event it occurs, remedies are available on short notice. Unlike in *Cumberland*, the debtor here is not converting inventory into cash. It is true that the note (or notes) is non-interest bearing but Enirgi knew that when it became an assignee in March 2013 and the note had not been unpaid since October 2012. I conclude that there is some prejudice to Enirgi but not material prejudice.

[77] Finally, I note in *Cantrail* and *N.W.T.* that the objective of the *BIA* is rehabilitation rather than liquidation. Andover has a nominal payroll but liquidation of Andover and its assets would obviously affect a number of other companies and be a complicated and protracted affair. It may come to that but on the basis of the evidence available at this time I conclude that an extension of Andover's proposal should be granted.

[78] Since Andover has met the requirements of s. 50.4(9) I find that its application under that provision must be allowed. It should be given the opportunity to make a proposal and an extension of time of 45 days is granted to do so.

### **Summary and conclusion**

[79] In cases such as this where there are competing applications under s. 50.4(9) and s. 50.4(11) the debtor is entitled to present a proposal under the former provision if it is likely a viable proposal can be presented and the other requirements of s. 50.4(9) are met. In that event the debtor should have the opportunity to present a proposal. A creditor has the ability under s. 50.4(11) to decide whether a proposal is acceptable but does not have that right under s. 50.4(9).

[80] In this case Andover has significant assets and it is likely that it will be able to present a viable proposal. As well, there is no evidence of the part of Andover of bad faith, it has acted generally in good faith, it has acted with due diligence in attempting to construct a proposal and there is no material prejudice to Enirgi if an extension is granted. In the event that Andover presents a proposal Enirgi will have then have the opportunity to decide what its position will be on it. This will be a business decision rather than a matter under s. 50.4(11).

[81] The application by Andover under s. 50.4(9) is allowed. It is entitled to an Order extending the time for filing a proposal under Part III of the *BIA* for a period of 45 days to give it an opportunity to present a proposal.

[82] The application of Enirgi under s. 50.4(11) is dismissed with leave to reapply.



[83] I considered the alternate application of Enirgi to appoint a receiver under section 47.1 of the *BIA*. I note that there is a trustee appointed as part of the notice of intention. He apparently disagreed with Enirgi about what should be in a proof of claim document but for defensible reasons. There is otherwise no evidence that something more than a trustee is warranted at this time.

[84] I remain seized of this matter and any subsequent applications related to the insolvency of Andover. I am available on short notice if there is a need to move expeditiously. Costs will be in the cause.

“Steeves J.”

**TAB 7**

2020 FCA 100  
A-267-17

2020 CAF 100  
A-267-17

**Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada** (*Applicants*)

**Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement** (*demandereses*)

v.

c.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Apple Inc., Apple Canada Inc., Artisti, Bell Canada, Canadian Association of Broadcasters, Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada, Canadian Copyright Licensing Agency O/A Access Copyright, Canadian Media Producers Association, CMRRA-SODRAC Inc., Canadian Retransmission Collective, Cineplex Entertainment LP, Google, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, National Campus and Community Radio Association/L'alliance des radios communautaires, Pandora Media Inc., Prof. Ariel Katz, Province of British Columbia, Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Quebecor Media Inc., Re:Sound Music Licensing Company, Retail Council of Canada, Rogers Communications, Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société des auteurs et compositeurs dramatiques, la Société civile des auteurs multimedia, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction and Yahoo! Canada (*Respondents*)

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Apple Inc., Apple Canada Inc., Artisti, Association canadienne des radiodiffuseurs, L'alliance des radios communautaires/National Campus and Community Radio Association, Bell Canada, Canadian Copyright Licensing Agency S/N Access Copyright, Canadian Media Producers Association, Cineplex Divertissement LP, CMRRA-SODRAC Inc., Conseil canadien du commerce de détail, Google, Ariel Katz, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, Pandora Media Inc., Province de la Colombie-Britannique, Québecor Média Inc., Ré:Sonne – Société de gestion de la musique, Rogers Communications Inc., Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société civile des auteurs multimédia, Société collective de retransmission du Canada, Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction, Société Radio-Canada/Canadian Broadcasting Corporation et Yahoo! Canada (*défendeurs*)

A-270-17

A-270-17

**Apple Inc. and Apple Canada Inc.** (*Applicants*)

**Apple Inc. et Apple Canada Inc.** (*demandereses*)

v.

c.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Artisti, Bell Canada, Canadian Associations of Broadcasters, Canadian Broadcasting Corporation/Société Radio-Canada, Canadian Copyright Licensing Agency O/A Access Copyright, Canadian Media Producers Association,

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Artisti, Association canadienne des radiodiffuseurs, L'alliance des radios communautaires/National Campus and Community Radio Association, Bell Canada, Canadian Copyright Licensing Agency S/N Access Copyright, Canadian

CMRRA-SODRAC Inc., Canadian Retransmission Collective, Cineplex Entertainment LP, Entertainment Software Association, Google, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, National Campus and Community Radio Association/L'alliance des radios communautaires, Pandora Media Inc., Prof. Ariel Katz, Province of British Columbia, Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Quebecor Media Inc., Re:Sound Music Licensing Company, Retail Council of Canada, Rogers Communications, Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société des auteurs et compositeurs dramatiques and the Société civile des auteurs multimédia, Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction and Yahoo! Canada (*Respondents*)

**INDEXED AS: ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Stratas and Near J.J.A.—Toronto, November 26–28, 2018; Ottawa, June 5, 2020.

*Copyright — Communication to the public by telecommunication — Judicial reviews challenging Copyright Board's decision to interpret Copyright Act, s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a "communication to the public" within Act, s. 3(1)(f) — Respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filing with Board proposed tariffs for communication to public by telecommunication of works through online music service — S. 2.4(1.1) later added to Act — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN's position — Whether Board properly interpreting Act, s. 2.4(1.1) — Board's decision could not stand — Board constrained by Entertainment Software Association, Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada concerning meaning of "communication to the public by telecommunication" — Preamble to Copyright Modernization Act not supporting interpretation reached by Board — Rather,*

*Media Producers Association, Cineplex Divertissement LP, CMRRA-SODRAC Inc., Conseil canadien du commerce de détail, Entertainment Software Association, Google, Ariel Katz, Microsoft Corporation, Music Canada, Musicians' Rights Organization Canada, Pandora Media Inc., Province de la Colombie-Britannique, Québecor Média Inc., Ré:Sonne – Société de gestion de la musique, Rogers Communications Inc., Shaw Communications, Sirius XM Canada Inc., Société civile des auteurs multimédia, Société collective de retransmission du Canada, Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques, Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada, Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction, Société Radio-Canada/ Canadian Broadcasting Corporation et Yahoo! Canada (défendeurs)*

**RÉPERTORIÉ : ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE**

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Stratas et Near, J.C.A.—Toronto, 26 au 28 novembre 2018; Ottawa, 5 juin 2020.

*Droit d'auteur — Communication au public par télécommunication — Contrôles judiciaires remettant en question la décision de la Commission du droit d'auteur d'interpréter l'art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d'auteur d'une manière qui fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'art. 3(1)(f) de cette loi — La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), défenderesse, a déposé un projet de tarif à la Commission à l'égard de la communication au public par télécommunication d'œuvres de son répertoire au moyen d'un service de musique en ligne — L'art. 2.4(1.1) a par la suite été ajouté à la Loi — La Cour suprême dans l'arrêt Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association) a jugé que la transmission par Internet d'une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n'était pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l'art. 2.4(1.1) rendait l'arrêt Entertainment Software Association non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — Il s'agissait de savoir si la Commission a bien interprété l'art. 2.4(1.1) de la Loi — La décision de la Commission ne*

evidence suggesting that s. 2.4(1.1) narrow, limited-purpose provision — Supreme Court in *Entertainment Software Association* concluding that “communicate” in Act, s. 3(1)(f) not capturing downloads of copyrighted works — Only clear legislative text in s. 2.4(1.1) could support Board’s position — Board’s interpretation broadening communication by telecommunication to include preparatory steps (making available) for downloads — S. 2.4(1.1) not creating new exclusive right — Contrary to policy of Act to establish tariff on preparatory step — No basis here to justify payment of two separate fees — Board’s decision quashed — Applications allowed.

*International Law — Domestic implementation — Interrelationship between international law and domestic law — WIPO Copyright Treaty — Copyright Board interpreting Copyright Act, s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within Act, s. 3(1)(f) — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN’s position — Stating contrary position not complying with Canada’s international obligations set out in WIPO Copyright Treaty (Treaty), Art. 8 — Board misunderstanding relationship between Canadian domestic, international law — Board interpreting Treaty, Art. 8, making Act, s. 2.4(1.1) conform to that interpretation — To be binding, international instruments having to be adopted by Parliament — While international instruments not adopted by Parliament may still enter into analysis of domestic legislation, international law cannot be used to displace or amend authentic meaning of that legislation — Board’s treatment of Art. 8 misuse of international law.*

pouvait être maintenue — La Commission était limitée par les décisions *Entertainment Software Association* et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* au sujet du sens de l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » — Le préambule de la Loi sur la modernisation du droit d’auteur n’étaye pas l’interprétation à laquelle est parvenue la Commission — La preuve semblait plutôt indiquer que l’art. 2.4(1.1) est une disposition étroite à objet limité — Dans la décision *Entertainment Software Association*, la Cour suprême a conclu que le mot « communiquer » à l’art. 3(1)(f) de la Loi ne visait pas les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur — Il faudrait que l’art. 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission — L’interprétation de la Commission a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements — L’art. 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif — Il serait contraire au régime de la loi d’établir un tarif pour un acte préparatoire — Rien ne justifiait dans la présente affaire le paiement de deux redevances distinctes — La décision de la Commission a été annulée — Demandes accueillies.

*Droit international — Mise en œuvre au pays — Liens entre le droit national canadien et le droit international — Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur — La Commission du droit d’auteur a interprété l’art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d’auteur d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)(f) de cette loi — Dans l’arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* (Entertainment Software Association), la Cour suprême a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt *Entertainment Software Association* non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — La position contraire ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada énoncées à l’art. 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (le Traité) — La Commission a mal compris les liens entre le droit national canadien et le droit international — La Commission a interprété l’art. 8 du Traité, puis a rendu l’art. 2.4(1.1) conforme à cette interprétation — Pour être exécutoires, les instruments internationaux doivent être adoptés par le législateur — Si les instruments internationaux qui ne sont pas adoptés par le législateur peuvent quand même faire partie de l’analyse d’une loi nationale, le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale — La façon dont la Commission a traité l’art. 8 était un mauvais usage du droit international.*

*Construction of Statutes — Copyright Board (Board) interpreting Copyright Act (Act), s. 2.4(1.1) in a way that deems making work available to public a “communication to the public” within Act, s. 3(1)(f) — Supreme Court in Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association) holding that transmission over Internet of musical work resulting in download of that work not communication by telecommunication — SOCAN arguing that s. 2.4(1.1) rendering Entertainment Software Association irrelevant — Board accepting SOCAN’s position — Stating contrary position not complying with Canada’s international obligations set out in WIPO Copyright Treaty (Treaty), Art. 8 — Board interpreting Art. 8 as intending to provide protection for act of making work available by telecommunication even where there was no transmission to public — Board’s decision suffering from misunderstanding of relationship between domestic, international law — One must always start by discerning authentic meaning of domestic law — International instruments can only enter into analysis of text, context, purpose of legislation in specific ways for specific purposes — Court having to give legislation its authentic meaning if legislation clear, even if conflicting with international law — International law cannot displace or amend authentic meaning of domestic legislation — This applying to administrative decision makers as well as to courts — Presence of international law not invitation to depart from normal, accepted method of interpreting legislation — Board’s treatment of Art. 8 not legally acceptable methodology.*

These were applications for judicial review challenging the Copyright Board’s (Board) decision to interpret subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* (Act) in a way that deems making a work available to the public a “communication to the public” within paragraph 3(1)(f) of the Act.

The respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) filed with the Board proposed tariffs for certain years for the communication to the public by telecommunication of works in its repertoire through an online music service. After SOCAN filed its proposed tariffs, subsection 2.4(1.1)—sometimes called the “making available provision”—was added to the Act. Not long after the addition of subsection 2.4(1.1), the Supreme Court interpreted the phrase “communicate the work to the public by telecommunication” in *Entertainment Software Association v. Society of Composers,*

*Interprétation des lois — La Commission du droit d’auteur (Commission) a interprété l’art. 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d’auteur (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’art. 3(1)f) de cette loi — Dans l’arrêt Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association), la Cour suprême a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication — La SOCAN a fait valoir que l’art. 2.4(1.1) rendait l’arrêt Entertainment Software Association non pertinent — La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN — La position contraire ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada énoncées à l’art. 8 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (le Traité) — La Commission a interprété l’art. 8 comme visant à protéger la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public — La décision de la Commission a démontré une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international — Il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national — Les instruments internationaux peuvent faire partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi, mais uniquement de manière précise et dans un but précis — La Cour doit donner son sens véritable à la loi si elle conclut que celle-ci est claire, même en cas de conflit avec le droit international — Le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale — Ces principes s’appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu’aux tribunaux judiciaires — La présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d’interprétation des lois — La façon dont la Commission a traité l’art. 8 n’était pas une méthode juridique acceptable.*

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire remettant en question la décision de la Commission du droit d’auteur (Commission) d’interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* (Loi) d’une manière qui fait en sorte que l’acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l’alinéa 3(1)f) de cette loi.

La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), défenderesse, a déposé un projet de tarif à la Commission pour certaines années à l’égard de la communication au public par télécommunication d’œuvres de son répertoire au moyen d’un service de musique en ligne. Après le dépôt par la SOCAN de son projet de tarif, un nouveau paragraphe, le paragraphe 2.4(1.1), parfois qualifié de paragraphe relatif à la « mise à la disposition », a été ajouté à la Loi. Peu de temps après l’ajout du paragraphe 2.4(1.1), la Cour suprême a interprété l’expression « communiquer au public,



*Authors and Music Publishers of Canada (Entertainment Software Association)*. The Supreme Court held that the transmission over the Internet of a musical work that results in a download of that work is not a communication by telecommunication. Following that decision, SOCAN could not collect royalties for such downloads. SOCAN argued to the Board that subsection 2.4(1.1) rendered *Entertainment Software Association* irrelevant. It submitted that subsection 2.4(1.1) obligated online music services to pay royalties to SOCAN when they post musical works on their Internet servers in a way that allows access to them by their end-user customers, regardless of whether the musical works are later transmitted to end-users by way of downloads, streams or not at all. The Board accepted SOCAN's position. In the Board's view, subsection 2.4(1.1) deems the act of making a work available to the public a "communication to the public" within paragraph 3(1)(f) of the Act and, thus, an act that triggers a tariff entitlement. The Board stated that the contrary position would "not comply with Canada's international obligations" set out in Article 8 of the *WIPO Copyright Treaty* (Treaty). The Board interpreted Article 8 as intending to provide protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public. In its view, its interpretation of subsection 2.4(1.1) was consistent with *Entertainment Software Association*. The effect was to create two separate tariff-triggering events: one for the making available to the public and a later one for transmission over the Internet.

At issue was whether the Board properly interpreted subsection 2.4(1.1) of the Act.

*Held*, the applications should be allowed.

The decision of the Board could not stand. The Board was heavily constrained in what it could acceptably do by the text, context and purpose of subsection 2.4(1.1), case law such as *Entertainment Software Association* and *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* concerning the meaning of a "communication to the public by telecommunication", and case law concerning the interrelationship between domestic law and international law and the general primacy of the former over the latter. The Board invoked the preamble to the *Copyright Modernization Act*, but the preamble is at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board. The government's statement upon introduction of the legislation is devoid of any guidance on subsection 2.4(1.1) that would support the Board's interpretation. It rather suggests that subsection 2.4(1.1) is a narrow, limited-purpose provision aimed

par télécommunication, une œuvre » dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Entertainment Software Association)*. Elle a jugé que la transmission par Internet d'une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n'est pas une communication par télécommunication. D'après cette décision, la SOCAN ne pouvait pas percevoir de redevances pour ces téléchargements. La SOCAN a fait valoir devant la Commission que le paragraphe 2.4(1.1) rendait l'arrêt *Entertainment Software Association* non pertinent. Elle a fait valoir que le paragraphe 2.4(1.1) obligeait les services de musique en ligne à payer des redevances à la SOCAN lorsqu'ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière que leurs clients-utilisateurs puissent y avoir accès, peu importe si les œuvres musicales sont par la suite transmises aux utilisateurs au moyen de téléchargement ou de diffusion, et même si elles ne sont pas transmises. La Commission a accepté le point de vue de la SOCAN. Selon la Commission, le paragraphe 2.4(1.1) fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'alinéa 3(1)f) de cette loi et est, par conséquent, un acte qui déclenche un droit tarifaire. Selon la Commission, la position contraire « ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada » énoncées à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (le Traité). La Commission a interprété l'article 8 comme visant à protéger la mise à la disposition d'une œuvre par télécommunication, même en l'absence de transmission au public. À son avis, son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) était conforme à l'arrêt *Entertainment Software Association*. Cela a eu pour effet de créer deux actes distincts déclenchant des redevances : un pour la mise à la disposition du public et un autre pour la transmission ultérieure sur Internet.

Il s'agissait de savoir si la Commission a bien interprété le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi.

*Arrêt* : les demandes doivent être accueillies.

La décision de la Commission ne pouvait être fondée. La Commission était fortement limitée dans ce qu'elle pouvait faire de manière acceptable par le texte, le contexte et l'objet du paragraphe 2.4(1.1), la jurisprudence, comme *Entertainment Software Association* et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* au sujet du sens de l'expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre », et la jurisprudence concernant les liens entre le droit national et le droit international et la primauté générale du premier sur le second. La Commission a invoqué le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, mais celui-ci est énoncé de façon si générale qu'il n'étaye pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission. La déclaration du gouvernement lors de la présentation de la loi ne dit rien à l'égard du paragraphe 2.4(1.1) qui pourrait étayer l'interprétation de la Commission. Elle semble plutôt indiquer que

at “clarify[ing] that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright”. *Entertainment Software Association* speaks to the authentic meaning of subsection 2.4(1.1). In that decision, the Supreme Court concluded that the word “communicate” in paragraph 3(1)(f) of the Act did not capture downloads of copyrighted works. In the case at bar, only clear legislative text in subsection 2.4(1.1) could support the Board’s position. The Board’s interpretation broadened communication by telecommunication to include the preparatory steps (making available) for downloads. The Board’s interpretation also ran counter to constraints imposed by previous Supreme Court rulings. Overall, the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1) could not be sustained on any acceptable basis.

The Board’s decision suffered from a misunderstanding of the relationship between Canadian domestic law and international law. The text of subsection 2.4(1.1) should have been the Board’s starting point. The Board took Article 8 of the Treaty, interpreted it, and then made subsection 2.4(1.1) conform with that interpretation. The Board assumed without analysis that subsection 2.4(1.1) implemented protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public. The Board justified this result by asserting that subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision. Just because Canadian domestic legislation is enacted against the backdrop of a treaty that Canada has signed, and just because the preamble to legislation suggests that it is aimed at implementing a treaty, it cannot be assumed that Parliament has adopted the treaty wholesale. When domestic law and international law both potentially bear upon a legal problem, one must always start by discerning the authentic meaning of the domestic law. International instruments are not self-executing in Canadian domestic law. If Parliament decides not to adopt a particular international instrument, that instrument does not become binding domestic law. International instruments can enter into the analysis of the text, context and purpose of legislation, but only in specific ways for specific purposes. If the Court concludes that the legislation is clear and has no patent or latent ambiguities, the Court must give it its authentic meaning and apply it. This must be done even if it conflicts with international law. International law cannot be used to displace or amend the authentic meaning of domestic legislation. This applies to administrative decision makers as well as to courts. The presence of international law is not an invitation to depart from the normal, accepted method of interpreting legislation; rather, in certain, defined circumstances, international law is appropriately considered as part of that method. In this case, the Board’s treatment of Article 8 was not a legally acceptable methodology. It was a misuse of

le paragraphe 2.4(1.1) est une disposition étroite, à objet limité, visant à rendre plus facile de « déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur ». La décision *Entertainment Software Association* renvoie au sens véritable du paragraphe 2.4(1.1). Dans cette décision, la Cour suprême a conclu que le mot « communiquer » à l’alinéa 3(1)f) de la Loi ne visait pas les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur. Dans la présente affaire, il faudrait que le paragraphe 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission. L’interprétation de la Commission a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements. L’interprétation de la Commission contrevient également aux contraintes imposées par les arrêts antérieurs de la Cour suprême. Dans l’ensemble, l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission ne reposait sur aucun fondement acceptable.

La décision de la Commission a démontré une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international. Les termes du paragraphe 2.4(1.1) auraient dû être le point de départ de la Commission. La Commission a pris l’article 8 du Traité, l’a interprété, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à cette interprétation. Elle a supposé, sans analyse, que le paragraphe 2.4(1.1) protégeait la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public. La Commission a justifié ce résultat en affirmant que le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative. Ce n’est pas parce que la législation nationale canadienne est adoptée alors que le Canada a signé un traité et que le préambule de la loi indique qu’elle vise à mettre en œuvre un traité qu’on peut supposer que le législateur a adopté le traité intégralement. Lorsque le droit national et le droit international sont tous deux susceptibles d’être pertinents à un problème juridique, il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national. Les instruments internationaux ne sont pas automatiquement exécutoires dans le droit national canadien. Si le législateur décide de ne pas adopter un instrument international précis, cet instrument ne devient pas une loi nationale contraignante. Les instruments internationaux peuvent faire partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi, mais uniquement de manière précise et dans un but précis. Si la Cour conclut que la loi est claire et ne présente aucune ambiguïté patente ou latente, elle doit lui donner son sens véritable et l’appliquer. Cela doit être fait même en cas de conflit avec le droit international. Le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale. Ces principes s’appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu’aux tribunaux judiciaires. La présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d’interprétation des lois; dans certaines circonstances bien définies, le droit international est plutôt considéré à juste titre comme faisant partie de cette



international law. The Board exalted international law over domestic law. In so doing, it violated the constraints imposed by binding case law and fundamental principle.

Finally, subsection 2.4(1.1) does not create a new exclusive right. When the Board's use of a "deeming provision" is set aside, all that is left is a "preparatory act". This is consistent with Parliament's use of the word "includes" in subsection 2.4(1.1). It would be contrary to the policy of the Act to establish a tariff on a preparatory step as this would constitute disaggregating rights for the purpose of adding an additional layer of royalties. There was no basis for the Board's conclusion that a stream does not merge with the making-available which preceded it so as to justify payment of two separate fees. Since there was only one right at stake, the only issue was whether the right was triggered, and the only fees payable were those payable for the exercise of the right.

The decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1) was quashed.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 9, 91–95.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2.4(1.1), 3(1)(f).  
*Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, Preamble.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(1)(a).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, Tariff B, column III

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35.  
*WIPO Copyright Treaty*, Geneva, 20 December 1996, [2014] Can. T.S. No. 20, Art. 8.

méthode. Dans la présente affaire, la façon dont la Commission a traité l'article 8 n'était pas une méthode juridique acceptable. Il s'agissait d'un mauvais usage du droit international. La Commission a accordé un statut supérieur au droit international par rapport au droit national. Ce faisant, elle a contrevenu aux règles imposées par la jurisprudence contraignante et les principes fondamentaux.

Enfin, le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif. Lorsque l'utilisation par la Commission d'une « disposition déterminative » est mise de côté, il ne reste plus que l'« acte préparatoire ». Ceci est conforme à l'utilisation par le législateur des mots « constitue notamment » au paragraphe 2.4(1.1). Il serait contraire au régime de la loi d'établir un tarif pour un acte préparatoire, car cela serait une division des droits dans le but d'ajouter une couche supplémentaire de redevances. Rien ne permettait à la Commission de conclure qu'une diffusion ne fait pas partie de la mise à la disposition qui l'a précédée, de sorte qu'il convient d'exiger deux redevances distinctes. Comme il n'y avait qu'un seul droit en jeu, la seule question était de savoir si le droit a été déclenché, et les seules redevances à payer étaient celles exigibles pour l'exercice du droit.

La décision de la Commission sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) a été annulée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 9, 91–95.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.  
*Loi sur la modernisation du droit d'auteur*, L.C. 2012, ch. 20, préambule.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.4(1.1), 3(1)(f).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1)(a).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, tarif B, colonne III.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35.  
*Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, Genève, 20 décembre 1996, [2014] R.T. Can. n° 20, art. 8.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1.

## DISTINGUISHED:

*Offic of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398.

## CONSIDERED:

*Online Music Services (CSI: 2011-2013; SOCAN: 2011-2013; SODRAC: 2010-2013)* (25 August 2017), CB-CDA 2017-086, online: Copyright Board <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.); *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, (1999), 171 D.L.R. (4th) 733.

## REFERRED TO:

*CMRRA-SODRAC Inc. v. Apple Canada Inc.*, 2020 FCA 101; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301; *Re: Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121; *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573; *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC : 2010-2013)* (25 août 2017), CB-CDA 2017-086, en ligne : <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.); *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743.

## DÉCISIONS CITÉES :

*CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*, 2020 CAF 101; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Ré: Sonne c. Association canadienne des radiodiff - seurs*, 2017 CAF 138; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573; *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362; *Canada (Procureur*

*General*), 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362; *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75; *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11; *Walchuk v. Canada (Justice)*, 2015 FCA 85, 469 N.R. 360; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, sub nom. *Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1; *Erasmus v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129, 473 N.R. 245; *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376; *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328; *Atlas Tube Canada ULC v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 120, 2019 D.T.C. 5062; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, 433 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269; *D'Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Yantzi v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 193; *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 44 Admin. L.R. (6th) 71; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183; *Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 FCA 63, [2020] 3 F.C.R. 231; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141, (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, (1998), 166 D.L.R. (4th) 193; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Canada v. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 F.C. 113 (1995), 184 N.R. 364 (C.A.); *Pembina County Water Resource District v. Manitoba (Government)*, 2017 FCA 92, 409 D.L.R.

*général) c. Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143; *Walchuk c. Canada (Justice)*, 2015 CAF 85; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, sub nom. *Globalive Wireless Management Corp. c. Public Mobile Inc.*; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205; *Erasmus c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328; *Atlas Tube Canada ULC c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 120; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *R. c. Rafilovic*, 2019 CSC 51; *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67; *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Yantzi c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 193; *Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5; *Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 CAF 63, [2020] 3 R.C.F. 231; *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada c. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 C.F. 113 (C.A.); *Pembina County Water Resource District c. Manitoba (Gouvernement)*, 2017 CAF 92; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281;

(4th) 719; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2019 FCA 147, [2019] G.S.T.C. 36; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 62 D.L.R. (4th) 577; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Renaud v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, (1999), 184 D.L.R. (4th) 441; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2012] 1 F.C.R. D-2; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *Immeubles Port Louis Liée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, (1991), 78 D.L.R. (4th) 175; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 23.

*Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *GreCon Dimter Inc. c. J. R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Offic Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2017 CAF 45; *Immeubles Port Louis liée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 23.

## AUTHORS CITED

Daly, Paul. "Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness" (2016), 62:2 *McGill L.J.* 527.

Mancini, Mark. "The 'Return' of 'Textualism' at the SCC [?]" (9 April 2019), online (blog): *Double Aspect* <[doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/](http://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/)>.

Wade, William and Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11th ed. New York: Oxford University Press, 2014.

Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

## DOCTRINE CITÉE

Daly, Paul. « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62:2 *R.D. McGill* 527.

Mancini, Mark. « The "Return" of "Textualism" at the SCC [?] » (9 avril 2019), en ligne (blog) : *Double Aspect* <[doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/](http://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/)>.

Wade, William et Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11<sup>e</sup> éd., New York : Oxford University Press, 2014.

Willis, John. « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *Rev B. can.* 1.



APPLICATIONS for judicial review challenging the Copyright Board's decision (*Scope of section 2.4(1.1) of the Copyright Act – Making Available* (25 August 2017), CB-CDA 2017-085) to interpret subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* (Act) in a way that deems making a work available to the public a “communication to the public” within paragraph 3(1)(f) of the Act. Applications allowed.

#### APPEARANCES

*Michael Koch* and *Sarah Stothart* for applicants Apple Inc. and Apple Canada Inc.  
*Gerald (Jay) Kerr-Wilson* and *Stacey Smydo* for applicants/respondents Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.  
*David W. Kent* and *Jonathan O'Hara* for respondent Pandora Media Inc.  
*Matthew S. Estabrooks* and *Graeme Macpherson* for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.  
*Casey Chisick* and *Eric Mayzel* for respondent CMRRA-SODRAC Inc.  
*Barry B. Sookman* and *Daniel G.C. Glover* for respondent Music Canada.  
*John Cotter* for respondent Re: Sound Music Licensing Company.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Goodmans LLP*, Toronto, for applicants for applicants Apple Inc. and Apple Canada Inc.  
*Fasken Martineau Dumoulin LLP*, Ottawa, for applicants/respondents Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada, Bell Canada, Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.  
*McMillan LLP*, Toronto and Ottawa, for respondent Pandora Media Inc.  
*Gowling WLG (Canada) LLP*, Ottawa, for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

DEMANDES de contrôle judiciaire remettant en question la décision de la Commission du droit d'auteur (*Portée de l'article 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d'auteur — Mise à la disposition* (25 août 2017), CB-CDA 2017-085) d'interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (Loi) d'une manière qui fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'alinéa 3(1)f) de cette loi. Demandes accueillies.

#### ONT COMPARU :

*Michael Koch* et *Sarah Stothart* pour les demanderes Apple Inc. et Apple Canada Inc.  
*Gerald (Jay) Kerr-Wilson* et *Stacey Smydo* pour les demanderes/défenderesses Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.  
*David W. Kent* et *Jonathan O'Hara* pour la défenderesse Pandora Media Inc.  
*Matthew S. Estabrooks* et *Graeme Macpherson* pour la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.  
*Casey Chisick* et *Eric Mayzel* pour la défenderesse CMRRA-SODRAC Inc.  
*Barry B. Sookman* et *Daniel G.C. Glover* pour la défenderesse Music Canada.  
*John Cotter* pour la défenderesse Ré:Sonne – Société de gestion de la musique.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Goodmans LLP*, Toronto, pour les demanderes Apple Inc. et Apple Canada Inc.  
*Fasken Martineau Dumoulin LLP*, Ottawa, pour les demanderes/défenderesses Entertainment Software Association et Association canadienne du logiciel de divertissement, Bell Canada, Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.  
*McMillan LLP*, Toronto et Ottawa, pour la défenderesse Pandora Media Inc.  
*Gowling WLG (Canada) LLP*, Ottawa, pour la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, for respondent Canadian Media Producers Association and CMRRA-SODRAC Inc.

*Fasken Martineau Dumoulin LLP*, Ottawa, for respondent Bell Mobility Inc., Quebecor Media Inc., Rogers Communications Inc., Google and Shaw Communications.

*Canadian Copyright Licensing Agency o/a Access Copyright*, Toronto, for respondent Canadian Copyright Licensing Agency o/a Access Copyright.

*Ariel Katz* on his own behalf.

*Norton Rose Fulbright Canada LLP*, Montréal, for respondents Quebec Collective Society for the Rights of Makers of Sound and Video Recordings, Société des auteurs et compositeurs dramatiques and Société civile des auteurs multimedia.

*Annie Massicotte*, Montréal, for respondent Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction.

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for respondent Music Canada.

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Toronto, for respondent Re: Sound Music Licensing Company.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] *Stra tas J.A.*: The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) administers the right to “communicate” musical works on behalf of copyright owners. It filed with the Copyright Board proposed tariffs for certain years for the communication to the public by telecommunication of works in its repertoire through an online music service.

[2] It was incumbent on the Board to assess the appropriateness of the proposed tariff under the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.

[3] After SOCAN had filed its proposed tariffs, the *Copyright Act* was amended: *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20. A new subsection, subsection 2.4(1.1), sometimes called the “making available provision”, was added to the *Copyright Act*. It reads as follows:

*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, pour les défenderesses Canadian Media Producers Association et CMRRA-SODRAC Inc.

*Fasken Martineau Dumoulin LLP*, Ottawa, pour les défenderesses Bell Mobility Inc., Québecor Média Inc., Rogers Communications Inc., Google et Shaw Communications.

*Canadian Copyright Licensing Agency s/n Access Copyright*, Toronto, pour la défenderesse Canadian Copyright Licensing Agency s/n Access Copyright.

*Ariel Katz* pour son compte.

*Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour les défenderesses Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Société des auteurs et compositeurs dramatiques et Société civile des auteurs multimédia.

*Annie Massicotte*, Montréal, pour la défenderesse Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction.

*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse Music Canada.

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse Ré:Sonnet – Société de gestion de la musique.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] Le juge *Stra tas*, J.C.A. : La Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la « SOCAN ») gère le droit de « communication » d’œuvres musicales pour le compte de titulaires du droit d’auteur. Elle a déposé un projet de tarif à la Commission du droit d’auteur pour certaines années à l’égard de la communication au public par télécommunication d’œuvres de son répertoire au moyen d’un service de musique en ligne.

[2] La Commission devait décider si le projet de tarif était approprié aux termes de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

[3] Après le dépôt par la SOCAN de son projet de tarif, la *Loi sur le droit d’auteur* a été modifiée : voir la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, ch. 20. Un nouveau paragraphe, le paragraphe 2.4(1.1), parfois qualifié de paragraphe relatif à la « mise à la disposition », a

été ajouté à la *Loi sur le droit d'auteur*. Ce paragraphe est rédigé comme suit :

## 2.4 ....

### Communication to the public by telecommunication

(1.1) For the purposes of this Act, communication of a work or other subject-matter to the public by telecommunication includes making it available to the public by telecommunication in a way that allows a member of the public to have access to it from a place and at a time individually chosen by that member of the public.

[4] This raised the question whether the mere making available of a work on a server for the purpose of later streaming or download by the public was an event for which a tariff was payable

[5] A few days after the addition of subsection 2.4(1.1) to the Act, the Supreme Court released an important decision that interpreted the phrase “communicate the work to the public by telecommunication”: *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 [*Entertainment Software Association*]. It held that the transmission over the Internet of a musical work that results in a download of that work is not a communication by telecommunication: see also *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 [*Rogers or Rogers Communications Inc.*], at paragraph 2. Following that decision, SOCAN could not collect royalties for such downloads.

[6] In light of these developments and in support of its proposed tariff, SOCAN argued to the Board that subsection 2.4(1.1) rendered the Supreme Court’s decision in *Entertainment Software Association* irrelevant. It submitted that subsection 2.4(1.1) obligated persons, such as online music services, to pay royalties to SOCAN when they post musical works on their Internet servers in a way that allows access to them by their end-user customers, regardless of whether the musical works are later transmitted to end-users by way of downloads, streams or not at all.

## 2.4 [...]

### Communication au public par télécommunication

(1.1) Pour l’application de la présente loi, constitue notamment une communication au public par télécommunication le fait de mettre à la disposition du public par télécommunication une œuvre ou un autre objet du droit d’auteur de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement.

[4] Cela a mené à la question de savoir si le fait de simplement mettre une œuvre à la disposition du public sur un serveur en vue de sa diffusion ou de son téléchargement ultérieur était un acte pour lequel il fallait payer une redevance.

[5] Quelques jours après l’ajout du paragraphe 2.4(1.1) à la *Loi sur le droit d’auteur*, la Cour suprême a rendu une décision importante qui interprétait l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » : voir *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 [*Entertainment Software Association*]. Elle a jugé que la transmission par Internet d’une œuvre musicale qui mène au téléchargement de cette œuvre n’est pas une communication par télécommunication. Voir également *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 [*Rogers Communications*], au paragraphe 2. D’après cette décision, la SOCAN ne pouvait pas percevoir de redevances pour ces téléchargements.

[6] En raison de ces décisions et à l’appui de son projet de tarif, la SOCAN a fait valoir devant la Commission que le paragraphe 2.4(1.1) rendait la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Entertainment Software Association* non pertinente. Elle a fait valoir que le paragraphe 2.4(1.1) obligeait les utilisateurs comme les services de musique en ligne à payer des redevances à la SOCAN lorsqu’ils mettent des œuvres musicales sur leurs serveurs Internet de manière à ce que leurs clients-utilisateurs puissent y avoir accès, peu importe si les œuvres musicales sont par la suite transmises aux

[7] Faced with this argument, the Board invited full submissions on this point from all directly and indirectly affected parties. After considering the parties' submissions, it accepted SOCAN's position: *Scope of section 2.4(1.1) of the Copyright Act – Making Available* (25 August 2017), CB-CDA 2017-085, online: Copyright Board <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366772/index.do>. It held that (at paragraph 12):

... subsection 2.4(1.1) of the *Act* deems the act of placing a work or other subject-matter on a server of a telecommunication network in a way that a request from a member of the public triggers the transmission of that work or subject-matter, including in the form of a stream or download, whether or not such a request ever takes place, to be a communication to the public by telecommunication.

[8] In short, in the Board's view, subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* deems the act of making a work available to the public a "communication to the public" within paragraph 3(1)(f) of that Act and, thus, an act that triggers a tariff entitlement

[9] In the Board's view (at paragraphs 13–14), the contrary position would "not comply with Canada's international obligations" set out in Article 8 of the *WIPO Copyright Treaty*, 20 December 1996, [2014] Can. T.S. No. 20 (the "Treaty"). In its view (at paragraph 15), its interpretation of subsection 2.4(1.1) of the Act was consistent with *Entertainment Software Association*.

[10] The effect of this interpretation was to create two separate tariff-triggering events (at paragraph 16):

The act of making a work available to the public remains a communication to the public by telecommunication regardless of whether the subsequent transmission is a download or a stream. It remains distinct from any

utilisateurs au moyen de téléchargement ou de diffusion et même si elles ne sont pas transmises.

[7] Au vu de cette observation, la Commission a invité toutes les parties touchées directement et indirectement à présenter des observations complètes sur ce point. Après avoir examiné les observations des parties, la Commission a accepté le point de vue de la SOCAN : voir *Portée de l'article 2.4(1.1) de la Loi sur le droit d'auteur – Mise à la disposition* (25 août 2017), CB-CDA 2017-085, en ligne : <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/fr/item/366772/index.do>. Elle a conclu ce qui suit (au paragraphe 12) :

[...] en vertu du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi*, constitue une communication au public par télécommunication, le fait de mettre une œuvre ou un autre objet du droit d'auteur sur un serveur d'un réseau de télécommunication de manière à ce qu'une requête d'un membre du public entraîne la transmission de cette œuvre ou de cet objet du droit d'auteur, notamment sous la forme d'une diffusion en continu ou d'un téléchargement, qu'une telle requête se concrétise ou non.

[8] En bref, selon la Commission, le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* fait en sorte que l'acte de mettre une œuvre à la disposition du public revient à la « communiquer au public » au sens de l'alinéa 3(1)f de cette loi et est, par conséquent, un acte qui déclenche un droit tarifaire.

[9] Selon la Commission (aux paragraphes 13 et 14), la position contraire « ne serait pas conforme aux obligations internationales du Canada » énoncées à l'article 8 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, Genève, 20 décembre 1996, [2014] R.T. Can. n° 20 (le « Traité »). À son avis (au paragraphe 15), son interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* était conforme à l'arrêt *Entertainment Software Association*.

[10] Cette interprétation a eu pour effet de créer deux actes distincts déclenchant des redevances (au paragraphe 16) :

Le fait de mettre une œuvre à la disposition du public demeure une communication au public par télécommunication, peu importe si la transmission subséquente est un téléchargement ou une diffusion en continu. Ce fait



subsequent act of transmission; the two acts do not merge and become a single, larger act.

demeure distinct de tout autre acte subséquent de transmission; les deux actes ne s'intègrent pas pour devenir un acte unique, plus large.

[11] The appellants apply to this Court for judicial review challenging the Board's decision to interpret subsection 2.4(1.1) in the way it did.

[11] Les demandereses présentent des demandes de contrôle judiciaire à la Cour et remettent en question l'interprétation par la Commission du paragraphe 2.4(1.1).

[12] Alongside its decision interpreting subsection 2.4(1.1), the Board decided upon the appropriateness of the proposed tariff: *Online Music Services (CSI: 2011-2013; SOCAN: 2011-2013; SODRAC: 2010-2013)* (25 August 2017), CB-CDA 2017-086, online: Copyright Board <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>. Among other things, it found that insufficient evidence had been adduced for it to reach a conclusion about what the tariff should be for the "making available" activity. A judicial review of this related decision has been dismissed: [*CMRRA-SODRAC Inc. v. Apple Canada Inc.*] 2020 FCA 101.

[12] Parallèlement à sa décision interprétant le paragraphe 2.4(1.1), la Commission s'est prononcée sur le caractère approprié du projet de tarif : voir *Services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013; SODRAC : 2010-2013)* (25 août 2017), CB-CDA 2017-086, en ligne : <<https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do>>. Elle a notamment conclu que la preuve présentée était insuffisante pour lui permettre de tirer une conclusion sur ce que devrait être le tarif pour le fait de « mettre à la disposition ». Une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée : voir [*CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.*] 2020 CAF 101.

[13] In this case, for the reasons that follow, I would allow the applications and quash the Board's decision concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1). Its interpretation cannot stand.

[13] En l'espèce, pour les raisons qui suivent, j'accueillerai les demandes et j'annulerai la décision de la Commission sur l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1). Son interprétation ne peut être maintenue.

#### A. Standard of review

[14] Subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act* falls to be interpreted by both the Board and the courts. The Supreme Court has held that the standard of review for Board interpretations of such provisions is correctness: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 [*SOCAN (2004)*]; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 [*C.B.C.*]. Whether these three authorities, *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.*, still apply is very much open to question.

#### A. La norme de contrôle

[14] Le paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d'auteur* doit être interprété à la fois par la Commission et par les tribunaux. La Cour suprême a jugé que la norme de contrôle s'appliquant aux interprétations de la Commission dans ces cas est celle de la décision correcte : voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 [*SOCAN (2004)*]; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; et *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 [*Radio-Canada*]. La question de savoir si ces trois décisions — *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* — s'appliquent encore demeure en suspens.

[15] Last year, the Supreme Court engaged in “a recalibration of the governing approach” to the standard of review of the substantive merits of administrative decision making, throwing into doubt which “past precedents”, even its own, “continue to provide helpful guidance”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 [Vavilov], at paragraph 143.

[16] *Vavilov* “address[es] all of the situations in which a reviewing court should derogate from the presumption of reasonableness review” and perform correctness review: *Vavilov*, at paragraph 69. *Vavilov* identifies only five such situations: legislated standards of review, statutory appeal mechanisms, constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions regarding the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies. *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* do not fit into these five. Thus, *Vavilov* casts a cloud over *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.*

[17] The Supreme Court did not “definitively foreclose the possibility that another category could be recognized as requiring a derogation from the presumption of reasonableness review in a future case” only because “it would be unrealistic to declare that ... every possible set of circumstances” has been contemplated: *Vavilov*, at paragraph 70. This darkens the cloud over *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* They must have been in the Supreme Court’s contemplation because they are of recent vintage and were cited to it. Yet the Supreme Court offered no gesture to confirm the

[18] However, some considerations lighten the cloud, if not remove it altogether. In discussing the exception of statutory appeal mechanisms in which the standard of review is correctness on points of law, the Supreme Court spoke of the importance of respecting Parliament’s “institutional design choices”: *Vavilov*, at paragraphs 24, 26, 36, and 46. Parliament’s decision in the *Copyright*

[15] L’année passée, la Cour suprême s’est lancée dans un « rajustement de la méthode à employer » pour choisir la norme de contrôle du bien-fondé des décisions des tribunaux administratifs. Cela soulève un doute quant à savoir si la jurisprudence, même sa propre jurisprudence, « continue de donner des indications utiles » : voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 [Vavilov], au paragraphe 143.

[16] L’arrêt *Vavilov* vise « l’ensemble des situations dans lesquelles il convient que la cour de révision déroge à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » et effectue un examen selon la norme de la décision correcte (au paragraphe 69), soit les cinq situations suivantes : les normes de contrôle établies par voie législative, les mécanismes d’appel prévus par la loi, les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d’importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d’organismes administratifs. Les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* ne font pas partie d’une de ces cinq situations. Ainsi, l’arrêt *Vavilov* sème un doute à l’égard de ceux-ci.

[17] La Cour suprême n’a pas fermé « définitivement la porte à la possibilité qu’une autre catégorie puisse ultérieurement être reconnue comme appelant une dérogation à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable » puisqu’il « serait illusoire de déclarer que nous avons envisagé toutes les combinaisons possibles de circonstances » (*Vavilov*, au paragraphe 70). Cela jette un doute sur les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada*. La Cour suprême a dû tenir compte de ces arrêts, parce qu’ils sont récents et qu’on a renvoyé la Cour à ceux-ci. Pourtant, la Cour suprême n’a rien fait pour les confirmer.

[18] Certains facteurs permettent toutefois d’alléger le doute, voire de le supprimer complètement. En discutant de l’exception des mécanismes d’appel prévus par la loi, pour lesquels la norme de contrôle est celle de la décision correcte pour les questions de droit, la Cour suprême a mentionné l’importance de respecter les « choix d’organisation institutionnelle » du législateur

*Act* to give jurisdiction to both the Board and the courts on questions of statutory interpretation may be an “institutional design choice” that deserves recognition through correctness review. On this view, *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* remain good law.

[19] Further, *Vavilov* stands for consistency, coherence and certainty in the law of judicial review. *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* do further consistency, coherence and certainty. *Rogers*, for example, explains how (at paragraph 14):

It would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question.

[20] We do not have the submissions of the parties on this point. Whether *SOCAN (2004)*, *Rogers* and *C.B.C.* are still good law on the standard of review should be left for another day.

[21] For the purposes of these applications for judicial review, this Court will assume that the standard of review is the one most generous to the Board and those defending its decision, namely reasonableness.

[22] The parties argued these applications while *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 [*Dunsmuir*], not *Vavilov*, was the governing

(*Vavilov*, aux paragraphes 24, 26, 36 et 46). La décision du législateur selon la *Loi sur le droit d’auteur* de donner compétence à la Commission et aux tribunaux à l’égard des questions d’interprétation des lois est peut-être un « choix d’organisation institutionnelle » qui mérite d’être reconnu au moyen de l’examen selon la norme de la décision correcte. De ce point de vue, les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* demeurent valables.

[19] De plus, l’arrêt *Vavilov* appuie la cohérence, l’uniformité et la certitude dans le droit en matière de contrôle judiciaire. Les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* favorisent effectivement la cohérence, l’uniformité et la certitude. L’arrêt *Rogers Communications*, par exemple, explique comment (au paragraphe 14) :

Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déferente, mais d’examiner *de novo* la décision d’une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d’une action pour violation du droit d’auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d’un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d’appel fasse preuve de déférence à l’égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d’une cour de justice en première instance sur le même point de droit.

[20] Nous n’avons pas d’observations des parties sur cette question. La question de savoir si les arrêts *SOCAN (2004)*, *Rogers Communications* et *Radio-Canada* continuent d’énoncer le droit actuel à l’égard de la norme de contrôle devra être examinée à une autre occasion.

[21] Pour les besoins de la présente demande de contrôle judiciaire, la Cour supposera que la norme de contrôle est celle qui accorde la plus grande déférence à la Commission et qui est la plus favorable pour ceux qui appuient sa décision, à savoir la norme de la décision raisonnable.

[22] Les parties ont présenté leurs observations alors que l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [*Dunsmuir*], et non

authority for reasonableness review. But that is of no consequence.

[23] For some reviewing courts, *Vavilov* wrought a significant change in how reasonableness review should be conducted. But in our Court, at least for the conducting of reasonableness review in a case like this, *Vavilov* hardly changed anything at all.

[24] In *Vavilov*, the Supreme Court effectively adopted this Court's view that administrative decisions are easier or harder to set aside depending on certain contextual factors that liberate or constrain the decision maker: *Vavilov*, at paragraphs 88–90. No longer must this Court tip-toe around *dicta* in Supreme Court decisions like *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at paragraph 35 and *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraph 73 that forbade any resort to context.

[25] In *Vavilov*, the Supreme Court accepted that, as a practical matter, some decisions are more likely to survive reasonableness review because they are relatively unconstrained. But other decisions may be less likely to survive because they are relatively more constrained. Our Court previously recognized this reality in a series of foundational cases: see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201 [*Abraham*], at paragraphs 37–50; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233 [*Canadian Human Rights Commission*], at paragraphs 13–14; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006 [*Farwaha*], at paragraphs 88–92; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301 [*Delios*], at paragraph 26; and see Paul Daly, “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (2016), 62:2 *McGill L.J.* 527.

l'arrêt *Vavilov*, faisait jurisprudence à l'égard de la norme de la décision raisonnable. Mais cela n'a aucune incidence.

[23] Pour certaines cours de révision, l'arrêt *Vavilov* a entraîné un changement important dans la manière de mener un examen du caractère raisonnable. Cependant, pour notre Cour, du moins pour l'examen du caractère raisonnable dans un cas comme celui-ci, l'arrêt *Vavilov* n'a pratiquement rien changé.

[24] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a en fait adopté le point de vue de notre Cour selon lequel il est plus facile ou plus difficile de faire annuler les décisions administratives selon les facteurs contextuels qui libèrent ou contraignent le décideur : voir *Vavilov*, aux paragraphes 88 à 90. Notre Cour ne doit plus chercher à contourner les observations de la Cour suprême dans des décisions comme *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 35 et *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 73, qui ont interdit tout recours au contexte.

[25] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a accepté qu'en pratique, certaines décisions sont plus susceptibles d'être maintenues à la suite d'un examen selon la norme de la décision raisonnable, car elles sont assujetties à relativement peu de contraintes. Mais d'autres décisions sont moins susceptibles d'être maintenues parce qu'elles sont assujetties à relativement plus de contraintes. Notre Cour a déjà reconnu cette réalité dans une série de décisions de principe : voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266 [*Abraham*], aux paragraphes 37 à 50; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75 [*Commission canadienne des droits de la personne*], aux paragraphes 13 et 14; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006 [*Farwaha*], aux paragraphes 88 à 92; et *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117 [*Delios*], au paragraphe 26, et voir Paul Daly, « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62:2 *R.D. McGill* 527.

[26] *Vavilov* also identifies categories of contextual factors: *Vavilov*, at paragraphs 83, 103, 108–126, 129–135. As we shall now see, this Court previously identified and applied almost all of them

[27] Administrative decision makers applying fact-driven criteria of a non-legal or less-legal nature are relatively less constrained and so, as a practical matter, their decisions are harder to set aside under the reasonableness standard: *Vavilov*, at paragraphs 108–110; and in this Court, see, e.g., *Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters*, 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91 [*Re:Sound*], at paragraph 49; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418 [*Gitxaala Nation* (2016)], at paragraph 149; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121 [*Boogaard*], at paragraphs 46, 51–52; *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720, at paragraph 137; *Delios*, at paragraph 21; and *Farwaha*, at paragraphs 90–99.

[28] Public interest determinations based on wide considerations of policy and public interest, assessed on polycentric, subjective or indistinct criteria and shaped by the administrative decision makers' view of economics, cultural considerations and the broader public interest—decisions that are sometimes characterized as quintessentially executive in nature—are very much unconstrained: *Vavilov*, at paragraph 110; and in this Court see, e.g., *Gitxaala Nation* (2016), at paragraph 150; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573 [*Emerson Milling*], at paragraphs 72–73; and *Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362, at paragraphs 18–19.

[29] Complex, multifaceted and sensitive weighings by administrative decision makers of information, impressions and indications using criteria that may shift and be weighed differently from time to time depending upon changing and evolving circumstances, all other things being equal, are relatively unconstrained and are harder to set aside: *Vavilov*, at paragraphs 129–132; and

[26] L'arrêt *Vavilov* décrit également des catégories de facteurs contextuels : voir *Vavilov*, aux paragraphes 83, 103, 108 à 126 et 129 à 135. Comme nous le verrons maintenant, notre Cour les avait déjà presque tous décrits et appliqués.

[27] Les décideurs administratifs qui appliquent des critères factuels de nature non juridique, ou moins juridique, sont relativement plus libres et, en pratique, il est plus difficile de faire annuler leurs décisions selon la norme de la décision raisonnable : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs*, 2017 CAF 138 [*Ré:Sonne*], au paragraphe 49; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418 [*Nation Gitxaala* (2016)], au paragraphe 149; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150 [*Boogaard*], aux paragraphes 46, 51 et 52; *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, au paragraphe 137; *Delios*, au paragraphe 21; et *Farwaha*, aux paragraphes 90 à 99.

[28] Les décisions relatives à l'intérêt public fondées sur de vastes considérations de politique générale et d'intérêt public, évaluées selon des critères polycentriques, subjectifs ou indistincts et qui dépendent de l'opinion des décideurs administratifs sur des questions économiques et culturelles et sur des questions d'intérêt public au sens large — décisions dont on dit parfois qu'elles sont fondamentalement de nature exécutive — sont très peu limitées : voir *Vavilov*, au paragraphe 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Nation Gitxaala* (2016), au paragraphe 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573 [*Emerson Milling*], aux paragraphes 72 et 73; et *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362, aux paragraphes 18 et 19.

[29] Toutes autres choses étant égales, les appréciations complexes, délicates et comportant de multiples aspects appelant le décideur administratif à apprécier avec finesse les renseignements, les impressions et les indications en utilisant des critères qui peuvent changer et être appréciés différemment d'une fois à l'autre selon des circonstances changeantes et évolutives sont assujetties



in this Court, see, e.g., *Boogaard*, at paragraphs 47 and 51–52 and *Re:Sound*, at paragraph 50.

[30] Assessments legitimately drawn from the expertise or specialization of administrative decision makers, all other things being equal, similarly may be unconstrained and may be harder to set aside: *Vavilov*, at paragraphs 92–93 and 119; and in this Court, see, e.g., *Re:Sound*, at paragraph 48; and *Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited*, 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81 [*Heffe* ], at paragraphs 36–37.

[31] Where administrative decision-makers act under broad statutory wording that is capable of an array of meanings, they are relatively less constrained in the statutory interpretations they reach, all other things being equal: *Vavilov*, at paragraph 110; and in this Court, see, e.g., *Heffel*, *Boogaard*, at paragraph 42; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75 [*Forest Ethics*], at paragraph 69; and *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83, at paragraph 30.

[32] Similarly, administrative decision makers are relatively less constrained by provisions that vest them with a broad scope of discretion: *Vavilov*, at paragraph 108; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; and in this Court, see, e.g., *Heffe* and *Forest Ethics*.

[33] On the other hand, administrative decision makers that are constrained by specifically worded statutory provisions or settled decisions of the courts may find their decisions set aside if they ignore these constraints: see *Vavilov*, at paragraphs 108–113; and in this Court, see, e.g., *Abraham*, at paragraphs 37–50; *Canadian Human Rights Commission*, at paragraph 14; *Farwaha*, at paragraphs 93–97; and *Emerson Milling*, at paragraph 70.

à relativement peu de contraintes et sont plus difficile à annuler : voir *Vavilov*, aux paragraphes 129 à 132; et, à notre Cour, voir, p. ex., *Boogaard*, aux paragraphes 47, 51 et 52; et *Ré:Sonne*, au paragraphe 50.

[30] De même, toutes autres choses étant égales, lorsque le décideur administratif fait une évaluation qui découle de ses connaissances spécialisées, le décideur est plus libre et il peut être plus difficile de faire annuler sa décision : voir *Vavilov*, aux paragraphes 92, 93 et 119, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Ré :Sonne*, au paragraphe 48; et *Canada (Procureur général) c. Heffel Gallery Limited*, 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81 [*Heffe* ], aux paragraphes 36 et 37.

[31] Lorsque les décideurs administratifs tirent leur compétence légale d'un libellé plus général qui peut avoir plusieurs sens, ils sont relativement plus libres lorsqu'ils interprètent la loi, toutes autres choses étant égales : voir *Vavilov*, au paragraphe 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Heffe* ; *Boogaard*, au paragraphe 42; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75 [*Forest Ethics*], au paragraphe 69; et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180, au paragraphe 30.

[32] De même, les décideurs administratifs sont relativement plus libres lorsque les dispositions légales leur confèrent un large pouvoir discrétionnaire : voir *Vavilov*, au paragraphe 108, *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; et *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; et, à notre Cour, voir, p. ex., *Heffe* et *Forest Ethics*.

[33] D'autre part, lorsque les décideurs administratifs sont moins libres en raison de dispositions légales précises ou de décisions judiciaires bien établies, leurs décisions peuvent être annulées s'ils ne tiennent pas compte de ces limites : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 113, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Abraham*, aux paragraphes 37 à 50; *Commission canadienne des droits de la personne*, au paragraphe 14; *Farwaha*, aux paragraphes 93 à 97; et *Emerson Milling*, au paragraphe 70.

[34] Administrative decisions more akin to the legal determinations courts make, governed by legal authorities, not policy, can be relatively constrained: *Vavilov*, at paragraphs 108–100; and in this Court, see, e.g., *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11 [*Kabul Farms*], at paragraphs 24–25; *Walchuk v. Canada (Justice)*, 2015 FCA 85, 469 N.R. 360 [*Walchuk*]; and *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*

[35] Specific methodologies and strict language set out in statutes can be like recipes that must be followed. They too can constrain and, if they are not respected, reversal can result: *Vavilov*, at paragraphs 108–110; and in this Court, see, e.g., *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1 [*Sharif*], at paragraph 34; and *Heffe*, at paragraph 34.

[36] As well, decisions of great significance to the individual call for administrative decision makers to supply more justification and explanation: *Vavilov*, at paragraphs 133–135; and in this Court, see, e.g., *Farwaha*, at paragraphs 91–92; *Boogaard*, at paragraph 49; *Walchuk*, at paragraph 33; *Sharif*, at paragraph 11; *Erasmio v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129, 473 N.R. 245; and *Kabul Farms*, at paragraphs 24–26.

[37] The parties argued their cases under *Dunsmuir* but mindful throughout of this Court’s jurisprudence. Therefore, it was not necessary to invite them to provide further submissions concerning *Vavilov*. The reasons that follow cite primarily to *Vavilov*. But if *Vavilov* did not exist, these same reasons would have been given, with appropriate citation to the existing jurisprudence of this Court.

[38] The applications for judicial review before this Court challenge the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1). It is apposite to set out what reviewing courts should expect from administrative decision makers

[34] Les décisions administratives qui s’apparentent davantage aux décisions des tribunaux judiciaires et sont régies par le droit et non par des questions de politique générale sont assujetties à relativement plus de contraintes : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143 [*Kabul Farms*], aux paragraphes 24 et 25; *Walchuk c. Canada (Justice)*, 2015 CAF 85 [*Walchuk*]; et *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, *sub nom. Globalive Wireless Management Corp. c. Public Mobile Inc.*

[35] Lorsque la loi prévoit une méthode précise et que le libellé est strict, elle peut ressembler à une méthode contraignante qu’il faut suivre; sinon, il peut en découler une annulation : voir *Vavilov*, aux paragraphes 108 à 110, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205 [*Sharif*], au paragraphe 34; et *Heffe*, au paragraphe 34.

[36] De même, lorsque la décision revêt une grande importance pour le particulier, le décideur administratif doit fournir davantage de justifications et d’explications : voir *Vavilov*, aux paragraphes 133 à 135, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Farwaha*, aux paragraphes 91 et 92; *Boogaard*, au paragraphe 49; *Walchuk*, au paragraphe 33; *Sharif*, au paragraphe 11; *Erasmio c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129; et *Kabul Farms*, aux paragraphes 24 à 26.

[37] Les parties ont présenté leurs observations en tenant compte de l’arrêt *Dunsmuir*, mais elles ont également tenu compte de la jurisprudence de notre Cour. Par conséquent, il n’était pas nécessaire de les inviter à fournir des observations supplémentaires concernant l’arrêt *Vavilov*. Les motifs qui suivent renvoient principalement à l’arrêt *Vavilov*. Cependant, si l’arrêt *Vavilov* n’existait pas, la Cour aurait prononcé les mêmes motifs en renvoyant à la jurisprudence existante de notre Cour.

[38] Les demandes de contrôle judiciaire dont notre Cour est saisie contestent l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission. Il convient de dire ce dont les cours de révision s’attendent des décideurs

when they interpret statutory provisions, as this is one of the ways the Board veered off course

[39] For a while now, this Court has held that administrative decision makers interpreting legislative provisions must consider the text, context and purpose of the provisions in order to arrive at the authentic meaning of the provisions: see *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556 [*Hillier*], at paragraphs 18–33; *Sharif*, at paragraphs 18–29; and *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376 [*Schmidt*], at paragraphs 24–32, all of which follow the leading decisions of the Supreme Court in this area such as *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 [*Bell ExpressVu*]; and *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10. This Court has also held that administrative decision makers must interpret legislative provisions in a non-result-oriented manner, refraining from pursuing policy preferences alien to the governing legislation: see *Hillier*, *Sharif* and *Schmidt*; see also *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174 [*Williams*], at paragraphs 41–52 and *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328, at paragraphs 77–80.

[40] The empowering legislation of some administrative decision makers gives them a policy-making or policy-applying role and some have expertise and specialization. These features may make them well-equipped to discern and appreciate the policy genuinely behind particular legislation. But it is not for them—or the courts for that matter—to amend that legislation. Absent specific and proper delegation of the power to legislate, making and changing legislation remains the exclusive preserve of those we elect: *Williams*, at paragraph 49; *Sharif*, at paragraph 51; *Atlas Tube Canada ULC v. Canada (National Revenue)*, 2019 FCA 120, 2019 D.T.C. 5062, at paragraphs 4–5. Administrative decision makers, like courts, are limited to discerning the authentic meaning of legislation and applying that meaning faithfully—not ignoring or distorting that meaning to get a result in a particular case or to achieve whatever they imagine is best or right.

administratifs lorsqu'ils interprètent des dispositions légales, car c'est l'une des façons dont la Commission s'est égarée.

[39] Depuis un certain temps, notre Cour dit que les décideurs administratifs qui interprètent des dispositions légales doivent prendre en compte le texte, le contexte et l'objet des dispositions afin de parvenir au sens véritable des dispositions : voir *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44 [*Hillier*], aux paragraphes 18 à 33; *Sharif*, aux paragraphes 18 à 29; et *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376 [*Schmidt*], aux paragraphes 24 à 32, décisions qui suivent les arrêts de principe de la Cour suprême dans ce domaine, comme *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; et *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10. Notre Cour a également jugé que les décideurs administratifs doivent interpréter les dispositions légales d'une manière qui ne favorise pas un résultat précis et qu'ils doivent s'abstenir de viser une politique générale qui ne ressort pas de la législation en vigueur : voir *Hillier*, *Sharif* et *Schmidt*; voir également *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174 [*Williams*], aux paragraphes 41 à 52 et *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, aux paragraphes 77 à 80.

[40] La loi habilitante de certains décideurs administratifs leur confère la tâche d'établir ou d'appliquer des politiques, et certains d'entre eux ont une connaissance spécialisée. Cela peut faire qu'ils soient en mesure de discerner et d'appliquer la politique qui sous-tend véritablement une loi précise. Mais ce n'est pas à eux — ni aux tribunaux, d'ailleurs — de modifier la loi. En l'absence d'une délégation précise et appropriée du pouvoir de légiférer, l'établissement et la modification de la loi relèvent de ceux que nous élisons : voir *Williams*, au paragraphe 49; *Sharif*, au paragraphe 51; et *Atlas Tube Canada ULC c. Canada (Revenu national)*, 2019 CAF 120, aux paragraphes 4 et 5. Les décideurs administratifs, comme les tribunaux judiciaires, ne peuvent que discerner le sens véritable de la loi et l'appliquer fidèlement, sans négliger ce sens et sans le déformer pour obtenir un résultat dans une affaire précise ou pour atteindre ce qu'ils croient être préférable ou juste.



[41] *Vavilov* is now the most recent word on this from the Supreme Court. In effect, it reiterates and ratifies the foregoing principles set out by this Court without modification, emphasizing that legislative intent “can be understood only by reading the language chosen by the legislature in light of the purpose of the provision and the entire relevant context”: at paragraph 118.

[42] An administrative decision maker that pays mere lip service to text, context and purpose rather than conducting a genuine analysis may well have its legislative interpretation quashed. The same fate will befall an analysis that is expedient, result-oriented or skewed to advance a policy extraneous to the legislation. In *Vavilov*, the Supreme Court put it this way (at paragraphs 120–121):

... the merits of an administrative decision maker’s interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision. In this sense, the usual principles of statutory interpretation apply equally when an administrative decision maker interprets a provision. Where, for example, the words used are “precise and unequivocal”, their ordinary meaning will usually play a more significant role in the interpretive exercise: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10. Where the meaning of a statutory provision is disputed in administrative proceedings, the decision maker must demonstrate in its reasons that it was alive to these essential elements.

The administrative decision maker’s task is to interpret the contested provision in a manner consistent with the text, context and purpose, applying its particular insight into the statutory scheme at issue. It cannot adopt an interpretation it knows to be inferior — albeit plausible — merely because the interpretation in question appears to be available and is expedient. The decision maker’s responsibility is to discern meaning and legislative intent, not to “reverse-engineer” a desired outcome.

(For other recent decisions of the Supreme Court on the need for those interpreting legislation to avoid expedient, result-oriented approaches see *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, 433 D.L.R. (4th) 1 and *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539; and see also Mark Mancini, “The

[41] L’arrêt *Vavilov* est maintenant la plus récente intervention de la Cour suprême à cet égard. En bref, il confirme sans modification les principes susmentionnés énoncés par notre Cour, en soulignant qu’on peut saisir l’intention du législateur « uniquement à partir du texte de loi, de l’objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble » (au paragraphe 118).

[42] Si le décideur administratif ne fait que prétendre s’intéresser au texte, au contexte et à l’objet plutôt que de procéder à une véritable analyse, son interprétation légale pourrait être annulée. Le même sort sera réservé à une analyse rapide qui favorise un résultat précis ou vise une politique générale qui ne fait pas partie de la législation. Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a énoncé ce qui suit (aux paragraphes 120 et 121) :

[...] le fond de l’interprétation [d’une disposition législative] par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet. En ce sens, les principes habituels d’interprétation législative s’appliquent tout autant lorsqu’un décideur administratif interprète une disposition. Par exemple, lorsque le libellé d’une disposition est « précis et non équivoque », son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d’interprétation : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10. Lorsque le sens d’une disposition législative est contesté au cours d’une instance administrative, il incombe au décideur de démontrer dans ses motifs qu’il était conscient de ces éléments essentiels.

La tâche du décideur administratif est d’interpréter la disposition contestée d’une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l’objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause. Toutefois, le décideur administratif ne peut adopter une interprétation qu’il sait de moindre qualité — mais plausible — simplement parce que cette interprétation paraît possible et opportune. Il incombe au décideur de véritablement s’efforcer de discerner le sens de la disposition et l’intention du législateur, et non d’échafauder une interprétation à partir du résultat souhaité.

(D’autres décisions récentes de la Cour suprême sur le devoir d’éviter d’interpréter les lois de façon expéditive afin d’atteindre un résultat précis sont *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144 et *R. c. Rafilovic*, 2019 CSC 51, et voir également Mark Mancini, « The “Return” of “Textualism” at the

‘Return’ of ‘Textualism’ at the SCC[?]” (9 April 2019), online (blog): *Double Aspect* <<https://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>>).

[43] In *Vavilov* (at paragraph 124), the Supreme Court instructs us that reviewing courts conducting reasonableness review are “*not* to perform a *de novo* analysis or to determine the ‘correct’ interpretation of a disputed provision” [emphasis in original]; that would be insufficient deferential correctness review, not reasonableness review. Similarly, the reviewing court should not conduct its own analysis and then measure the administrative interpretation against it. That would be “disguised correctness”. See *Vavilov*, at paragraph 116; in this Court, see, e.g., *Delios*, at paragraph 28; *Heffe*, at paragraph 50; *Schmidt*, at paragraph 39; and *Hillier*, at paragraph 14.

[44] Not every failure to examine a pertinent aspect of text, context or purpose will result in unreasonableness. But if “it is clear that the administrative decision maker may well ... have arrived at a different result” had it considered “a key element of a statutory provision’s text, context or purpose”, its “failure to consider that element would be indefensible, and unreasonable in the circumstances”: *Vavilov*, at paragraph 122. Thus, there are cases where the administrative decision maker’s interpretation is impossible to sustain. Overall, the critical question is “whether the omitted aspect of the analysis causes the reviewing court to lose confidence in the outcome reached by the decision maker”: *Vavilov*, at paragraph 122.

[45] When engaging in reasonableness review, courts are entitled to insist that administrative decision makers explain their reasoning and justify their conclusions on issues of legislative interpretation: *Vavilov*, at paragraphs 109 and 116; see also *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269, at paragraph 29. Insistence on explanation and justification ensures that the administrative decision maker has “meaningfully grapple[d] with

SCC[?] » (9 avril 2019), en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>>).

[43] Dans l’arrêt *Vavilov*, au paragraphe 124, la Cour suprême nous enseigne que « la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne doit *pas* procéder à une analyse *de novo* ni déterminer l’interprétation “correcte” d’une disposition contestée » [caractères italiques dans l’original]. Une telle analyse ne serait pas un contrôle du caractère raisonnable et serait plutôt un contrôle selon la norme de la décision correcte ne faisant pas preuve de retenue suffisante. De même, la cour de révision ne doit pas procéder à sa propre analyse et comparer ensuite l’interprétation administrative à celle-ci. Il s’agirait d’un contrôle « déguisé selon la norme de la décision correcte ». Voir *Vavilov*, au paragraphe 116, et, à notre Cour, voir, p. ex., *Delios*, au paragraphe 28; *Heffe*, au paragraphe 50; *Schmidt*, au paragraphe 39; et *Hillier*, au paragraphe 14.

[44] Le défaut d’examiner un aspect pertinent du texte, du contexte ou de l’objet ne mènera pas nécessairement à une décision déraisonnable. Cependant, « s’il est manifeste que le décideur administratif aurait pu fort bien arriver à un résultat différent s’il avait pris en compte un élément clé du texte, du contexte ou de l’objet d’une disposition législative, le défaut de tenir compte de cet élément pourrait alors être indéfendable et déraisonnable dans les circonstances » : voir *Vavilov*, au paragraphe 122. Ainsi, il existe des cas où l’interprétation du décideur administratif est indéfendable. Dans l’ensemble, « il s’agit principalement de savoir si l’aspect omis de l’analyse amène la cour de révision à perdre confiance dans le résultat auquel est arrivé le décideur » (*Vavilov*, au paragraphe 122.).

[45] Lorsqu’ils procèdent au contrôle du caractère raisonnable, les tribunaux judiciaires sont en droit d’exiger que les décideurs administratifs expliquent leur raisonnement et justifient leurs conclusions sur les questions d’interprétation légale : voir *Vavilov*, aux paragraphes 109 et 116. Voir également *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, au paragraphe 29. Le fait d’exiger une explication et une justification assure que le décideur

key issues or central arguments raised by the parties” and “was actually alert and sensitive to the matter before it”: *Vavilov*, at paragraph 128; in this Court, pre-*Vavilov*, see *D’Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Yantzi v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 193, at paragraph 4 and *Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2018 FCA 136, 44 Admin. L.R. (6th) 71, at paragraphs 87–94. Where reasons read in light of the record “contain a fundamental gap or reveal that the decision is based on an unreasonable chain of analysis”, the court should not “ordinarily ... fashion its own reasons in order to buttress the administrative decision”: *Vavilov*, at paragraph 96.

[46] It is unnecessary to consider the standard of review in much more detail in this case. For the reasons set out below, the decision of the Board cannot stand.

[47] Even under the standard of review of reasonableness, the Board was heavily constrained in what it could acceptably do by:

- the text, context and purpose of subsection 2.4(1.1) and the accepted methodology for considering these elements (see *Vavilov*, at paragraphs 120–121 and pre-*Vavilov* authorities, above);
- case law decided in this area such as *Entertainment Software Association* and *Rogers Communications Inc.* concerning the meaning of a “communication to the public by telecommunication” (*Vavilov*, at paragraphs 111–112 and pre-*Vavilov* authorities, above);
- case law concerning the interrelationship between domestic law and international law and the general primacy of the former over the latter (*Vavilov*, at paragraphs 111–114 and pre-*Vavilov* authorities, above).

administratif se soit attaqué « de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties » et qu’il fût « effect vement attentif et sensible à la question qui lui était soumise » : voir *Vavilov*, au paragraphe 128, et, à notre Cour, avant l’arrêt *Vavilov*, voir *D’Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Yantzi c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 193, au paragraphe 4; et *Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2018 CAF 136, aux paragraphes 87 à 94. Lorsque, en tenant compte du dossier, les motifs « comportent une lacune fondamentale ou révèlent une analyse déraisonnable, il ne convient habituellement pas que la cour de révision élabore ses propres motifs pour appuyer la décision administrative » : voir *Vavilov*, au paragraphe 96.

[46] Il n’est pas nécessaire d’examiner en plus de détail la norme de contrôle en l’espèce. Pour les motifs énoncés ci-dessous, la décision de la Commission ne peut être fondée.

[47] Même selon la norme de contrôle de la décision raisonnable, la Commission était fortement limitée dans ce qu’elle pouvait faire de manière acceptable par ce qui suit :

- le texte, le contexte et l’objet du paragraphe 2.4(1.1) et la méthode acceptée pour examiner ces éléments (voir *Vavilov*, aux paragraphes 120 et 121, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée);
- la jurisprudence dans ce domaine, comme *Entertainment Software Association* et *Rogers Communications Inc.*, au sujet du sens de l’expression « communiquer au public, par télécommunication, une œuvre » (voir *Vavilov*, aux paragraphes 111 et 112, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée);
- la jurisprudence concernant les liens entre le droit national et le droit international et la primauté générale du premier sur le second (voir *Vavilov*, aux paragraphes 111 à 114, et la jurisprudence antérieure à *Vavilov*, précitée).

[48] In its interpretation of subsection 2.4(1.1), the Board offended these constraints and reached an unreasonable decision.

#### B. Analysis

[49] Nowhere did the Board explicitly say that it had a desired result in mind and that it was going to interpret subsection 2.4(1.1) in a manner to get that result. But looking at the reasons as a whole, whether it intended to do so or not, that is exactly what the Board did: it skewed its analysis in favour of one particular result.

[50] Two general features of unacceptability are evident in the Board's reasons:

- (1) *Unacceptable legislative interpretation.* The Board did set out the accepted method of interpreting legislation and the need to look at the text, context and purpose of legislation: at para. 95. But the analysis that follows leaves out important elements, particularly contextual elements such as the Supreme Court's decision in *Entertainment Software Association*. And, along the way, the Board made some leaps of reasoning that cannot be justified. These fundamental defects result in a fatal loss of confidence in the Board's interpretation of subsection 2.4(1.1).
- (2) *Misapprehension of the interrelationship between international law and domestic law.* One element of the legislative purpose and context behind subsection 2.4(1.1), indeed an important element, is Article 8 of the Treaty. But the Board went beyond seeing it as just an element: it developed its own robust view of Article 8, offering nothing in support, and forced subsection 2.4(1.1), a provision in domestic legislation, to fit its view, calling subsection 2.4(1.1) a "deeming provision". In so doing, the Board acted contrary to binding jurisprudence that limits the ways in which international law can influence the interpretation of domestic law.

[48] Lors de son interprétation du paragraphe 2.4(1.1), la Commission a enfreint ces contraintes et est parvenue à une décision déraisonnable.

#### B. Analyse

[49] La Commission ne dit jamais explicitement qu'elle avait un résultat souhaité à l'esprit et qu'elle allait interpréter le paragraphe 2.4(1.1) de manière à obtenir ce résultat. Cependant, en examinant les motifs dans leur ensemble, que ce soit délibéré ou non, c'est exactement ce que la Commission a fait : elle a biaisé son analyse en faveur d'un résultat précis.

[50] Deux indices généraux du caractère inacceptable ressortent des motifs de la Commission :

- 1) *Une interprétation légale inacceptable* — La Commission a exposé la méthode acceptée d'interprétation des lois et la nécessité d'examiner le texte, le contexte et l'objet de la loi, au paragraphe 95. Cependant, l'analyse qui suit omet des éléments importants, notamment des éléments contextuels comme l'arrêt de la Cour suprême *Entertainment Software Association*. Ainsi, en cours de route, la Commission a fait dans son raisonnement des sauts qui ne peuvent être justifiés. Ces défauts fondamentaux entraînent une perte de confiance fatale dans l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission.
- 2) *Une mauvaise compréhension des liens entre le droit international et le droit national* — Un élément de l'objet et du contexte du paragraphe 2.4(1.1), voire un élément important, est l'article 8 du Traité. Toutefois, la Commission ne s'est pas contentée de le considérer comme un simple élément : elle a développé sa propre vue d'ensemble de l'article 8, ne l'étayant aucunement, et a imposé au paragraphe 2.4(1.1), une disposition légale nationale, un sens qui correspondait à son point de vue, qualifiant le paragraphe 2.4(1.1) de « disposition déterminative ». Ce faisant, la Commission a contrevenu à la jurisprudence contraignante qui limite les façons dont le droit international peut influencer l'interprétation du droit national.

(1) *Unacceptable legislative interpretation*

[51] In the Board's view, the act of making a work available to the public is a "communication by telecommunication" that exists apart from any later act of transmission, such as by further communication in the form of a stream or reproduction in the form of a download. This means that two tariffs can be applied: one for the making available to the public and a later one for transmission over the Internet: at paragraph 16. Some of the parties focus their attack on this: memorandum of fact and law of Apple Inc. and Apple Canada Inc. at paragraphs 36 and 89–92; memorandum of fact and law of Pandora Media, Inc., at paragraphs 4, 5, 14 and 24–30.

[52] The Board provided no meaningful reasons to support the idea that subsection 2.4(1.1) operates in this way.

[53] It invoked the preamble to the *Copyright Modernization Act* (at paragraph 98) but in no way does the preamble support the Board's interpretation. The portion of the preamble invoked by the Board reads as follows:

Whereas the *Copyright Act* is an important marketplace framework law and cultural policy instrument that, through clear, predictable and fair rules, supports creativity and innovation and affects many sectors of the knowledge economy;

Whereas advancements in and convergence of the information and communications technologies that link communities around the world present opportunities and challenges that are global in scope for the creation and use of copyright works or other subject-matter;

Whereas in the current digital era copyright protection is enhanced when countries adopt coordinated approaches, based on internationally recognized norms;

Whereas those norms are reflected in the World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty, adopted in Geneva in 1996;

1) *Une interprétation légale inacceptable*

[51] De l'avis de la Commission, le fait de mettre une œuvre à la disposition du public est une « communication au public par télécommunication » qui existe indépendamment de toute transmission ultérieure, telle qu'une communication ultérieure sous la forme d'une diffusion ou un acte de reproduction sous la forme d'un téléchargement. Cela signifie que deux tarifs s'appliquent, un pour la mise à la disposition du public et un autre pour la transmission ultérieure sur Internet (au paragraphe 16). Certaines parties fondent leur contestation sur cela : voir le mémoire des faits et du droit de Apple Inc. et de Apple Canada Inc., aux paragraphes 36 et 89 à 92, et le mémoire des faits et du droit de Pandora Media Inc., aux paragraphes 4, 5, 14 et 24 à 30.

[52] La Commission n'a fourni aucun motif valable pour affirmer que le paragraphe 2.4(1.1) a cet effet

[53] Elle a invoqué le préambule de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (au paragraphe 98), mais en aucun cas le préambule n'étaye l'interprétation de la Commission. La partie du préambule invoquée par la Commission est la suivante :

Attendu :

que la *Loi sur le droit d'auteur* est une loi-cadre importante du marché et un instrument indispensable de la politique culturelle qui, au moyen de règles claires, prévisibles et équitables, favorise la créativité et l'innovation et touche de nombreux secteurs de l'économie du savoir;

que le développement et la convergence des technologies de l'information et des communications qui relient les collectivités du monde entier présentent des possibilités et des défis qui ont une portée mondiale pour la création et l'utilisation des œuvres ou autres objets du droit d'auteur protégés;

que la protection du droit d'auteur, à l'ère numérique actuelle, est renforcée lorsque les pays adoptent des approches coordonnées, fondées sur des normes reconnues à l'échelle internationale;

que ces normes sont incluses dans le Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le droit d'auteur et dans le Traité de l'Organisation



Whereas those norms are not wholly reflected in the *Copyright Act*;

The preamble is at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board. It also suggests that the *Copyright Modernization Act* is aimed at implementing certain norms in international law, but it is vague as to the extent to which it does so. It certainly does not encourage anyone to ignore the specific terms of the Act and just interpret and apply international law wholesale.

[54] Next, the Board looked to government statements surrounding the enactment of the *Copyright Modernization Act*. These are also at a level of generality that does not support the interpretation reached by the Board.

[55] First was the government's statement upon introduction of the legislation: at paragraph 101. It is devoid of any guidance on subsection 2.4(1.1) that would support the Board's interpretation:

The *Copyright Modernization Act* provides copyright industries with a clear framework in which to invest in creative content, reach new markets, engage in new business models and combat infringement in a digital environment. Copyright owners are often artists and creators. The *Copyright Modernization Act* promotes creativity, innovation and culture by introducing new rights and protections for artists and creators. It will help these people protect their work and ensure they are fairly compensated for their effort

[...]

The WIPO Copyright Treaty and the Performances and Phonograms Treaty, collectively known as the WIPO Internet treaties, establish new rights and protections for authors, performers and producers. Canada signed the treaties in 1997. The proposed Bill will implement the

mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, adoptés à Genève en 1996;

que ces normes ne se trouvent pas toutes dans la *Loi sur le droit d'auteur*.

Le préambule est énoncé de façon si générale qu'il n'étaye pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission. Le préambule laisse également penser que la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* vise à mettre en œuvre certaines normes du droit international, mais il est vague quant à la mesure dans laquelle la loi le fait. Il n'encourage certainement pas qu'on ne tienne pas compte du libellé précis de la *Loi sur le droit d'auteur* et qu'on ne fasse qu'interpréter et appliquer le droit international dans son intégralité.

[54] La Commission s'est ensuite penchée sur les déclarations du gouvernement lors de l'adoption de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*. Celles-ci sont également si générales qu'elles n'appuient pas l'interprétation à laquelle est parvenue la Commission.

[55] Il y a tout d'abord la déclaration du gouvernement lors de la présentation de la loi, au paragraphe 101. Elle ne dit rien à l'égard du paragraphe 2.4(1.1) qui pourrait étayer l'interprétation de la Commission :

Le projet de loi intitulé *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* donne aux secteurs reposant sur le droit d'auteur un cadre clair pour investir dans le contenu créatif, atteindre de nouveaux marchés, lancer de nouveaux modèles d'affaires et combattre la violation du droit d'auteur dans un environnement numérique. Les titulaires du droit d'auteur sont souvent des artistes et des créateurs. La nouvelle *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* favorise la créativité, l'innovation et la culture en introduisant de nouveaux droits et mesures de protection pour les artistes et les créateurs. Elle aidera ces gens à protéger leurs œuvres et veillera à ce qu'ils reçoivent une rémunération équitable pour leurs efforts

[...]

Le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, appelés collectivement *Traité Internet* de l'OMPI, établissent les nouveaux droits et mesures de protection des auteurs, interprètes et producteurs. Le

associated rights and protections to pave the way for a future decision on ratification. All copyright owners will now have a “making available right,” which is an exclusive right to control the release of copyrighted material on the Internet. This will further clarify that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright. [Footnote omitted.]

[56] Far from supporting the Board’s interpretation, that passage would seem to undercut it. It suggests that subsection 2.4(1.1) is a narrow, limited-purpose provision aimed at “clarify[ing] that the unauthorized sharing of copyrighted material over peer-to-peer networks constitutes an infringement of copyright”. But the Board did not address that obstacle in its journey to the result it reached. Instead, it proceeded to another government document, entitled “Balanced Copyright—Glossary”: at paragraph 102.

[57] That document said nothing to support the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1). It explained only that the “making available right” is an “exclusive right of copyright owners to authorize the communication of their work or other related subject-matter in a manner in which the time and place of receiving the communication can be individually chosen by members of the public (e.g., iTunes).”

[58] As far as context is concerned, the Board noted that the concept of “making available” appears elsewhere in the Act, and did not draw any significance from those other instances: at paragraph 106. Indeed, it conceded that “[t]hese provisions do not appear to shed light on the issue”: at paragraph 106.

[59] The Board then turned to the all-important decision of the Supreme Court in *Entertainment Software Association*, noting that “communication by telecommunication” was “fundamentally a performance right, and the term ‘communicate’ did not extend to reproduction-based activities”: at paragraph 109. It then proceeded to set aside *Entertainment Software Association*

Canada a signé ces traités en 1997. Le projet de loi permettra de mettre en œuvre les droits et mesures de protection connexes, afin qu’une future décision soit prise concernant la ratification de ces traités. Tous les titulaires du droit d’auteur auront désormais le « droit de mettre à disposition », à savoir le droit exclusif de contrôler l’affichage d’œuvres protégées par le droit d’auteur sur Internet. Ainsi, il sera plus facile de déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur. [Note en bas de page omise.]

[56] Plutôt qu’étayer l’interprétation de la Commission, ce passage semble l’infirmer. Il semble indiquer que le paragraphe 2.4(1.1) est une disposition étroite, à objet limité, visant à rendre plus facile de « déterminer si le partage non autorisé des œuvres protégées par le droit d’auteur sur les réseaux de pairs constitue ou non une violation du droit d’auteur ». Mais la Commission ne s’est pas arrêtée à cet obstacle dans son cheminement vers le résultat qu’elle a atteint. Au lieu de cela, elle est passée à un autre document gouvernemental, intitulé « Droit d’auteur équilibré — Glossaire », au paragraphe 102.

[57] Ce document ne dit rien qui étaye l’interprétation de la Commission du paragraphe 2.4(1.1). Il explique seulement que la « mise à disposition » constitue un « [d]roit exclusif pour les titulaires du droit d’auteur d’autoriser la communication au public de leur œuvre ou d’un autre objet protégé de façon à ce que le temps et l’endroit de la réception de la communication puissent être individuellement choisis par les membres du public (p. ex., iTunes) ».

[58] En ce qui concerne le contexte, la Commission a noté que l’expression « mise à la disposition » figure ailleurs dans la loi, et elle n’a pas tiré de conclusion de ce fait, au paragraphe 106. En fait, elle reconnaît que ces « dispositions ne semblent pas faire la lumière sur la question » (au paragraphe 106).

[59] La Commission s’est ensuite penchée sur l’importante décision de la Cour suprême *Entertainment Software Association*. La Cour suprême a affirmé que la « communication par télécommunication » était fondamentalement un droit d’exécution, et que le terme « communiquer » n’englobait pas des activités apparentées à la reproduction (au paragraphe 109). La Commission a

because it predated the Treaty: at paragraph 110. Indeed, from that point on, the Board no longer looked to anything else to do with the text, context or purpose of subsection 2.4(1.1). The Treaty became everything.

[60] And without offering any reasoning in support, the Board asserted its own very expansionist view of what the Treaty did (at paragraph 111):

... The new protection for the act of making a work available by telecommunication was intended to provide rights holders with a basis to hold liable those who make copyrighted works available to the public online even where no evidence of reproduction or actual communication to the public was present.

[61] To bolster its view of the word “communicate” in subsection 2.4(1.1), so that subsection 2.4(1.1) could fit its view of what the Treaty required, the Board looked (at paragraphs 113–114) to the dictionary definition of “communicate” and not the Supreme Court’s jurisprudence, particularly *Entertainment Software Association*. But those definitions, which spoke of the conveying of information, did not neatly fit with the wording of subsection 2.4(1.1). And the Supreme Court in *Entertainment Software Association* specifically rejected this sort of abstract use of dictionary definitions without consideration of the context: at paragraph 31.

[62] This did not stop the Board from reaching its preferred definition. In its view, subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision (at paragraph 115):

Since the making available of a work does not require any actual transmission to take place, the ordinary meaning of the phrase “communicate [...] to the public by telecommunication” cannot bear the meaning ascribed to it by subsection 2.4(1.1) of the Act. The provision therefore has the effect of a deeming clause

[63] The Board described a deeming clause as “a statutory fiction that imports into a word or expression an additional meaning that it would not otherwise have”:

ensuite écarté l’arrêt *Entertainment Software Association* parce qu’il est antérieur au Traité (au paragraphe 110). En fait, à partir de là, la Commission ne s’est plus intéressée au texte, au contexte ou à l’objet du paragraphe 2.4(1.1). Le Traité a pris toute la place.

[60] Sans offrir de raisonnement à l’appui, la Commission a exposé sa propre vision très expansionniste du Traité (au paragraphe 111) :

[...] La nouvelle protection concernant la mise à disposition d’une œuvre par télécommunication visait à fournir aux titulaires de droits des outils pour poursuivre ceux qui mettent des œuvres à la disposition du public en ligne, même sans preuve de reproduction ou de communication.

[61] Pour étayer son interprétation du verbe « communiquer » au paragraphe 2.4(1.1) afin que ce paragraphe corresponde à son point de vue sur les exigences du Traité, la Commission a examiné (aux paragraphes 113 et 114) la définition que donnent les dictionnaires du verbe « communiquer », et non la jurisprudence de la Cour suprême, plus précisément l’arrêt *Entertainment Software Association*. Cependant, ces définitions, où il est question de la transmission de renseignements, ne correspondent pas convenablement au libellé du paragraphe 2.4(1.1). Par ailleurs, la Cour suprême, dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, a expressément rejeté ce genre d’utilisation abstraite des définitions de dictionnaires sans tenir compte du contexte (au paragraphe 31).

[62] Cela n’a pas empêché la Commission de parvenir à la définition qu’elle préférait. À son avis, le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative (au paragraphe 115) :

Étant donné que la mise à disposition d’une œuvre ne requiert pas qu’une transmission ait lieu, le sens ordinaire de l’énoncé « communiquer au public, par télécommunication » ne saurait correspondre au sens que lui donne le paragraphe 2.4(1.1) de la Loi, lequel a donc l’effet d’une disposition déterminative.

[63] La Commission a expliqué qu’une disposition déterminative est « une fiction juridique qui donne à un mot ou à une expression un sens autre que celui qu’on leur



at paragraph 116. In effect, despite the plain meaning of the word “communicate”, the Board made subsection 2.4(1.1) fit its view of what the Treaty required.

[64] The proper methodology was to explain the meaning of “communication to the public by telecommunication” by examining the text, context and purpose of that phrase in a genuine and meaningful way. The Board abandoned that methodology and imposed a meaning derived from its own view of the Treaty, papering over the incongruence by calling subsection 2.4(1.1) a deeming provision.

[65] The Supreme Court’s decision in *Entertainment Software Association* warrants closer examination because on any rational analysis it speaks to the authentic meaning of subsection 2.4(1.1) and constrains the Board. In *Entertainment Software Association*, the Supreme Court considered whether the word “communicate” in paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* captured downloads of copyrighted works. The Supreme Court concluded that it did not.

[66] The Supreme Court came to that conclusion after a careful examination of the evolution of the ways in which a work could be performed, first in the theatrical sense before a live audience, then by radio communication to a remote audience, and then by communication to the public by telecommunication in cable television and ultimately, the Internet age. It was open to Parliament to depart from the Court’s construction of “communication to the public by telecommunication” but, as with departures from the principle of technological neutrality, clear legislative text would be required: *Entertainment Software Association*, at paragraph 9. The implication for the case at bar is obvious: only clear legislative text in subsection 2.4(1.1) could support the Board’s position. As discussed above, the general statements cited by the Board do not amount to Parliamentary license to ignore this constraint. But that is what the Board’s interpretation did: it broadened communication by telecommunication to include the preparatory steps (making available) for downloads.

reconnaît habituellement » (au paragraphe 116). Malgré le sens normal du mot « communiquer », la Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur les exigences du Traité.

[64] La méthode convenable était d’expliquer le sens de l’expression « communication au public par télécommunication » en examinant le texte, le contexte et l’objet de cette expression d’une manière réelle et utile. La Commission a abandonné cette méthode et a imposé un sens tiré de sa propre vision du Traité en cachant l’incohérence en qualifiant le paragraphe 2.4(1.1) de disposition déterminative.

[65] La décision de la Cour suprême *Entertainment Software Association* mérite un examen plus approfondi parce que, selon toute analyse rationnelle, elle renvoie au sens véritable du paragraphe 2.4(1.1) et limite la Commission. Dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, la Cour suprême a examiné si le mot « communiquer » à l’alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur* visait les téléchargements d’œuvres protégées par le droit d’auteur. La Cour suprême a conclu que ce n’était pas le cas.

[66] La Cour suprême est parvenue à cette conclusion après avoir examiné attentivement l’évolution des modes d’exécution d’une œuvre, d’abord en présence d’un auditoire sur place, puis par radiodiffusion à un auditoire éloigné, puis par communication au public par télécommunication grâce à la câblodistribution et, enfin, par Internet. Le législateur pouvait s’écarter de l’interprétation faite par la Cour suprême de l’expression « communication au public, par télécommunication », mais, à l’instar d’une dérogation au principe de la neutralité technologique, il faudrait un texte légal clair : voir *Entertainment Software Association*, au paragraphe 9. Les conséquences en l’espèce sont évidentes : il faudrait que le paragraphe 2.4(1.1) ait un libellé clair pour qu’il étaye la thèse de la Commission. Comme nous l’avons vu plus haut, les déclarations générales auxquelles renvoie la Commission ne signifient pas que le législateur l’ait autorisée à ne pas tenir compte de cette contrainte. C’est cependant ce qu’a fait l’interprétation de la Commission : elle a élargi le sens de la communication par télécommunication pour inclure les étapes préparatoires (la mise à la disposition) aux téléchargements.

[67] The Board’s interpretation also runs counter to constraints imposed by previous Supreme Court rulings. The Supreme Court has warned against duplicate layers of regulation and fees that would cause inefficient and needless costs. In *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain Inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paragraph 31, the Supreme Court ruled that the proper balance between copyright owners and users requires a consideration of regulatory efficiency. It added to this line of thinking in *Entertainment Software Association* when it found that the Act should be interpreted to avoid imposing “an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user”. To do otherwise is to “impose a gratuitous cost for the use of more efficient Internet-based technologies”: at paragraph 9 [emphasis in original].

[68] Overall, the Board’s interpretation of subsection 2.4(1.1) cannot be sustained on any acceptable basis.

(2) *Misapprehension of the interrelationship between international law and domestic law*

[69] The text of subsection 2.4(1.1) refers to “communication to the public by telecommunication”. Under the accepted method of legislative interpretation, this should have been the starting point. But rather than starting there, the Board went elsewhere.

[70] As noted above, the Board took Article 8 of the Treaty, interpreted it, and then made subsection 2.4(1.1) conform with that interpretation. It interpreted Article 8 of the Treaty as intending to provide protection for the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public: at paragraph 111. It assumed without analysis that subsection 2.4(1.1) implemented that particular meaning of Article 8: at paragraph 99. Therefore, subsection 2.4(1.1) protected the act of making a work available by telecommunication even where there was no transmission to the public, such as the posting of works to an internet server to be downloaded by end-users: at paragraph 117.

[67] L’interprétation de la Commission contrevient également aux contraintes imposées par les arrêts antérieurs de la Cour suprême. La Cour suprême a mis en garde contre la duplication des niveaux de règlements et de frais qui seraient source d’inefficacité et de coûts inutiles. Dans l’arrêt *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 31, la Cour suprême a conclu qu’un juste équilibre entre les titulaires de droits d’auteur et les utilisateurs exige qu’on tienne compte de l’efficacité réglementaire. Elle a ajouté à cette ligne de pensée dans l’arrêt *Entertainment Software Association* lorsqu’elle a estimé que la loi devait être interprétée « de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d’exigibilité d’une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l’œuvre à l’utilisateur ». Sinon, on « imposerait en fait un coût injustifié pour l’utilisation de technologies Internet plus efficaces » (au paragraphe 9 [italique dans l’original]).

[68] Dans l’ensemble, l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission ne repose sur aucun fondement acceptable.

2) *Une mauvaise compréhension des liens entre le droit international et le droit national*

[69] Les termes du paragraphe 2.4(1.1) sont : « communication au public par télécommunication ». Selon la méthode acceptée d’interprétation des lois, cela aurait dû être le point de départ. Mais plutôt que de partir de là, la Commission s’y est prise autrement.

[70] Comme il est indiqué ci-dessus, la Commission a pris l’article 8 du Traité, l’a interprété, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à cette interprétation. Elle a interprété l’article 8 du Traité comme visant à protéger la mise à la disposition d’une œuvre par télécommunication, même en l’absence de transmission au public (au paragraphe 111). Elle a supposé, sans analyse, que le paragraphe 2.4(1.1) mettait en œuvre ce sens précis de l’article 8 (au paragraphe 99). Par conséquent, le paragraphe 2.4(1.1) protégeait le fait de rendre une œuvre accessible par télécommunication même en l’absence de transmission au public, comme la mise d’œuvres sur un serveur Internet en vue de leur téléchargement par les utilisateurs (au paragraphe 117).

[71] As we have seen, the Board justified this result, without any supporting analysis, by asserting that subsection 2.4(1.1) acted as a deeming provision. In effect the Board made subsection 2.4(1.1) fit its view of the Treaty to the extent of making the *Copyright Act* mean something other than what it says. It is as if the Board considered the Treaty—in particular its view of what the Treaty means—to be the superior law that governs domestically in Canada and made the domestic statute passed by Parliament fit with that meaning

[72] The respondents defend this approach, urging that we apply the Supreme Court's decision in *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398 [*Balev*]. They submit that, for all practical purposes, *Balev* makes the Treaty binding in Canadian law. Thus, they submit, the Board's methodology—interpreting Article 8 of the Treaty and then assuming that subsection 2.4(1.1) implemented that interpretation wholesale—was sound.

[73] *Balev* says no such thing. In *Balev*, the Supreme Court considered provincial legislation that adopted and incorporated, explicitly, wholesale and without modification, the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* [The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35 (Convention)]. Thus, in that case, the statutory interpretation exercise required the Court to interpret the Convention itself. That is different from the case at bar where subsection 2.4(1.1) does not explicitly adopt or incorporate Article 8 of the Treaty wholesale and without modification

[74] Just because Canadian domestic legislation is enacted against the backdrop of a treaty that Canada has signed and just because the preamble to legislation, as here, suggests that it is aimed at implementing a treaty, it cannot be assumed that Parliament has adopted the treaty wholesale, no more and no less. Parliament, in fact, may have whittled down the provisions of the treaty or may have extended them. Indeed, it may have done something completely different

[71] Comme nous l'avons vu, la Commission a justifié ce résultat, sans aucune analyse à l'appui, en affirmant que le paragraphe 2.4(1.1) était une disposition déterminative. La Commission a fait en sorte que le paragraphe 2.4(1.1) corresponde à son point de vue sur le Traité au point de faire en sorte que la *Loi sur le droit d'auteur* signifie autre chose que ce qu'elle énonce. C'est comme si la Commission avait considéré le Traité — plus précisément son avis sur ce que signifie le Traité — comme étant le droit supérieur qui régit le droit national au Canada et comme si la Commission avait fait en sorte que la loi interne adoptée par le législateur corresponde à ce sens.

[72] Les défendeurs défendent cette approche et nous demandent d'appliquer la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398 [*Balev*]. Ils affirment que, dans les faits, l'arrêt *Balev* rend le Traité en cause dans cette affaire contraignant en droit canadien. Ainsi, selon eux, la méthode de la Commission, soit interpréter l'article 8 du Traité et supposer ensuite que le paragraphe 2.4(1.1) a mis en œuvre cette interprétation dans son intégralité, était bonne.

[73] Ce n'est pas ce que dit l'arrêt *Balev*. Dans cet arrêt, la Cour suprême a examiné la loi provinciale qui a adopté et intégré, explicitement, intégralement et sans modification, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* [La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35 (la Convention)]. Ainsi, dans cette affaire, la Cour suprême devait interpréter la Convention elle-même. Cela est différent de l'espèce, où le paragraphe 2.4(1.1) n'adopte ou n'intègre pas explicitement l'article 8 du Traité intégralement et sans modification

[74] Ce n'est pas parce que la législation nationale canadienne est adoptée alors que le Canada a signé un traité et que le préambule de la loi, comme ici, indique qu'elle vise à mettre en œuvre un traité qu'on peut supposer que le législateur a en fait adopté le traité intégralement. En fait, le législateur peut avoir restreint les dispositions du traité ou les avoir étendues. Il peut même avoir fait quelque chose complètement différent

[75] The Board’s decision and many of the submissions supporting it suffer from a misunderstanding of the relationship between Canadian domestic law and international law.

- (a) The proper interrelationship between international law and domestic law

[76] When developing a legal argument, some members of the legal academy, the Bar, administrative decision makers and the judiciary invoke international law—or sometimes just the vibe of it—because they see it as always relevant, persuasive and binding. Others see it as a make-weight, hoping to sway the impressionable with its grand provenance and sometimes broad acceptance. Still others see it as a supply of preferred values and ideological standards, handy ammunition to fire in support of a cause. In a courtroom ruled by doctrine, these are misuses of international law.

[77] Too often these days, we see these misuses. International law enters legal debates before courts and administrative decision-makers only in specific, defined ways that are consistent with settled doctrine and our constitutional framework: *Gitxaala Nation v. Canada*, 2015 FCA 73 [*Gitxaala Nation* (2015)].

[78] It is true that some treaties and conventions have been signed by many, some of them most significant. And it is true that prohibitive rules of customary international law do form part of our common law: see *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 [*Hape*], at paragraph 39; and *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183 [*Nevsun*]. But domestic law—such as a statute, regulation or order in council—that says something different always prevails. For this reason, when domestic law and international law both potentially bear upon a legal problem, one must always start by discerning the authentic meaning of the domestic law.

[79] Let us not forget why domestic law prevails. In the territory of Canada, the Constitution of Canada is supreme: *Constitution Act, 1982*, section 52. Under

[75] La décision de la Commission et de nombreuses observations à l’appui de celle-ci démontrent une mauvaise compréhension des liens entre le droit national canadien et le droit international.

- a) Les liens justes entre le droit international et le droit national

[76] Lorsqu’ils préparent un argument juridique, certains professeurs de droit, avocats, décideurs administratifs et juges invoquent le droit international — ou parfois simplement l’impression qu’il donne — parce qu’ils le considèrent comme toujours pertinent, convaincant et contraignant. D’autres le considèrent comme un argument supplémentaire et espèrent convaincre ceux qui se laissent facilement influencer par sa provenance prestigieuse et parfois par sa large acceptation. D’autres encore y voient une source de valeurs à privilégier et de normes idéologiques, des munitions pratiques à l’appui d’une cause. Devant une Cour régit par les règles de droit, il s’agit là d’un abus du droit international.

[77] Nous constatons ces abus trop souvent de nos jours. Le droit international n’entre dans les débats judiciaires et administratifs que de manière précise et conforme aux règles de droit établies et à notre cadre constitutionnel : voir *Nation Gitxaala c. Canada*, 2015 CAF 73 [*Nation Gitxaala* (2015)].

[78] Il est vrai que certains traités et conventions ont été signés par nombre de pays, dont certains très importants. Il est également vrai que les règles prohibitives du droit international coutumier font partie de notre common law : voir *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 [*Hape*], au paragraphe 39; et *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5 [*Nevsun*]. Mais le droit national — comme une loi, un règlement ou un décret — qui énonce autre chose prévaut toujours. C’est pourquoi lorsque le droit national et le droit international sont tous deux susceptibles d’être pertinents à un problème juridique, il faut toujours commencer par discerner le sens véritable du droit national.

[79] N’oublions pas pourquoi le droit national prévaut. Sur le territoire du Canada, la Constitution du Canada est la loi suprême : voir la *Loi constitutionnelle de 1982*,

that Constitution, elected representatives in the federal Parliament and the provincial legislatures have the exclusive right to make laws: sections 91–95 of the *Constitution Act, 1867*; *Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 FCA 63, [2020] 3 F.C.R. 231, at paragraph 31; *Williams*, at paragraph 49; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686, at paragraph 26. Under our Constitution, the power to make laws is not vested in anyone else and certainly not the unelected functionaries abroad who draft and settle upon international instruments. Unless legislative power has been properly delegated to the executive, even it does not have the power to make laws: *Williams*, at paragraph 49; *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583, at paragraphs 40–46. Aside from the exceptional power to make laws under the Crown prerogative, a power explicitly preserved by section 9 of the *Constitution Act, 1867*, we are subject only to legislation passed by those we elect and anyone exercising legislative powers validly delegated to them (see, e.g., *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117). To be sovereign and autonomous within our territory and to live in a democratic state is to be ruled by laws made by the people we elect.

[80] For this fundamental reason, international instruments cannot become Canadian law without domestic legislative action. Put another way, international instruments are not self-executing in Canadian domestic law. They must be incorporated into Canadian domestic law by legislation that adopts the international instrument in whole or in part or enacts standards borrowed from or related to that instrument: *Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141, (1977), 81 D.L.R. (3d) 609, at pages 171–172 S.C.R.; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 [Baker]; and many others. If Parliament decides not to adopt a particular international instrument, that instrument does not become binding domestic law: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, (1998), 166 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 137. Those who want it to be

article 52. Aux termes de la Constitution, les représentants élus au Parlement fédéral et aux législatures provinciales ont le pouvoir exclusif de faire des lois : voir les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Canada (Procureur général) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.*, 2020 CAF 63, [2020] 3 R.C.F. 231, au paragraphe 31; *Williams*, au paragraphe 49; et *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686, au paragraphe 26. En application de notre Constitution, personne d'autre n'a le pouvoir d'établir des lois, et certainement pas les fonctionnaires non élus à l'étranger qui rédigent et règlent les instruments internationaux. À moins que le législateur n'ait fait de délégation valable au pouvoir exécutif, même celui-ci n'a pas le pouvoir de faire des lois : *Williams*, au paragraphe 49; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61, aux paragraphes 40 à 46. Sauf pour le pouvoir exceptionnel de faire des lois en vertu de la prérogative de la Couronne, un pouvoir que prévoit explicitement l'article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous ne sommes soumis qu'aux lois adoptées par ceux que nous élisons et par ceux qui exercent des pouvoirs législatifs qui leur ont été valablement délégués : voir, p. ex., *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117. Être souverain et autonome sur notre territoire et vivre dans un État démocratique, c'est être régi par des lois adoptées par les personnes que nous élisons.

[80] Pour cette raison fondamentale, les instruments internationaux ne peuvent pas devenir des lois canadiennes sans un acte législatif national. Autrement dit, les instruments internationaux ne sont pas automatiquement exécutoires dans le droit national canadien. Ils doivent être intégrés au droit national canadien par une loi qui adopte l'instrument international en tout ou en partie ou qui établit des normes empruntées à l'instrument ou liées à celui-ci : voir *Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux pages 171 et 172; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et bien d'autres décisions. Si le législateur décide de ne pas adopter un instrument international précis, cet instrument ne devient pas une loi nationale contraignante : voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, au paragraphe 137.



binding law have only one recourse: they must persuade some politicians to make it so.

[81] Sometimes international instruments prompt legislation or influence its terms in whole or in part. Thus, international instruments can play an important role in legislative interpretation, legitimately entering into the analysis of the text, context and purpose of legislation. But this is no result-oriented free-for-all where anything goes: they enter the analysis, but only in specific ways for specific purposes

[82] Sometimes the text of a legislative provision explicitly adopts the international instrument wholesale. In such a case, there is no doubt and so the task of legislative interpretation boils down to interpreting the international instrument. *Balev* is that sort of case.

[83] Sometimes the text of a legislative provision is ambiguous but international law may have influence its purpose or context. In such a case, the relevant international instrument should be examined as part of the overall task of discerning the authentic meaning of the legislation. In this context, ambiguity means that the provision is “reasonably capable of more than one meaning”, has “two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute” or “the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning”: *Bell ExpressVu*, at paragraphs 29–30; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L.), at page 222; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, (1999), 171 D.L.R. (4th) 733, at paragraph 14; John Willis, “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at pages 4–5.

[84] Sometimes the text of a provision seems clear but there is international law surrounding the subject-matter of the provision. In such a case, one should still examine the international law to see whether there are latent ambiguities in the legislative text to be resolved and, if so, to use it alongside other elements of context and purpose

Ceux qui veulent qu’il soit une loi contraignante n’ont qu’un seul recours : ils doivent persuader certains politiciens de le faire.

[81] Parfois, les instruments internationaux mènent à une loi ou en influencent les termes en totalité ou en partie. Ainsi, les instruments internationaux peuvent jouer un rôle important dans l’interprétation des lois, en faisant légitimement partie de l’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi. Mais il ne s’agit pas d’une mée générale axée sur les résultats : ils entrent dans l’analyse, mais uniquement de manière précise et dans un but précis.

[82] Parfois, le texte d’une loi adopte explicitement l’instrument international intégralement. Dans un tel cas, il n’y a aucun doute, et la tâche d’interprétation se résume donc à l’interprétation de l’instrument international. Il en est ainsi dans l’arrêt *Balev*.

[83] Parfois, le texte d’une loi est ambigu, mais le droit international peut avoir influencé son objet ou son contexte. Dans un tel cas, il convient d’examiner l’instrument international pertinent lors de la détermination du sens véritable de la loi. Dans ce contexte, une ambiguïté signifie que la disposition est « raisonnablement susceptible de donner lieu à plus d’une interprétation », qu’elle a « deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s’harmonisent chacune également avec l’intention du législateur », ou que « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » : voir *Bell ExpressVu*, aux paragraphes 29 et 30; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182 (H.L. (Eng.)), à la page 222; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, au paragraphe 14; et John Willis, « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *Rev B. can.* 1, aux pages 4 et 5.

[84] Parfois, le texte d’une disposition semble clair, mais l’objet de la disposition est visé par le droit international. Dans un tel cas, il faut néanmoins examiner le droit international pour voir s’il existe des ambiguïtés latentes à résoudre dans le texte légal et, dans l’affirmative, l’utiliser avec les autres éléments du contexte

to resolve the latent ambiguity: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Baker; Canada v. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 F.C. 113, (1995), 184 N.R. 364 (C.A.); *Pembina County Water Resource District v. Manitoba (Government)*, 2017 FCA 92, 409 D.L.R. (4th) 719. This is nothing more than a particular application of the general rule that even where the legislative text is clear, the context and purpose of the legislation nevertheless must be examined in order to see whether there are latent ambiguities that must be resolved: *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at paragraph 10; see also *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2019 FCA 147, [2019] G.S.T.C. 36, at paragraph 27; and *Hillier*, at paragraph 24.

[85] If, after interpreting the domestic legislation in this way, the Court concludes that the legislation is clear and has no patent or latent ambiguities, the Court must give it its authentic meaning and apply it. This must be done even if it conflicts with international law: *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, at paragraph 35; *Hape*, at paragraph 54; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at paragraph 50; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297; *Gitxaala Nation (2015)*, at paragraph 16. Given our constitutional arrangements, international law cannot be used to displace or amend the authentic meaning of domestic legislation.

[86] The consideration of international law in legislative interpretation, like legislative interpretation itself, must be done in a neutral, non-results-oriented, non-tendentious way: *Williams*, at paragraphs 46 and 48; *Hillier*, at paragraph 26; *Sharif*, at paragraph 51.

[87] The foregoing principles apply to administrative decision makers as well as courts. Like courts, administrative decision-makers must interpret legislation by examining its text, context and purpose: *Vavilov*, at paragraphs 120–121. As discussed above, under that method, international law enters into the analysis only in certain ways.

et de l'objet pour résoudre l'ambiguïté latente : voir *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Baker; Canada c. Seaboard Lumber Sales Co.*, [1995] 3 C.F. 113 (C.A.); et *Pembina County Water Resource District c. Manitoba (Gouvernement)*, 2017 CAF 92. Il ne s'agit là que d'une application particulière de la règle générale qui veut que même lorsque le texte de la loi est clair, il faut néanmoins examiner le contexte et l'objet de la loi afin de voir s'il existe des ambiguïtés latentes à résoudre : voir *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48; et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, au paragraphe 10; et voir également *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147, au paragraphe 27; et *Hillier*, au paragraphe 24.

[85] Si, après avoir ainsi interprété la loi nationale, la Cour conclut que la loi est claire et ne présente aucune ambiguïté patente ou latente, la Cour doit lui donner son sens véritable et l'appliquer. Cela doit être fait même en cas de conflit avec le droit international : voir *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, au paragraphe 35; *Hape*, au paragraphe 54; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, au paragraphe 50; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700 et *Nation Gitxaala (2015)*, au paragraphe 16. En raison de notre régime constitutionnel, le droit international ne peut servir à écarter ou modifier le sens véritable de la loi nationale.

[86] La prise en compte du droit international dans l'interprétation légale, comme l'interprétation légale elle-même, doit être neutre, sans être axée sur le résultat et sans être tendancieuse : voir *Williams*, aux paragraphes 46 et 48; *Hillier*, au paragraphe 26; et *Sharif*, au paragraphe 51.

[87] Ces principes s'appliquent aux décideurs administratifs ainsi qu'aux tribunaux judiciaires. Comme les tribunaux judiciaires, les décideurs administratifs doivent interpréter les lois en examinant leur texte, leur contexte et leur objet : voir *Vavilov*, aux paragraphes 120 et 121. Comme nous l'avons vu plus haut, en utilisant

[88] But administrative decision makers, such as the Board, are different from courts in that they have no inherent or plenary jurisdiction. They have only the powers granted to them explicitly or implicitly by legislation and they must apply only the explicit and implicit standards contained in the legislation that binds them: *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 62 D.L.R. (4th) 577; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, at paragraph 16; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609. Those standards may incorporate international law or allow, even implicitly, international law to be taken into account. As well, unless modified by, inconsistent with or precluded by legislation, rules of customary international law form part of Canadian common law and can be considered by administrative decision-makers in the exercise of their discretion: *Vavilov*, at paragraph 114; *Baker*; *Hape*, at paragraph 39; *Nevsun*.

[89] In defence of the Board's decision, some of the respondents have urged upon us the presumption that domestic legislation conforms with international law. It is true that certain cases speak of a "presumption of conformity": see, e.g., *Vavilov*, at paragraph 182; *Hape*; *GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at paragraphs 39ff. *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176. But the word "presumption" can lead some dangerously off track

[90] Domestic legislation is presumed to conform with a relevant treaty, just as beneficial legislation is presumed to be ameliorative and all legislation should be given a large and liberal interpretation, but the focus, as always, must be on what the legislator actually did in its legislation: *Hillier*, at paragraphs 37–38. As always, that requires a rigorous, dispassionate and objective search for the authentic meaning of the legislation by analyzing its text, context and purpose.

cette méthode, le droit international n'entre dans l'analyse que de certaines manières précises.

[88] Cependant, les décideurs administratifs comme la Commission sont différents des tribunaux judiciaires puisqu'ils n'ont pas de compétence inhérente ou plénière. Ils ne disposent que des pouvoirs que la loi leur confère explicitement ou implicitement et ils ne doivent appliquer que les normes explicites et implicites prévues par la loi qui les lie : voir *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, au paragraphe 16; et *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394. Ces normes peuvent intégrer le droit international ou permettre, même implicitement, la prise en compte du droit international. De plus, les règles du droit international coutumier font partie de la common law canadienne, sauf si les lois canadiennes les modifient ou en interdisent l'application ou si les lois canadiennes sont incompatibles avec elles, et les décideurs administratifs peuvent tenir compte de ces règles dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire : voir *Vavilov*, au paragraphe 114; *Baker*; *Hape*, au paragraphe 39; et *Nevsun*.

[89] Pour défendre la décision de la Commission, certains des défendeurs ont fait valoir qu'il faut présumer que la législation nationale est conforme au droit international. Il est vrai qu'une certaine jurisprudence fait état d'une « présomption de conformité » : voir, p. ex., *Vavilov*, au paragraphe 182; *Hape*; *GreCon Dimter Inc. c. J. R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, au paragraphe 39 et suivants; et *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176. Mais le mot « présomption » peut induire dangereusement en erreur.

[90] Les lois nationales sont présumées conformes à un traité pertinent, tout comme les lois accordant des bénéfices sont présumées avoir un objet d'amélioration et comme les lois sont présumées s'interpréter de façon équitable et large, mais l'accent, comme toujours, doit être mis sur ce que le législateur a réellement fait dans la loi : voir *Hillier*, aux paragraphes 37 et 38. Comme toujours, cela exige une recherche rigoureuse, impartiale



et objective du sens véritable de la loi en analysant son texte, son contexte et son objet.

[91] Properly seen, the presumption requires the Court and administrative decision makers to take into account any relevant international law as part of the context surrounding the enactment of legislation, as explained above, unless the legislation is clear to the contrary: *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704. But the presumption does not permit those interpreting domestic legislation to leap to the conclusion, without analysis, that its authentic meaning is the same as some international law. Nor does it permit them to twist or amend the authentic meaning of domestic law to make it accord with international law. These would be steps too far: something forbidden under our constitutional arrangements and fundamental orderings.

[92] Seen in this way, the presence of international law is not an invitation for us to depart from the normal, accepted method of interpreting legislation; rather, in certain, defined circumstances, international law is appropriately considered as part of that method.

(b) What the Board did in this case

[93] In this case, in essence, the Board went to Article 8 of the Treaty, asserted its view of that article's meaning without any supporting reasoning, and then made subsection 2.4(1.1) conform to its view. This is not a legally acceptable methodology. This is a misuse of international law. The Board exalted international law over domestic law. In so doing, it violated the constraints imposed by binding case law and fundamental principle.

[94] Overall, for the foregoing reasons, there is no basis for the Board's interpretation of subsection 2.4(1.1). It cannot stand.

[91] En fait, la présomption exige que la Cour et les décideurs administratifs tiennent compte du droit international pertinent comme élément du contexte de l'adoption de la loi, comme il est expliqué ci-dessus, à moins que la loi n'indique clairement le contraire : voir *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704. Mais la présomption ne permet pas à ceux qui interprètent la loi nationale de conclure hâtivement, sans analyse, que son sens véritable est le même que celui d'un quelconque élément du droit international. Elle ne leur permet pas non plus de déformer ou de modifier le sens véritable de la loi nationale pour la rendre conforme au droit international. Ce serait aller trop loin; notre régime constitutionnel et nos dispositions fondamentales l'interdisent.

[92] Vu de cette façon, la présence du droit international ne nous invite pas à nous écarter de la méthode normale et acceptée d'interprétation des lois; plutôt, dans certaines circonstances bien définies, le droit international est considéré à juste titre comme faisant partie de cette méthode.

b) La démarche de la Commission en l'espèce

[93] En l'espèce, en fait, la Commission s'est penchée sur l'article 8 du Traité, a fait valoir son point de vue sur le sens de cet article sans aucune justification, puis a rendu le paragraphe 2.4(1.1) conforme à son point de vue. Ce n'est pas une méthode juridique acceptable. Il s'agit d'un mauvais usage du droit international. La Commission a accordé un statut supérieur au droit international par rapport au droit national. Ce faisant, elle a contrevenu aux règles imposées par la jurisprudence contraignante et les principes fondamentaux.

[94] Dans l'ensemble, pour les motifs qui précèdent, l'interprétation du paragraphe 2.4(1.1) par la Commission n'est pas fondée. Elle ne peut pas être confirmée

(3) *Where does this leave subsection 2.4(1.1)?*

[95] While the applicants and the respondents supporting them have argued that the Board's decision is wrong and have sought declarations to that effect, they have not put forward a comprehensive view of the authentic meaning of subsection 2.4(1.1). For that reason, this Court should not attempt to offer comprehensive guidance.

[96] On the submissions made, this much can be said. Subsection 2.4(1.1) does not create a new exclusive right. The Board used a "deeming provision" to create a right which, simultaneously, was and was not part of the communication right. When the deeming provision is set aside, all that is left is what the Board itself described (at paragraph 117) as a "preparatory act". This is consistent with Parliament's use of the word "includes" in subsection 2.4(1.1). It would be contrary to the policy of the Act to establish a tariff on a preparatory step as this would constitute disaggregating rights for the purpose of adding an additional layer of royalties: *C.B.C.*, at paragraph 63; *Entertainment Software Association*, at paragraph 9.

[97] If there is no new exclusive right, there is no basis for the Board's conclusion that a stream does not merge with the making-available which preceded it so as to justify payment of two separate fees. Since there is only one right at stake, the only issue is whether the right has been triggered, and the only fees payable are those payable for the exercise of the right.

(4) *Remedy*

[98] After a reviewing court has determined that a statutory interpretation reached by the administrative decision maker cannot be sustained, the reviewing court must consider the issue of remedy.

[99] The usual remedy is to quash the administrative decision and send it back for re-decision because the legislature has made the administrator, not

3) *Qu'en est-il alors du paragraphe 2.4(1.1)?*

[95] Bien que les demanderesse, et les défendeurs qui les soutiennent, aient fait valoir que la décision de la Commission est erronée et qu'ils aient demandé des déclarations à cet égard, ils n'ont pas présenté de vision d'ensemble du sens véritable du paragraphe 2.4(1.1). C'est pourquoi notre Cour ne devrait pas tenter de fournir une orientation complète.

[96] On peut dire ce qui suit en tenant compte des observations présentées. Le paragraphe 2.4(1.1) ne crée pas un nouveau droit exclusif. La Commission a utilisé une « disposition déterminative » pour créer un droit qui, simultanément, faisait et ne faisait pas partie du droit de communication. Lorsque la disposition déterminative est mise de côté, il ne reste plus que ce que la Commission elle-même a décrit (au paragraphe 117) comme un « acte préparatoire ». Ceci est conforme à l'utilisation par le législateur des mots « constitue notamment » au paragraphe 2.4(1.1). Il serait contraire au régime de la loi d'établir un tarif pour un acte préparatoire, car cela serait une division des droits dans le but d'ajouter une couche supplémentaire de redevances : voir *Radio-Canada*, au paragraphe 63; et *Entertainment Software Association*, au paragraphe 9.

[97] S'il n'y a pas de nouveau droit exclusif, rien ne permet à la Commission de conclure qu'une diffusion ne fait pas partie de la mise à la disposition qui l'a précédée, de sorte qu'il convient d'exiger deux redevances distinctes. Comme il n'y a qu'un seul droit en jeu, la seule question est de savoir si le droit a été déclenché, et les seules redevances à payer sont celles exigibles pour l'exercice du droit.

4) *Les mesures de redressement*

[98] Après qu'une cour de révision a jugé que l'interprétation de la loi par le décideur administratif ne peut être maintenue, elle doit examiner la question des mesures de redressement.

[99] Le redressement habituel est d'annuler la décision administrative et de la renvoyer pour nouvelle décision parce que le législateur a fait du décideur administratif,

the reviewing court, the merits-decider: *Vavilov*, at paragraphs 140–141. But that is not always the case. Remedies are discretionary: *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1 (the discretion to grant or not grant remedies in procedural cases); *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6 (the discretion to grant or not grant remedies for substantive defects).

[100] On occasion, the usual remedy has not been granted because no purpose would be served by sending the matter back to the administrative decision maker for re-decision: see, e.g., *Renaud v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, (1999), 184 D.L.R. (4th) 441; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710, [2012] 1 F.C.R. D-2; *Robbins v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 24; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *Sharif*, at paragraphs 53–54. This discretion must be carefully exercised bearing in mind that the administrative decision maker, not the reviewing court, is the merits-decider: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, (1991), 78 D.L.R. (4th) 175, at page 361 S.C.R.; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297, at paragraphs 16–19.

[101] The Supreme Court has now reaffirmed the validity of the remedial jurisprudence mentioned above: *Vavilov*, at paragraphs 139–142.

[102] In this case, it is clear that no purpose would be served by sending the matter back to the administrator for re-decision. In its related decision dated August 25, 2017 (CB-CDA 2017-086), the Board found that insufficient evidence had been adduced for it to reach a conclusion about what the tariff should be in this case for the “making available” activity. This Court has now upheld the related decision: 2020 FCA 101. Sending subsection 2.4(1.1) back to the Board for reinterpretation would

et non de la cour qui effectue le contrôle, le décideur du fond : voir *Vavilov*, aux paragraphes 140 et 141. Cependant, ce n’est pas toujours le cas. Les mesures de redressement sont discrétionnaires : voir *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202 (qui porte sur le pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non des mesures de redressement dans les affaires procédurales), et *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6 (qui porte sur le pouvoir discrétionnaire d’accorder ou non des mesures de redressement pour des vices de fond).

[100] Parfois, la Cour n’accorde pas le redressement habituel parce qu’il ne servirait à rien de renvoyer l’affaire au décideur administratif pour une nouvelle décision : voir, p. ex., *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299, [2012] 1 R.C.F. F-3; *Robbins c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 24; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2017 CAF 45; et *Sharif*, aux paragraphes 53 et 54. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec soin, en gardant à l’esprit que c’est le décideur administratif, et non le tribunal qui effectue le contrôle, qui est le décideur du fond : voir *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, à la page 361; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, aux paragraphes 16 à 19.

[101] La Cour suprême a depuis confirmé la validité de la jurisprudence sur les réparations susmentionnée : voir *Vavilov*, aux paragraphes 139 à 142.

[102] En l’espèce, il est clair qu’il ne servirait à rien de renvoyer l’affaire au décideur administratif pour une nouvelle décision. Dans sa décision connexe du 25 août 2017 (CB-CDA 2017-086), la Commission a estimé que les éléments de preuve présentés étaient insuffisants pour lui permettre de tirer une conclusion sur ce que devrait être le tarif dans ce cas pour le fait de « mettre à la disposition ». Notre Cour a maintenant confirmé la décision connexe : 2020 CAF 101. Renvoyer

not change the result on the merits—no tariff would be set for the “making-available” activity.

[103] The applicants request declarations as to the proper interpretation of subsection 2.4(1.1). They do not offer any reasons in support of their request. So we do not know why they desire declarations here.

[104] In the experience of this Court, many parties seek declarations only to highlight their remedy, somehow transforming it, so-to-speak, from a remedy typed in lower case to a remedy typed in upper-case. But that is not the role of declarations: they are not the equivalent of the caps-lock key on a keyboard, to be pushed whenever one wishes to shout out one’s point.

[105] Declarations, potentially available under paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, are extraordinary remedies, granted only when necessary and of practical utility: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332. They are available to condemn, in a way that binds all, specific public acts, decisions or legislative provisions as being contrary to law. They are also available to delineate, in a concrete way that binds all, the legal rights, the legal state of affairs or the legal status of parties before the Court when the delineation will have some practical use: William Wade & Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11th ed. (New York: Oxford University Press, 2014), at pages 483–491. The key concept underlying the availability of declarations is practical utility: *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99.

[106] Turning to this case, declarations are not awarded just to take reasons for judgment setting aside an improper interpretation of a legislative provision—which are already binding on other parties, the Board and courts—and boost them to a different level for no practical reason. When reasons for judgment suffice, the added remedy of a declaration is of no practical use and will

le paragraphe 2.4(1.1) à la Commission pour nouvelle interprétation ne changerait pas le résultat sur le fond; aucun tarif ne serait fixé pour le fait de « mettre à la disposition ».

[103] Les demanderesse sollicitent des déclarations quant à l’interprétation juste du paragraphe 2.4(1.1). Elles ne donnent aucun motif à l’appui de leur demande. Nous ne savons donc pas pourquoi elles souhaitent des déclarations en l’espèce.

[104] Selon l’expérience de la Cour, de nombreuses parties ne demandent des déclarations que pour mettre en évidence leur redressement, pour le transformer, pour ainsi dire, de redressement en minuscules en redressement en majuscules. Cependant, ce n’est pas le rôle des déclarations; elles ne sont pas comme la touche « Verr. Maj. » sur un clavier, qu’on taperait pour crier.

[105] Les déclarations, qu’on peut accorder en application de l’alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, constituent des recours extraordinaires qu’on n’accorde uniquement lorsque cela est nécessaire et utile : voir *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332. On peut y avoir recours pour dénoncer, de manière contraignante pour tous, des actes publics, des décisions ou des dispositions légales précises qui sont contraires à la loi. On peut également y avoir recours pour délimiter, de manière concrète et contraignante pour tous, les droits ou la situation juridique des parties devant la Cour lorsque la délimitation aura une certaine utilité pratique : voir William Wade et Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 11<sup>e</sup> éd., New York : Oxford University Press, 2014, aux pages 483 à 491. Le concept clé qui sous-tend l’accessibilité aux déclarations est l’utilité pratique : voir *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99.

[106] En l’espèce, on ne prononce pas de déclaration uniquement pour donner aux motifs d’un jugement annulant une interprétation incorrecte d’une disposition légale — qui lie déjà les autres parties, la Commission et les cours — un éclat supplémentaire sans raison pratique. Lorsque les motifs du jugement suffisent le redressement supplémentaire qu’est une déclaration n’est d’aucune

not be granted: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 158; *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 23, at paragraph 7.

[107] Further, in this case, a declaration as to the definitive, comprehensive meaning and use of subsection 2.4(1.1) is not possible. We have not received full argument on this. As well, it would have no practical bearing on the outcome of the case: on the state of the evidence before it on the “making-available” activity in this case, the Board has decided not to approve a tariff

[108] In this case, the appropriate remedy is to quash the decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1), grant the applicants their costs, and no more.

#### C. Proposed disposition

[109] For the foregoing reasons, I would quash the decision of the Board concerning the interpretation of subsection 2.4(1.1) of the *Copyright Act*, with costs to the applicants at the midpoint of column III of Tariff B

Pelletier J.A. : I agree.

Near J.A. : I agree

utilité pratique et ne sera pas accordé : voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 158 et *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 23, au paragraphe 7.

[107] En outre, en l’espèce, il n’est pas possible de prononcer de déclaration quant au sens et à l’effet définitifs et complets du paragraphe 2.4(1.1). Nous n’avons pas eu d’argumentation complète à ce sujet. En outre, cela n’aurait aucune incidence pratique sur le résultat de l’instance : compte tenu des éléments de preuve dont elle disposait à l’égard du fait de « mettre à la disposition » en l’espèce, la Commission a décidé de ne pas approuver de tarif.

[108] En l’espèce, la mesure de redressement appropriée est d’annuler la décision de la Commission concernant l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) avec dépens aux demandereses, et rien de plus.

#### C. Dispositif proposé

[109] Pour les motifs qui précèdent, j’annulerais la décision de la Commission sur l’interprétation du paragraphe 2.4(1.1) de la *Loi sur le droit d’auteur* avec dépens aux demandereses calculés selon le milieu de la colonne III du tarif B.

Le juge Pelletier, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

Le juge Nea r, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

# TAB 8

**Jeffrey G. Ewert** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada (the Commissioner of the Correctional Service of Canada, the Warden of Kent Institution and the Warden of Mission Institution)** *Respondent*

and

**Native Women’s Association of Canada, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Mental Health Legal Committee, West Coast Prison Justice Society, Prisoners’ Legal Services, Canadian Human Rights Commission, Aboriginal Legal Services, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), British Columbia Civil Liberties Association and Union of British Columbia Indian Chiefs** *Interveners*

**INDEXED AS: EWERT v. CANADA**

**2018 SCC 30**

File No.: 37233.

2017: October 12; 2018: June 13.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Prisons — Inmates — Indigenous offenders — Accuracy of information about offenders — Federal correctional authorities relying on psychological and actuarial assessment tools to make decisions regarding inmates in their custody — Métis inmate challenging reliance on these tools on ground that their validity when applied to Indigenous offenders has not been established through empirical research — Whether correctional authorities breached their statutory obligation to ensure that information about offenders is accurate by using these tools in respect of Indigenous offenders — If so, whether it*

**Jeffrey G. Ewert** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada (le commissaire du Service correctionnel du Canada, le directeur de l’Établissement Kent et le directeur de l’Établissement de Mission)** *Intimée*

et

**Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, Mental Health Legal Committee, West Coast Prison Justice Society, Prisoners’ Legal Services, Commission canadienne des droits de la personne, Aboriginal Legal Services, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), British Columbia Civil Liberties Association et Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : EWERT c. CANADA**

**2018 CSC 30**

N° du greffe : 37233.

2017 : 12 octobre; 2018 : 13 juin.

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 FÉDÉRALE**

*Droit carcéral — Détenus — Délinquants autochtones — Exactitude des renseignements concernant les délinquants — Recours par les autorités correctionnelles fédérales à des outils d’évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à l’égard des détenus dont elles ont la garde — Détenu métis contestant le recours à ces outils au motif que leur validité à l’endroit des délinquants autochtones n’a pas été établie par des recherches empiriques — Les autorités correctionnelles ont-elles manqué à leur obligation légale de veiller à l’exactitude des renseignements concernant les délinquants en utilisant ces*



*is appropriate to issue declaration that obligation was breached — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 24(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Principles of fundamental justice — Right to equality — Whether use of psychological and actuarial assessment tools to make decisions about Indigenous offender breached his rights to liberty, security of the person and equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.*

E, who identifies as Métis, is currently serving two concurrent life sentences. He has spent over 30 years in federal custody, in medium and maximum security settings. E challenged the use of five psychological and actuarial risk assessment tools used by the Correctional Service of Canada (“CSC”) to assess an offender’s psychopathy and risk of recidivism, on the basis that they were developed and tested on predominantly non-Indigenous populations and that no research confirmed that they were valid when applied to Indigenous persons. He claimed, therefore, that reliance on these tools in respect of Indigenous offenders breached s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act* (“CCRA”), which requires the CSC to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible”, as well as ss. 7 and 15 of the *Charter*. The trial judge agreed that, by relying on these tools despite long-standing concerns about their application to Indigenous offenders, the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the CCRA and infringed E’s rights under s. 7 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal overturned both of these findings.

*Held* (Côté and Rowe JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The CSC breached its obligation set out in s. 24(1) of the CCRA.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: In continuing to rely on the impugned tools without ensuring that they are valid when applied to Indigenous offenders, the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the CCRA to take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate as possible. However, the CSC’s reliance on the results generated by the impugned tools

*outils à l’endroit des délinquants autochtones? — Dans l’affirmative, est-il indiqué de rendre un jugement déclaratoire portant qu’il y a eu manquement à cette obligation? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 24(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Principes de justice fondamentale — Droit à l’égalité — L’utilisation d’outils d’évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à propos d’un délinquant autochtone a-t-elle porté atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité de sa personne et à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.*

E, qui affirme être Métis, purge actuellement deux peines concurrentes d’emprisonnement à perpétuité. Il a passé plus de 30 ans dans des établissements correctionnels fédéraux à sécurité maximale et à sécurité moyenne. E a contesté le recours par le Service correctionnel du Canada (« SCC ») à cinq outils d’évaluation psychologique et actuarielle du risque pour évaluer la psychopathie d’un délinquant et le risque de récidive qu’il présente au motif qu’ils avaient été élaborés et mis à l’épreuve à l’endroit d’une population principalement non autochtone, et qu’aucune recherche ne confirmait qu’ils étaient valides dans le cas des Autochtones. Il a donc soutenu que le recours à ces outils à l’égard de délinquants autochtones enfreignait le par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (« LSCMLC »), qui oblige le SCC à « veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets », de même que les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le juge du procès a convenu qu’en s’appuyant sur ces outils malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps au sujet de leur utilisation à l’égard de délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la LSCMLC et avait porté atteinte aux droits que garantit à E l’art. 7 de la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a infirmé ces deux conclusions.

*Arrêt* (les juges Côté et Rowe sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la LSCMLC.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : En continuant de se fier aux outils contestés sans s’assurer de leur validité à l’endroit des délinquants autochtones, le SCC a manqué à l’obligation qui lui incombait suivant le par. 24(1) de la LSCMLC de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient exacts. Cependant, l’utilisation



does not constitute an infringement of E's rights under s. 7 or s. 15 of the *Charter*.

The inquiry into whether the CSC met its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* gives rise to two main questions. The first is whether results generated by the impugned tools are a type of information to which s. 24(1) applies. Reading the words of s. 24(1) in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and objects of the *CCRA*, the obligation in s. 24(1) applies to results generated by the impugned tools. In the ordinary sense of the words in s. 24(1), the knowledge derived from the impugned tools by the CSC is information about an offender.

This interpretation is supported by the relevant statutory context. Sections 23 through 27 of the *CCRA* deal with different aspects of the CSC's collection, use and dissemination of different types of information. When they are read together, it is clear that where Parliament intended a particular provision to apply to only certain types of information, it enumerated them or otherwise qualified the scope of the information. This reinforces the conclusion that the obligation in s. 24(1), which applies to any information, was intended to have broad application. The context of these other provisions also confirms that the broad scope of s. 24(1) is not limited by the narrower scope of s. 24(2). Furthermore, the legislative scheme within which the CSC operates and the CSC's practice based on the scheme contemplate that the CSC will use the results generated by the tools in making important decisions about offenders, and CSC policy requires its use in certain circumstances. This favours applying the obligation in s. 24(1) to this information.

In addition, the statutory purpose of the correctional system supports this interpretation. Accurate information about an offender's psychological needs and the risk he or she poses is crucial to achieving the system's purpose of contributing to the maintenance of a just, peaceful and safe society by carrying out sentences through safe and humane custody of inmates and assisting in their rehabilitation and reintegration into the community. Interpreting s. 24(1) as applying to a broad range of information is also consistent with the paramount consideration for the CSC: the protection of society may be undermined if inaccurate tests are applied and risk is underestimated. The nature of

par le SCC des résultats produits par les outils contestés ne constitue pas une atteinte aux droits garantis à E par les art. 7 ou 15 de la *Charte*.

L'analyse visant à déterminer si le SCC a respecté son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* soulève deux questions principales. D'abord, les résultats produits par les outils contestés sont-ils des renseignements du type de ceux auxquels s'applique le par. 24(1)? Si on lit les termes du par. 24(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la *LSCMLC*, l'obligation prévue au par. 24(1) s'applique aux résultats générés par les outils contestés. Selon le sens ordinaire des mots du par. 24(1), les connaissances que le SCC tire des outils contestés sont des « renseignements » concernant un délinquant.

Cette interprétation est étayée par le contexte législatif pertinent. Les articles 23 à 27 de la *LSCMLC* portent sur différents aspects de la collecte, de l'utilisation et de la diffusion de divers types de renseignements par le SCC. Lorsqu'on lit ensemble les art. 23 à 27, on voit clairement que, lorsque le législateur a voulu qu'une disposition s'applique seulement à certains renseignements, il les a énumérés ou a autrement restreint la portée des renseignements en question. Cela renforce la conclusion selon laquelle il entendait que l'obligation prévue au par. 24(1) — qui s'applique aux renseignements (*any information*) — soit d'application large. Le contexte de ces autres dispositions confirme lui aussi que la portée générale du par. 24(1) n'est pas restreinte par la portée plus restrictive du par. 24(2). De plus, le régime législatif dans le cadre duquel œuvre le SCC et la pratique appliquée par le SCC sur son fondement envisagent que le SCC utilisera les résultats produits par les outils contestés pour prendre des décisions importantes concernant les délinquants et la politique du SCC exige le recours à ces renseignements dans certaines circonstances. Cela joue en faveur de leur assujettissement à l'obligation prévue au par. 24(1).

En outre, l'objectif de la loi relatif au système correctionnel appuie cette interprétation. Les renseignements exacts sur les besoins psychologiques d'un délinquant et le risque qu'il présente sont cruciaux pour atteindre l'objet du système de contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant à la réadaptation des détenus et à leur réinsertion sociale. Interpréter le par. 24(1) comme s'appliquant à un vaste éventail de renseignements s'accorde également avec le critère prépondérant appliqué par le SCC : la protection

the information derived from the impugned tools provides further support for this interpretation: these tools are considered useful because the information from them can be scientifically validated; therefore, it should be accurate. As a result, the CSC's statutory obligation at s. 24(1) applies to results generated by the impugned assessment tools.

The second question to be addressed is whether the CSC breached its obligation, and more specifically, whether it failed to take all reasonable steps to ensure that the impugned tools produce accurate information when applied to Indigenous persons. Section 24(1) requires that the CSC take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about an offender that it uses, not all possible steps. What constitutes all reasonable steps will vary with the context. In this case, the trial judge's conclusion that the CSC failed to take the reasonable steps required is amply supported by the record. The CSC had long been aware of concerns regarding the possibility of these tools exhibiting cultural bias yet took no action to confirm their validity and continued to use them in respect of Indigenous offenders, despite the fact that research would have been feasible. In doing so, the CSC did not meet the legislated standard set out in s. 24(1). This conclusion is supported by the interpretation and application of the guiding principle set out in s. 4(g) of the *CCRA*. This principle requires that correctional policies, programs and practices must respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and must be responsive to the special needs of equity-seeking groups, and in particular Indigenous persons. Section 4(g) represents an acknowledgement of the systemic discrimination faced by Indigenous persons in the Canadian correctional system. It is evident from the grammatical and ordinary sense of the words of s. 4(g) and the legislative history of the *CCRA* that s. 4(g) should be understood as a direction from Parliament to the CSC to advance substantive equality in correctional outcomes for Indigenous offenders. It is critical that the CSC give this direction meaningful effect. In the context of the present case, this means, at a minimum, addressing the long-standing, and credible, concern that continuing to use the impugned tools in evaluating Indigenous inmates perpetuates discrimination and disparity in correctional outcomes between Indigenous and non-Indigenous offenders. The CSC must ensure that its policies and programs are appropriate for Indigenous offenders and responsive to their needs and circumstances. For the correctional system to operate fairly and effectively, the assumption that all

de la société peut être compromise si des résultats de test inexacts sont utilisés, et les risques, sous-estimés. La nature des renseignements tirés des outils contestés renforce encore plus cette interprétation : les outils en question sont jugés utiles parce que les renseignements qu'ils produisent peuvent être scientifiquement validés; ces renseignements devraient donc être exacts. En conséquence, l'obligation qu'impose le par. 24(1) au SCC s'applique aux résultats générés par les outils d'évaluation contestés.

La seconde question à trancher est de savoir si le SCC a manqué à son obligation et, plus précisément, s'il a omis de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les outils contestés produisent des renseignements exacts lorsqu'ils sont utilisés à l'égard d'Autochtones. Le paragraphe 24(1) exige que le SCC veille, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient exacts, et non qu'il prenne toutes les mesures possibles. Ce en quoi consiste la mesure du possible varie selon le contexte. En l'espèce, le dossier étaye amplement la conclusion du juge du procès selon laquelle le SCC n'a pas pris les mesures raisonnables qui s'imposaient. Le SCC savait depuis longtemps qu'on se préoccupait de la possibilité que ces outils soient empreints d'un préjugé culturel, mais il n'a rien fait pour confirmer leur validité et a continué à les utiliser à l'égard des délinquants autochtones, et ce, même si des recherches auraient pu être menées. En agissant ainsi, le SCC n'a pas respecté l'obligation légale énoncée au par. 24(1). Cette conclusion est étayée par l'interprétation et l'application du principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC*. Ce principe exige que les directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux groupes en quête d'équité, et en particulier de ceux des Autochtones. Le législateur reconnaît à l'al. 4g) la discrimination systémique vécue par les Autochtones au sein du système correctionnel canadien. Il ressort du sens grammatical et ordinaire des mots de l'al. 4g) et de l'historique législatif de la *LSCMLC* que cet alinéa doit être considéré comme une directive du législateur au SCC de progresser vers l'égalité réelle des résultats correctionnels en ce qui concerne les délinquants autochtones. Il est essentiel que le SCC donne véritablement effet à cette directive. Dans le contexte de la présente affaire, cela veut dire que le SCC doit au moins essayer de répondre aux inquiétudes valables et de longue date selon lesquelles la poursuite de l'utilisation des évaluations du risque contestées à l'égard des détenus autochtones perpétue la discrimination et contribue à la disparité des résultats correctionnels

offenders can be treated fairly by being treated the same way must be abandoned. The CSC's inaction with respect to the concerns raised about the impugned tools fell short of what s. 24(1) required it to do.

In the circumstances of this case, it is appropriate to issue a declaration that the CSC has failed to meet its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. A court may, in its discretion, grant a declaration where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought. These criteria are met. Although a declaration is an exceptional and discretionary remedy which should normally be declined where there exists an adequate alternative statutory mechanism to resolve the dispute or to protect the rights in question, the statutory grievance mechanism that may be available to E has not been effective and he should not be required to begin the grievance process anew.

E has not established an infringement of his rights under s. 7 of the *Charter*. To establish that the CSC's reliance on the impugned tools violated the principle of fundamental justice against arbitrariness or that against overbreadth, E had to show on a balance of probabilities that the CSC's practice of using the impugned tools with respect to Indigenous offenders had no rational connection to the government objective. He has not done so: there was no evidence before the trial judge that how the impugned tools operate in the case of Indigenous offenders is likely to be so different from how they operate in the case of non-Indigenous offenders that their use in respect of the former is completely unrelated to the government objective. E also failed to meet his onus of establishing that a new principle of fundamental justice — that the state must obey the law — should be found to exist. Similarly, E has not established the infringement of his rights under s. 15 of the *Charter* that he alleged. The trial judge could not have found, on the evidence before him, that the impugned tools overestimate the risk posed by Indigenous inmates or lead to harsher conditions of incarceration or to the denial of rehabilitative opportunities

entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones. Le SCC doit veiller à ce que ses directives d'orientation générale et programmes soient appropriés pour les délinquants autochtones et adaptés à leurs besoins et à leur situation. Pour que le système correctionnel fonctionne de manière équitable et efficace, il faut cesser de présumer que tous les délinquants peuvent être traités équitablement en étant traités de la même façon. Le SCC a manqué à son obligation aux termes du par. 24(1), vu son inaction quant aux préoccupations soulevées à propos des outils contestés.

Dans les circonstances de l'espèce, il est opportun de prononcer un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a failli à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*. Un tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue et lorsque l'intimé a intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité. Ces conditions sont réunies. Bien que le jugement déclaratoire soit une réparation exceptionnelle et discrétionnaire qui devrait habituellement être refusée lorsque la loi prévoit un autre moyen approprié de régler le conflit ou de protéger les droits en question, le mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi dont peut se prévaloir E ne s'est pas avéré efficace et ce dernier ne devrait pas être tenu de recommencer le processus de règlement de griefs.

E n'a pas établi une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Pour établir que le recours par le SCC aux outils contestés violait le principe de justice fondamentale interdisant l'arbitraire ou celui interdisant la portée excessive, E devait démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la pratique du SCC consistant à utiliser les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif du gouvernement. Il ne l'a pas fait : le juge du procès ne disposait d'aucune preuve démontrant en quoi le fonctionnement des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones peut être si différent de leur fonctionnement à l'égard de délinquants non autochtones que leur utilisation dans le cas des délinquants autochtones n'a rien à voir avec l'objectif du gouvernement. E ne s'est pas non plus acquitté de son fardeau d'établir que l'on devrait conclure à l'existence d'un nouveau principe de justice fondamentale : l'État doit respecter la loi. De même, E n'a pas démontré l'atteinte reprochée aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. Le juge du procès n'aurait pas pu conclure, au vu de la preuve dont il disposait, que les outils contestés surestiment effectivement le risque posé

because of such an overestimation. His conclusion should not be disturbed.

*Per Côté and Rowe JJ. (dissenting in part):* There is agreement with the majority with respect to E's ss. 7 and 15 *Charter* claims. However, there is disagreement that s. 24(1) of the *CCRA* imposes an obligation on the CSC to conduct research as to the validity of the impugned tools. Although it is important to address Indigenous overrepresentation in prison, and there is concern with the CSC's inaction with respect to the issue raised by E, it was not Parliament's intent to hold the CSC to account on this issue pursuant to s. 24(1). The scope of the obligation in s. 24(1), as applied to the impugned tools, simply requires that the CSC maintain accurate records of the inmates' test scores. Interpreted in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and the object of the *CCRA* and the intention of Parliament, the words of s. 24(1) refer to biographical or factual information about an offender, such as age, criminal record, behaviour in prison, or courses taken with a view to rehabilitation, that should be accurate, up to date, and complete. The scheme that is set out in ss. 23 and 24 is straightforward: s. 23 lists information that is to be recorded, s. 24(1) requires the CSC to record this information accurately and to keep it up to date, and s. 24(2) provides a means for an inmate to correct errors or deficiencies. The *CCRA*'s goals of managing the custody of offenders, assisting in their rehabilitation and reintegration, and protecting society require good decision-making based on accurate information. Section 24 relates to the accuracy of information, thus it serves an important function. However, that function does not include verifying the validity of the impugned tools. Rather, the scheme reflects Parliament's intent to provide offenders with a specific remedy to make sure that the CSC's duty to maintain accurate records is met. The word "information" in ss. 24(1) and 24(2), consecutive subsections of the same provision, should be given the same meaning. These provisions are about accurate record-keeping, not about challenging the means that the CSC uses to make its decisions. When an offender's complaint is about the way that a particular decision is made, the *CCRA* provides a means for offenders to file a grievance and if necessary, pursue judicial review.

There is also disagreement with the majority as to the remedy. A declaration should not be granted, even in the

par les détenus autochtones ou mènent à des conditions d'incarcération plus sévères ou à la privation de possibilités de réadaptation en raison d'une telle surévaluation. Sa conclusion ne doit pas être modifiée.

*Les juges Côté et Rowe (dissidents en partie) :* Il y a accord avec les juges majoritaires en ce qui concerne les demandes de E fondées sur les art. 7 et 15 de la *Charte*. Il y a toutefois désaccord avec l'opinion selon laquelle le par. 24(1) de la *LSCMLC* impose au SCC l'obligation de mener une étude sur la validité des outils contestés. Bien qu'il importe de remédier à la surreprésentation des Autochtones dans les prisons et que l'on se soucie du défaut du SCC de résoudre la question soulevée par E, le législateur ne souhaitait pas obliger le SCC à rendre des comptes sur ce point conformément au par. 24(1). La portée de l'obligation prévue au par. 24(1) en ce qui a trait aux outils contestés exige simplement que le SCC consigne avec exactitude les notes obtenues par les détenus au test. Interprétés dans leur contexte global et suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la *LSCMLC* ainsi que l'intention du législateur, les termes du par. 24(1) renvoient aux renseignements d'ordre biographique ou factuel concernant le délinquant, tels que son âge, ses antécédents criminels, la façon dont il se comporte en prison ou les cours qu'il a suivis en vue de sa réadaptation, qui doivent être à jour, exacts et complets. Le régime établi par les art. 23 et 24 est simple : l'art. 23 dresse la liste des renseignements à consigner, le par. 24(1) exige du SCC qu'il consigne ces renseignements avec exactitude et qu'il les tienne à jour, et le par. 24(2) offre au détenu un moyen de faire corriger les renseignements erronés ou incomplets. L'atteinte des objectifs de la *LSCMLC* de gérer la garde des délinquants, d'aider à leur réadaptation et à leur réinsertion, et de protéger la société passe par un processus décisionnel adéquat qui repose sur des renseignements exacts. Comme l'art. 24 s'attache à l'exactitude des renseignements, il remplit une fonction importante. Or, s'assurer de la validité des outils contestés n'en fait pas partie. Le régime traduit plutôt l'intention du législateur d'offrir aux délinquants un moyen précis de s'assurer que le SCC respecte son obligation de tenue exacte des dossiers. Il convient de donner le même sens au mot « renseignements » aux par. 24(1) et (2), deux paragraphes consécutifs d'un même article. Ces dispositions visent la tenue exacte des dossiers, et non la contestation des moyens pris par le SCC pour prendre ses décisions. Lorsqu'un délinquant se plaint de la façon dont une décision donnée est prise, la *LSCMLC* lui fournit un moyen de déposer un grief et, si nécessaire, de se pourvoir en contrôle judiciaire.

Il y a aussi désaccord avec la majorité quant à la réparation à accorder. Un jugement déclaratoire ne devrait

exceptional circumstances of this case. The proper remedy for breach of statutory duty by a public authority is judicial review for invalidity. Allowing inmates to apply for a declaration would effectively bypass the ordinary process of judicial review and thus fail to accord the deference typically shown to administrative decision makers. This could open the door to undue interference with the discharge of administrative functions in respect of matters delegated to administrative bodies. It is unwise to depart from settled legal principles, even on the facts of this case. The appeal should be dismissed.

### Cases Cited

By Wagner J.

**Referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 285, 382 N.R. 370; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234.

By Rowe J. (dissenting in part)

*R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, aff'd 2008 FCA 285, 382 N.R. 370; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *Kim v. Canada*, 2017 FC 848; *Tehrankari v. Canada (Correctional Service)* (2000), 38 C.R. (5th) 43; *Charalambous v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1045, aff'd 2016 FCA 177, 483 N.R. 398; *Tehrankari v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 332; *Greater Vancouver (Regional District) v. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

pas être rendu, même dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce. Le recours traditionnellement reconnu lorsqu'une autorité publique manque à son obligation légale est la demande de contrôle judiciaire pour invalidité. Permettre aux détenus de demander un jugement déclaratoire reviendrait dans les faits à contourner le processus ordinaire de contrôle judiciaire et les décideurs administratifs n'auraient pas droit à la déférence qui leur est normalement accordée. Il pourrait s'ensuivre une immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières. Il est imprudent de s'écarter des principes juridiques établis, même au vu des faits de l'espèce. Le pourvoi devrait être rejeté.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 285; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13.

Citée par le juge Rowe (dissident en partie)

*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, conf. par 2008 CAF 285; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Kim c. Canada*, 2017 CF 848; *Tehrankari c. Canada (Service correctionnel)*, 2000 CanLII 15218; *Charalambous c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1045, conf. par 2016 CAF 177; *Tehrankari c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 332; *Greater Vancouver (Regional District) c. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.



### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15.  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 3.1, 4, 15.1, 23 to 27, 23, 24, 25(1), 26, 27, 28, 28 to 31, 30, 80 to 84, 90.  
*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 13, 17, 18, 74 to 82.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.2(e).  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 17.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 64.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

### Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).  
 Canada. *Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 1996.  
 Canada. Department of Justice and Solicitor General. *Directions for Reform: A Framework for Sentencing, Corrections and Conditional Release*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1990.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 4, 1991, pp. 4430-31.  
 Canada. Office of the Auditor General. *2016 Fall Reports of the Auditor General of Canada: Report 3 — Preparing Indigenous Offenders for Release — Correctional Service Canada*. Ottawa, 2016.  
 Canada. Office of the Correctional Investigator. *Annual Report 2015-2016*. Ottawa, 2016.  
 Canada. Office of the Correctional Investigator. *Spirit Matters: Aboriginal People and the Corrections and Conditional Release Act — Final Report*. Ottawa, 2012.  
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa, 1996.  
 Canada. Solicitor General. *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act Five Years Later — Consolidated Report*. Ottawa: Public Works and Government Services of Canada, 1998.  
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.  
 Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg, 1991.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718.2e).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, art. 3, 3.1, 4, 15.1, 23 à 27, 23, 24, 25(1), 26, 27, 28, 28 à 31, 30, 80 à 84, 90.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 17.  
*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 13, 17, 18, 74 à 82.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 64.

### Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).  
 Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Rapport annuel 2015-2016*, Ottawa, 2016.  
 Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Une question de spiritualité : Les Autochtones et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Rapport final*, Ottawa, 2012.  
 Canada. Bureau du vérificateur général. *Automne 2016 — Rapports du vérificateur général du Canada : Rapport 3 — La préparation des détenus autochtones à la mise en liberté — Service correctionnel Canada*, Ottawa, 2016.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 4 novembre 1991, p. 4430-4431.  
 Canada. *Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996.  
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*, Ottawa, 1996.  
 Canada. Ministère de la justice et Solliciteur général. *Vers une réforme : Un cadre pour la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990.  
 Canada. Solliciteur général. *Pour une société juste, paisible et sûre : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition cinq ans plus tard — Rapport global*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998.  
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

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

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Dawson and Webb JJ.A.), 2016 FCA 203, 487 N.R. 107, 363 C.R.R. (2d) 120, [2016] F.C.J. No. 853 (QL), 2016 CarswellNat 3417 (WL Can.), setting aside a decision of Phelan J., 2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, [2016] 1 C.N.L.R. 50, [2015] F.C.J. No. 1123 (QL), 2015 CarswellNat 4551 (WL Can.). Appeal allowed in part, Côté and Rowe JJ. dissenting in part.

*Jason B. Gratl and Eric Purtzki*, for the appellant.

*Anne Turley and Banafsheh Sokhansanj*, for the respondent.

*Pam MacEachern and Virginia Lomax*, for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies.

*Mercedes Perez and Karen A. Steward*, for the intervener the Mental Health Legal Committee.

*Avnish Nanda*, for the interveners the West Coast Prison Justice Society and the Prisoners' Legal Services.

*Fiona Keith and Sasha Hart*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

*Emily Hill and Jessica Wolfe*, for the intervener the Aboriginal Legal Services.

*Anita Szigeti, Jill R. Presser, Andrew Menchynski and Breana Vandebeek*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Paul Champ and Christine Johnson*, for the interveners the British Columbia Civil Liberties

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, 1991.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.

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 Nadon, Dawson et Webb), 2016 CAF 203, 487 N.R. 107, 363 C.R.R. (2d) 120, [2016] A.C.F. n° 853 (QL), 2016 CarswellNat 9943 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Phelan, 2015 CF 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, [2016] 1 C.N.L.R. 50, [2015] A.C.F. n° 1123 (QL), 2015 CarswellNat 9596 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Côté et Rowe sont dissidents en partie.

*Jason B. Gratl et Eric Purtzki*, pour l'appelant.

*Anne Turley et Banafsheh Sokhansanj*, pour l'intimée.

*Pam MacEachern et Virginia Lomax*, pour les intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry.

*Mercedes Perez et Karen A. Steward*, pour l'intervenant Mental Health Legal Committee.

*Avnish Nanda*, pour les intervenants West Coast Prison Justice Society et Prisoners' Legal Services.

*Fiona Keith et Sasha Hart*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*Emily Hill et Jessica Wolfe*, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services.

*Anita Szigeti, Jill R. Presser, Andrew Menchynski et Breana Vandebeek*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Paul Champ et Christine Johnson*, pour les intervenantes British Columbia Civil Liberties

Association and the Union of British Columbia Indian Chiefs.

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

WAGNER J. —

## I. Overview

[1] A person who is convicted of a criminal offence and sentenced to imprisonment for two years or longer becomes an inmate of Canada's federal correctional system. Parliament has directed in s. 3 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("CCRA"), that the purpose of the correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society. This purpose is to be achieved by two means: first, by carrying out sentences through the safe and humane custody of offenders and, second, by assisting in their rehabilitation and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and the community. The Correctional Service of Canada ("CSC") is the entity charged with ensuring that the purpose of the correctional system is achieved.

[2] In order to fulfill its mandate, the CSC must make numerous decisions about each inmate in its custody. For example, it is required to assign a security classification of maximum, medium or minimum to each inmate, taking into account the risk to public safety posed by the inmate, the inmate's likelihood of escape, and the inmate's institutional supervision needs: see *CCRA*, s. 30; *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 18. The CSC must decide in which penitentiary to house each inmate, taking into account factors such as the safety of the inmate, other inmates and the public, and the availability of rehabilitative programs and services: see *CCRA*, s. 28. It develops a correctional plan for each inmate in order to ensure that inmates receive the most effective programs to rehabilitate them and prepare them for reintegration into the community on their release: see *CCRA*, s. 15.1. The CSC also

Association et l'Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique.

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

LE JUGE WAGNER —

## I. Aperçu

[1] Quiconque est reconnu coupable d'une infraction criminelle et condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus devient un détenu du système correctionnel fédéral. À l'article 3 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« *LSCMLC* »), le législateur précise que le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité. Le système correctionnel doit le faire, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois. Le Service correctionnel du Canada (« SCC ») est l'organisme chargé de veiller à ce que l'objet du système correctionnel soit atteint.

[2] Pour s'acquitter de son mandat, le SCC doit prendre de nombreuses décisions concernant les détenus dont il a la garde. À titre d'exemple, il doit assigner à chacun d'eux une cote de sécurité selon les catégories dites maximale, moyenne et minimale, en tenant compte de la menace pour la sécurité du public que pose le détenu, du risque d'évasion qu'il présente et du degré de surveillance qu'il requiert (voir *LSCMLC*, art. 30; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 18). Le SCC doit décider dans quel pénitencier le détenu purgera sa peine, en tenant compte de facteurs tels que sa sécurité, la sécurité des autres détenus et celle du public, ainsi que l'accessibilité à des programmes et services de réadaptation (voir *LSCMLC*, art. 28). Il élabore un plan correctionnel pour chaque détenu afin d'assurer aux détenus les meilleurs programmes dans le but de



decides whether to recommend to the Parole Board of Canada that an inmate be released on parole.

[3] If the CSC is to effectively assist in the rehabilitation of inmates while ensuring the safety of other inmates and staff members and the protection of society as a whole, it must base its decisions about inmates in its custody on sound information. This is explicitly recognized in s. 24(1) of the *CCRA*, which requires the CSC to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible”.

[4] This appeal concerns a challenge by the appellant, Jeffrey G. Ewert, to the CSC’s use of one particular type of information. Mr. Ewert, who is Métis, challenges the CSC’s reliance on certain psychological and actuarial risk assessment tools on the ground that the validity of the tools when applied to Indigenous offenders has not been established through empirical research.

[5] A judge of the Federal Court concluded that, by relying on these tools despite long-standing concerns about their application to Indigenous offenders, the CSC had breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* and had unjustifiably infringed Mr. Ewert’s rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court of Appeal overturned both of these findings.

[6] I agree with the Federal Court of Appeal that Mr. Ewert has not established a violation of his *Charter* rights. However, I conclude that the trial judge was correct to find that the CSC had, in continuing to rely on the impugned tools without ensuring that they are valid when applied to Indigenous offenders, breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. As I will explain, my conclusion in this respect is informed in part by the guiding principle

favoriser leur réadaptation et de les préparer à leur réinsertion sociale (voir *LSCMLC*, art. 15.1). C’est aussi le SCC qui décide s’il convient de recommander à la Commission des libérations conditionnelles du Canada la mise en liberté conditionnelle d’un détenu.

[3] Pour que le SCC puisse réellement aider à la réadaptation des détenus tout en veillant à la sécurité des autres détenus et des agents, ainsi qu’à la protection de la société dans son ensemble, il doit fonder les décisions qu’il prend au sujet des détenus dont il a la garde sur des renseignements valables. C’est ce que reconnaît explicitement le par. 24(1) de la *LSCMLC*, qui commande au SCC « de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets ».

[4] Dans ce pourvoi, l’appelant, Jeffrey G. Ewert, conteste l’utilisation par le SCC d’un type particulier de renseignement. M. Ewert, qui est Métis, s’oppose au recours par le SCC à certains outils d’évaluation psychologique et actuarielle du risque, soutenant que la validité de ces outils, lorsqu’ils sont utilisés à l’endroit de délinquants autochtones, n’a pas été établie par des recherches empiriques.

[5] Un juge de la Cour fédérale a conclu qu’en s’appuyant sur ces outils malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps au sujet de leur utilisation à l’égard de délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* et avait, sans justification, porté atteinte aux droits que garantit à M. Ewert l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d’appel fédérale a infirmé ces deux conclusions.

[6] Je conviens avec la Cour d’appel fédérale que M. Ewert n’a pas établi la violation de ses droits garantis par la *Charte*. Toutefois, j’estime que le juge du procès a eu raison de conclure qu’en continuant de se fier aux outils contestés sans s’assurer de leur validité à l’endroit des délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation qui lui incombait suivant le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Comme je l’expliquerai, ma conclusion à cet égard s’appuie en partie sur un

in s. 4(g) of the *CCRA*, which provides that correctional policies, programs and practices must respect cultural differences and be responsive to the special needs of Indigenous peoples.

[7] For the reasons that follow, I would allow Mr. Ewert’s appeal in part, and declare that the CSC did in fact breach the obligation in s. 24(1) of the *CCRA*. Although a declaration is an exceptional remedy, it is one that is available in the circumstances of this case and one that this Court should exercise its discretion to grant.

## II. Background

[8] Mr. Ewert is 56 years old. He identifies as Métis.

[9] Mr. Ewert was convicted of murder and attempted murder for strangling and sexually assaulting two women in two separate incidents in 1984. Mr. Ewert is currently serving two concurrent life sentences for these offences. He has spent over 30 years in federal custody and has been held in medium and maximum security settings during that time.

[10] Mr. Ewert has been eligible to apply for day parole since 1996 and for full parole since 1999. He has waived his right to each parole hearing for which he has been eligible.

[11] At trial, Mr. Ewert challenged the CSC’s use of five psychological and actuarial risk assessment tools. One of these is the Hare Psychopathy Checklist-Revised (“PCL-R”), a tool that was designed to assess the presence of psychopathy but is also used to assess the risk of recidivism. Mr. Ewert also challenged the use of the Violence Risk Appraisal Guide (“VRAG”) and the Sex Offender Risk Appraisal Guide (“SORAG”), two actuarial tools designed to assess the risk of violent recidivism; the Static-99, an actuarial tool designed to estimate the probability of sexual and violent recidivism; and the Violence Risk Scale – Sex Offender (“VRS-SO”), a rating

examen du principe de fonctionnement énoncé à l’al. 4g) de la *LSCMLC*, qui prévoit que les directives d’orientation générale, programmes et pratiques du SCC doivent respecter les différences culturelles et tenir compte des besoins propres aux Autochtones.

[7] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’accueillir en partie le pourvoi de M. Ewert et de déclarer que le SCC a effectivement manqué à l’obligation énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Bien que le jugement déclaratoire soit une réparation exceptionnelle, celui-ci est possible en l’espèce, et la Cour devrait accorder une telle réparation dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire.

## II. Contexte

[8] M. Ewert est âgé de 56 ans. Il affirme être Métis.

[9] M. Ewert a été reconnu coupable de meurtre et de tentative de meurtre pour avoir étranglé et agressé sexuellement deux femmes lors de deux incidents distincts survenus en 1984. Il purge actuellement deux peines concurrentes d’emprisonnement à perpétuité pour ces crimes. Il a passé plus de 30 ans dans des établissements correctionnels fédéraux à sécurité maximale et à sécurité moyenne.

[10] M. Ewert est admissible à demander la libération conditionnelle de jour depuis 1996 et à la libération conditionnelle totale depuis 1999. Il a renoncé à son droit à une audience pour la libération conditionnelle à laquelle il était admissible.

[11] Au procès, M. Ewert a contesté le recours par le SCC à cinq outils d’évaluation psychologique et actuarielle du risque. L’un de ces outils est l’échelle de psychopathie de Hare — révisée (« PCL-R »), un outil qui a été conçu pour évaluer la présence de psychopathie, mais qui est aussi utilisé pour mesurer le risque de récidive. M. Ewert a également contesté le recours au Guide d’évaluation du risque de violence (« GERV ») et au Guide d’évaluation du risque chez les délinquants sexuels (« GERDS »), deux outils actuariels conçus pour évaluer le risque de récidive violente; la Statique-99, un outil actuariel conçu pour estimer la probabilité de récidive sexuelle

scale designed to assess the risk of sexual recidivism that is used in connection with the delivery of sex offender treatment.

[12] Mr. Ewert claimed that while he has been incarcerated, the CSC has relied on these tools in conducting needs and risk assessments on him. He further claimed that these tools had been developed and tested on predominantly non-Indigenous populations and that there was no research confirming that they were valid when applied to Indigenous persons. Mr. Ewert submitted that, therefore, the CSC's reliance on the impugned tools in respect of Indigenous offenders represented a failure by the CSC to take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about offenders that it uses, as required by s. 24(1) of the *CCRA*. He also argued that the CSC's reliance on the tools was contrary to the guiding principle now set out in s. 4(g) of the *CCRA* that correctional policies and practices must respect ethnic and cultural differences and be responsive to the special needs of Indigenous persons. Further, Mr. Ewert argued that the CSC's reliance on tools that had not been shown to be valid when applied to Indigenous offenders infringed his rights under ss. 7 and 15 of the *Charter*. He sought declaratory relief and an injunction preventing the CSC from using the impugned tools in respect of him or disseminating any results generated by the tools in his case.

### III. Judgments Below

A. *Federal Court (Phelan J.), 2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15*

[13] At trial, Mr. Ewert relied in support of his claims on the expert evidence of Dr. Stephen Hart, a professor of psychology at Simon Fraser University. Dr. Hart was qualified to give opinion evidence in the area of the development, application and validity of actuarial and psychological instruments used by the CSC. The trial judge generally accepted Dr. Hart's evidence. In particular, he accepted and relied on Dr. Hart's evidence that tests like the impugned tools

ou violente; l'Échelle des risques de violence : Délinquants sexuels (« ERVDS »), une échelle visant à évaluer le risque de récidive sexuelle qui est employée relativement à la prestation des traitements destinés aux délinquants sexuels.

[12] M. Ewert a prétendu que durant son incarcération, le SCC a utilisé ces outils pour procéder à des évaluations du risque et des besoins à son sujet. Il a ajouté que ces outils avaient été élaborés et mis à l'épreuve à l'endroit d'une population principalement non autochtone, et qu'aucune recherche ne confirmait qu'ils étaient valides dans le cas des Autochtones. M. Ewert a donc fait valoir qu'en se fiant aux outils contestés à l'égard de délinquants autochtones, le SCC n'avait pas veillé, dans la mesure du possible, à l'exactitude des renseignements qu'il utilise concernant les délinquants, comme l'exige le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Il a également soutenu que l'utilisation de ces outils par le SCC était contraire au principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC*, selon lequel les directives d'orientation générale et les pratiques du SCC doivent respecter les différences ethniques et culturelles et tenir compte des besoins propres aux Autochtones. Toujours selon M. Ewert, l'utilisation par le SCC d'outils dont la validité n'a pas été démontrée dans le cas des délinquants autochtones a porté atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 15 de la *Charte*. Il a sollicité un jugement déclaratoire et une injonction empêchant le SCC d'utiliser les outils contestés à son égard ou de diffuser les résultats générés par ces outils à son sujet.

### III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour fédérale (le juge Phelan), 2015 CF 1093*

[13] Au procès, M. Ewert a fondé ses prétentions sur le témoignage d'expert de M. Stephen Hart, professeur de psychologie à l'Université Simon Fraser. M. Hart a été reconnu comme expert pour livrer un témoignage d'opinion dans les domaines de l'élaboration, de l'application et de la validité des instruments actuariels et psychologiques utilisés par le SCC. Le juge du procès a de façon générale retenu le témoignage de M. Hart, plus particulièrement que

are susceptible to “cross-cultural bias” or “variance”. Dr. Hart testified that cross-cultural variance occurs when the reliability or validity of an assessment tool varies depending on the cultural background of the individual to whom the tool is applied. He further testified that membership in a cultural group is assessed through self-identification and that acculturation is a matter of degree. Generally speaking, however, because of the significant cultural differences between Indigenous and non-Indigenous Canadians, the impugned tools — which were developed for and validated by studies on predominantly non-Indigenous populations — are more likely than not to be cross-culturally variant to some degree when applied to Indigenous individuals. Dr. Hart testified that notwithstanding his opinion that the tools were likely to be affected by cultural bias, he could not express an opinion on the impact of that bias: it could be subtle and tolerable or it could be profound and intolerable.

[14] The trial judge also accepted Dr. Hart’s evidence that although there are a number of types of analyses that can be employed to establish that an actuarial test is free of cross-cultural variance, none of them have been completed for the impugned tools. One academic study published in 2013 suggests that the PCL-R does validly predict the recidivism risk posed by Indigenous offenders, but Dr. Hart discounted it because, for one thing, it is based on a small sample size. Dr. Hart’s evidence led the trial judge to find that the scores generated by the impugned tools when applied to Indigenous individuals ought not to be relied upon “in and of themselves”: para. 56.

[15] The respondent, to whom I will refer as the “Crown” in these reasons, presented the conflicting expert evidence of Dr. Marnie Rice, a clinical psychologist, researcher and professor of psychology and psychiatry. Dr. Rice testified that the impugned tools are valid and are not affected by cultural bias with respect to Indigenous offenders. The trial judge found Dr. Rice’s evidence to be of little assistance

les tests, comme ceux contestés, sont susceptibles d’être biaisés par des « préjugés interculturels » ou de la « variance ». M. Hart a déclaré que de la variance interculturelle se produit lorsque la fiabilité ou la validité des outils d’évaluation varie en fonction de l’héritage culturel de l’individu à l’égard de qui ils sont utilisés. Il a ajouté que l’appartenance à un groupe culturel est évaluée en fonction de l’auto-identification, et que l’acculturation est une question de degré. De façon générale, toutefois, en raison des différences culturelles importantes qui séparent les Canadiens autochtones des non-Autochtones, il est plus probable que les outils contestés — qui ont été élaborés à l’endroit d’une population principalement non autochtone et validés par des études réalisées sur une telle population — comportent vraisemblablement une certaine variance interculturelle dans le cas des Autochtones. M. Hart a déclaré que, bien qu’il estime que les outils étaient probablement empreints d’un préjugé culturel, il ne pouvait se prononcer sur l’effet de ce préjugé : il pouvait tout aussi bien être subtil et tolérable que profond et intolérable.

[14] Le juge du procès a également retenu le témoignage de M. Hart, selon qui il existe plusieurs types d’analyse qui permettent de démontrer qu’un test actuariel ne donne lieu à aucune variance interculturelle, mais aucune de ces analyses n’a été menée à l’égard des outils contestés. Selon une étude scientifique publiée en 2013, la PCL-R permet de prédire valablement le risque de récidive posé par les délinquants autochtones, mais M. Hart a écarté cette étude notamment à cause de la petite taille de l’échantillon sur lequel elle portait. Le témoignage de M. Hart a amené le juge du procès à conclure que les résultats produits par les outils contestés lorsque ceux-ci étaient utilisés à l’égard d’Autochtones ne devraient pas « à eux seuls » être considérés comme des données fiables (par. 56 (CanLII)).

[15] L’intimée, que j’appellerai « la Couronne » dans les présents motifs, a présenté le témoignage d’expert contradictoire de M<sup>me</sup> Marnie Rice, psychologue clinicienne, chercheuse et professeure de psychologie et de psychiatrie. Selon M<sup>me</sup> Rice, les outils contestés sont valides et ne sont pas empreints d’un préjugé culturel dans le cas des délinquants autochtones. Le juge du procès a jugé peu utile le

and concluded that it could not be relied upon, except where it was consistent with that of Dr. Hart.

[16] The trial judge accepted that the CSC had relied on results generated by certain of the impugned tools in making decisions that affected key aspects of Mr. Ewert's incarceration. Specifically, he found that results generated by these tools were one factor CSC decision-makers had considered in deciding whether to recommend that Mr. Ewert be granted parole, in determining his security classification, and in denying requests for escorted temporary absences. The trial judge also found that it was common practice in the CSC to use the impugned tools to assess an inmate's psychopathy or risk of violence, and that the scores derived from these assessments were required to be taken into account in determining an inmate's overall security rating.

[17] Citing the evidence of the Crown's fact witness, a former head of research at the CSC, the trial judge found that the CSC had been aware of concerns about the validity of the application of the impugned tools to Indigenous offenders since 2000, but that it had conducted no research to verify the validity of their application in that context.

[18] These findings led the trial judge to conclude that, by continuing to rely on the impugned tools without confirming — even though it had long had concerns in this respect — that they are valid when applied to Indigenous persons, the CSC had failed to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate . . . as possible” as is required by s. 24(1) of the *CCRA*.

[19] The trial judge also concluded that the CSC had, by relying on the impugned tools, infringed Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*. The trial judge was satisfied that Mr. Ewert's s. 7 liberty interest had been adversely affected by decisions related to his security classification, his suitability for parole and his requests for temporary absences, and that his security of the person interest under that section was engaged by the impact on him of being

témoignage de M<sup>me</sup> Rice et a conclu qu'on ne pouvait s'y fier, sauf dans la mesure où il était compatible avec celui de M. Hart.

[16] Le juge du procès a reconnu que le SCC s'était fondé sur les résultats obtenus au moyen de certains des outils contestés pour prendre des décisions qui ont influé, à des égards importants, sur l'incarcération de M. Ewert. Plus particulièrement, il a conclu que les résultats générés par ces outils faisaient partie des facteurs dont les décideurs du SCC avaient tenu compte pour décider de recommander ou non que M. Ewert soit libéré sous condition, pour déterminer sa cote de sécurité et pour refuser ses demandes de permission de sortir avec escorte. Le juge du procès a également conclu que le SCC se servait couramment des outils contestés pour évaluer la psychopathie d'un détenu ou son risque de violence, et que les résultats obtenus au moyen de ces tests devaient être pris en compte pour déterminer la cote de sécurité globale d'un détenu.

[17] Citant la déposition présentée par le témoin des faits de la Couronne, l'ancien directeur général de la Recherche au SCC, le juge du procès a conclu que le SCC savait depuis l'an 2000 que la validité du recours aux outils contestés dans le cas des délinquants autochtones suscitait des inquiétudes, mais qu'il n'avait mené aucune recherche pour vérifier la validité de leur utilisation dans ce contexte.

[18] En raison de ces constats, le juge du procès a conclu qu'en continuant de se fier aux outils contestés sans s'assurer de la validité de leur utilisation à l'égard des Autochtones — malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps à ce sujet — le SCC n'avait pas « veill[é], dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise [. . .] soient [. . .] exacts », comme l'exige le par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[19] Le juge du procès a également conclu qu'en se fiant aux outils contestés, le SCC avait porté atteinte aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la *Charte*. Selon lui, les décisions du SCC concernant la cote de sécurité, le bien-fondé de la libération conditionnelle et les demandes de permission de sortir de M. Ewert ont lésé le droit à la liberté dont ce dernier bénéficie en vertu de l'art. 7; le droit à la sécurité de la personne que lui garantit cette disposition était



labelled a psychopath. The trial judge concluded that these deprivations of liberty and security of the person were contrary to the principles of fundamental justice. The CSC's application of the impugned tools to Indigenous inmates was arbitrary and overbroad given the purpose and objective being pursued by the CSC in making decisions, which the trial judge characterized as being to predict an offender's risk of reoffending as accurately as possible in the interests of public safety. These infringements could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

[20] Mr. Ewert argued, in the alternative, that the CSC's use of the impugned tools was contrary to a proposed new principle of fundamental justice, namely that the state must obey the law. The trial judge concluded that it was unnecessary to address this argument. The trial judge also held that the factual record was not sufficiently developed to support Mr. Ewert's argument that his rights under s. 15 of the *Charter* had been infringed.

[21] Having concluded that the CSC had breached a statutory duty owed to Mr. Ewert and had violated his rights under s. 7 of the *Charter*, the trial judge ordered an interim injunction that prohibited the CSC from using results generated by the impugned tools with respect to Mr. Ewert. The trial judge also indicated his intention to issue a final order enjoining the use of these tools in respect of Mr. Ewert and other Indigenous inmates until, at a minimum, the CSC had conducted a study that confirmed the reliability of the tools for use in respect of Indigenous offenders. The details of the final order were to be addressed at a remedies hearing.

B. *Federal Court of Appeal (Dawson J.A., Nadon and Webb J.J.A. Concurring), 2016 FCA 203, 487 N.R. 107*

[22] The Federal Court of Appeal allowed the Crown's appeal from the trial judge's interim order.

[23] The Federal Court of Appeal concluded that the trial judge had applied an incorrect legal test in

en jeu en raison des répercussions que l'étiquette de psychopathe a eues sur lui. Le juge du procès a conclu que ces privations de liberté et de sécurité de la personne contrevenaient aux principes de justice fondamentale. L'utilisation faite par le SCC des outils contestés à l'égard de détenus autochtones était arbitraire et sa portée était excessive vu l'objet de ses décisions qui, selon le juge, est de prédire le risque de récidive d'un délinquant de façon aussi précise que possible afin d'assurer la sécurité du public. Ces atteintes ne pouvaient être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

[20] M. Ewert a soutenu, subsidiairement, que l'utilisation par le SCC des outils contestés était contraire à un nouveau principe proposé de justice fondamentale, à savoir que l'État doit respecter la loi. Le juge du procès a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner cet argument. Toujours selon lui, les faits mis en preuve n'étaient pas suffisamment étoffés pour étayer la prétention de M. Ewert que l'on avait porté atteinte aux droits que lui reconnaît l'art. 15 de la *Charte*.

[21] Après avoir conclu que le SCC avait manqué à une obligation légale qu'il avait envers M. Ewert et avait violé les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à ce dernier, le juge du procès a prononcé une injonction interlocutoire interdisant au SCC d'utiliser les résultats générés par les outils contestés à l'égard de M. Ewert. Il a également exprimé l'intention de rendre une ordonnance définitive interdisant l'utilisation de ces outils à l'endroit de M. Ewert et des autres détenus autochtones jusqu'à ce que, à tout le moins, le SCC ait mené une étude qui confirme la fiabilité de ces instruments dans le cas des délinquants autochtones. La Cour fédérale devait régler les détails de l'ordonnance définitive lors de l'audience relative aux réparations.

B. *Cour d'appel fédérale (la juge Dawson, avec l'accord des juges Nadon et Webb), 2016 CAF 203*

[22] La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par la Couronne contre l'ordonnance provisoire du juge du procès.

[23] La Cour d'appel fédérale a conclu que le juge du procès avait appliqué le mauvais critère juridique

deciding whether Mr. Ewert had established a breach of s. 24(1) of the *CCRA*. The Court of Appeal stated that, to find that s. 24(1) had been breached, the trial judge had to be satisfied on a balance of probabilities that the assessment tools produce or are likely to produce false results and conclusions when applied to Indigenous persons. Because there was no evidence showing that to be the case, Mr. Ewert had not established that the CSC had failed to take all reasonable steps to ensure that the information it used about Indigenous inmates was as accurate as possible.

[24] The Court of Appeal also held that to establish a violation of s. 7 of the *Charter*, Mr. Ewert had to establish on a balance of probabilities that the impugned tools produce inaccurate results when applied to Indigenous inmates. The trial judge had erred in failing to require Mr. Ewert to meet this standard, as he had instead relied on the absence of evidence proving the accuracy and reliability of the assessment tools when applied to Indigenous offenders to find that Mr. Ewert had established a s. 7 violation.

[25] Finally, the Court of Appeal rejected Mr. Ewert's argument that it should find that his rights under s. 15 of the *Charter* had been infringed.

#### IV. Issues

[26] Mr. Ewert's appeal to this Court raises the following issues:

A. Did the CSC breach its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* by failing to take all reasonable steps to ensure the accuracy of the results generated by the impugned tools when applied to Indigenous offenders?

B. Did the CSC's reliance on results generated by the impugned tools constitute an unjustified infringement of Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*?

C. Did the CSC's reliance on results generated by the impugned tools constitute an unjustified infringement of Mr. Ewert's rights under s. 15 of the *Charter*?

pour décider si M. Ewert avait établi une contravention au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Elle a précisé que, pour conclure à pareille contravention, le juge du procès devait être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les outils d'évaluation produisent ou sont susceptibles de produire des résultats et des conclusions erronés dans le cas des Autochtones. En l'absence de toute preuve en ce sens, M. Ewert n'a pas établi que le SCC n'avait pas veillé, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilisait concernant les détenus autochtones soient les plus exacts possible.

[24] La Cour d'appel a aussi conclu que, pour établir une violation de l'art. 7 de la *Charte*, M. Ewert devait prouver, selon la prépondérance des probabilités, que les outils contestés produisent des résultats inexacts à l'égard des détenus autochtones. Le juge du procès a commis une erreur en omettant d'exiger de M. Ewert qu'il satisfasse à cette norme, et en se fondant plutôt sur l'absence de preuve démontrant l'exactitude et la fiabilité des outils d'évaluation dans le cas des délinquants autochtones pour conclure que M. Ewert avait établi une violation de l'art. 7.

[25] Enfin, la Cour d'appel a rejeté l'argument de M. Ewert selon lequel elle devrait conclure qu'il avait été porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*.

#### IV. Questions en litige

[26] L'appel formé par M. Ewert devant notre Cour soulève les questions suivantes :

A. Le SCC a-t-il manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* en ne veillant pas, dans la mesure du possible, à l'exactitude des résultats produits par les outils contestés dans le cas des délinquants autochtones?

B. L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la *Charte*?

C. L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 15 de la *Charte*?

V. Analysis

[27] In this Court, Mr. Ewert's argument that the CSC breached its obligation under the *CCRA* has been made primarily in support of the further argument that this constituted an infringement of his rights under the *Charter*. Mr. Ewert argues that this Court should recognize a new principle of fundamental justice, namely that the state must obey the law, and he further argues that he was deprived of liberty and security of the person contrary to that principle, because the CSC was in breach of its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. Mr. Ewert has failed to establish his *Charter* claims. I nonetheless agree with the trial judge that Mr. Ewert has established that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. In the exceptional circumstances of this case, it is appropriate for this Court to exercise its discretion to grant a declaration to this effect. I will set out my reasons for reaching this conclusion after explaining the basis for my finding that the CSC was in breach of the obligation in s. 24(1) of the *CCRA* and for my conclusion that Mr. Ewert's *Charter* claims should be dismissed.

A. *Did the CSC Breach Its Obligation Under Section 24(1) of the CCRA?*

[28] In order to determine whether the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*, the scope of that obligation must first be defined. Then, the CSC's conduct must be examined in order to determine whether the CSC met the legislated standard.

[29] To interpret the scope of the obligation provided for in s. 24(1), I will apply the modern approach to statutory interpretation: "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Because the *CCRA* is federal

V. Analyse

[27] Devant notre Cour, M. Ewert a fait valoir que le SCC avait manqué à l'obligation qui lui incombe suivant la *LSCMLC* essentiellement pour étayer son autre argument selon lequel ce manquement constituait une atteinte à ses droits reconnus par la *Charte*. M. Ewert plaide l'opportunité pour la Cour de reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale, à savoir que l'État doit respecter la loi, soutenant par ailleurs qu'il a été privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne en contravention de ce principe, parce que le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. M. Ewert n'a pas réussi à établir le bien-fondé de ses prétentions soumises en vertu de la *Charte*. Je partage néanmoins l'avis du juge du procès selon lequel M. Ewert a démontré que le SCC avait manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Dans les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, il convient que la Cour accorde, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, un jugement déclaratoire en ce sens. J'exposerai les motifs pour lesquels j'arrive à ce constat après avoir expliqué le fondement de ma conclusion selon laquelle le SCC avait manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* et de ma conclusion selon laquelle les demandes de M. Ewert fondées sur la *Charte* devraient être rejetées.

A. *Le SCC a-t-il manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la LSCMLC?*

[28] Pour savoir si le SCC a manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*, il convient dans un premier temps de cerner l'étendue de cette obligation. Il faudra ensuite examiner la conduite du SCC afin de décider si ce dernier a respecté la norme légale.

[29] Pour interpréter l'étendue de l'obligation prévue au par. 24(1), j'utiliserai la méthode moderne d'interprétation des lois : « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87). La



legislation, the interpretation exercise must also be guided by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which reads as follows:

**12** Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[30] In the instant case, the inquiry into whether the CSC has met the obligation set out in s. 24(1) gives rise to two main questions. The first is whether results generated by the impugned tools are a type of information to which s. 24(1) applies. If the answer is yes, the second question is whether the CSC took sufficient steps to ensure the accuracy of that information. I will discuss each of these questions in turn.

(1) Does the Obligation Provided for in Section 24(1) of the CCRA Apply to Results Generated by the Impugned Tools?

[31] The first issue to address is whether the obligation provided for in s. 24(1) of the *CCRA* applies to results generated by the impugned tools. Mr. Ewert argues that it does, while the Crown argues that it does not. The Crown submits that s. 24(1) requires only that information be properly gathered and recorded, and that the obligation imposed by that provision is inapplicable to the results generated by the impugned tools. For the reasons set out below, I would reject the Crown's argument. Reading the words of s. 24(1) in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and objects of the *CCRA*, I conclude that the obligation provided for in s. 24(1) applies to results generated by the impugned tools.

[32] Section 24(1) of the *CCRA* reads as follows:

Accuracy, etc., of information

**24 (1)** The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

*LSCMLC* étant une loi fédérale, son interprétation doit aussi s'appuyer sur l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, lequel prévoit :

**12** Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[30] Dans l'affaire qui nous occupe, l'analyse visant à déterminer si le SCC a respecté l'obligation énoncée au par. 24(1) soulève deux questions principales. D'abord, les résultats produits par les outils contestés sont-ils des renseignements du type de ceux auxquels s'applique le par. 24(1)? Dans l'affirmative, le SCC a-t-il pris des mesures suffisantes pour veiller à l'exactitude de ces renseignements? J'examinerai successivement chacune de ces questions.

(1) L'obligation prévue au par. 24(1) de la LSCMLC s'applique-t-elle aux résultats produits par les outils contestés?

[31] La première question à laquelle il nous faut répondre est celle de savoir si l'obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* s'applique aux résultats générés par les outils contestés. M. Ewert soutient que oui, alors que la Couronne prétend le contraire. D'après la Couronne, le par. 24(1) exige uniquement que les renseignements soient recueillis et consignés correctement, et l'obligation qu'impose cette disposition ne s'applique pas aux résultats produits par les outils contestés. Pour les motifs exposés ci-après, je rejette l'argument de la Couronne. Si je lis les termes du par. 24(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la *LSCMLC*, je conclus que l'obligation prévue au par. 24(1) s'applique aux résultats générés par les outils contestés.

[32] Le paragraphe 24(1) de la *LSCMLC* est ainsi libellé :

Exactitude des renseignements

**24 (1)** Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

[33] On its face, the obligation imposed by s. 24(1) of the *CCRA* appears to apply to information derived from the impugned tools. Section 24(1) provides that the obligation applies to “any information about an offender that [the CSC] uses”. In the ordinary sense of these words, the knowledge the CSC might derive from the impugned tools — for example, that an offender has a personality disorder or that there is a high risk that an offender will violently reoffend — is “information” about that offender. The trial judge found that the CSC uses results generated by the impugned tools in making various decisions about offenders. Thus, those results are “information about an offender that [the CSC] uses” in the ordinary meaning of those words. The fact that s. 24(1) applies to “any” such information confirms that, if its words are read in their grammatical and ordinary sense, it applies to the information at issue in this case.

[34] This interpretation of s. 24(1) is supported by the relevant statutory context. Sections 23 through 27 of the *CCRA* all fall under the heading “Information” and must be read together. However, although these sections all relate generally to information, they deal with different aspects of the CSC’s collection, use and dissemination of information and apply to different types of information. For example, s. 23(1) enumerates specific types of information the CSC must obtain when a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary. Section 25(1) requires the CSC to disclose to bodies authorized to supervise offenders “all information under its control that is relevant to release decision-making”. Section 26 governs the disclosure of information about an offender to a victim of an offence, enumerating, for example, specific information that *must* be disclosed to the victim (s. 26(1)(a)) and other information that *may* be disclosed to the victim in specific circumstances (s. 26(1)(b)). Section 27 governs the disclosure to an offender of information considered in taking a decision about him or her, requiring that in certain circumstances the offender be given “all the information” to be considered or that was considered

[33] À première vue, l’obligation imposée par le par. 24(1) de la *LSCMLC* semble s’appliquer aux renseignements tirés des outils contestés. Le paragraphe 24(1) dispose que l’obligation s’applique aux « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants ». Selon le sens ordinaire de ces mots, les connaissances que le SCC peut tirer des outils contestés — par exemple, qu’un délinquant souffre d’un trouble de la personnalité ou qu’il présente un risque élevé de récidive violente — sont des « renseignements » concernant ce délinquant. Le juge du procès a conclu que le SCC utilise les résultats générés par les outils contestés pour prendre différentes décisions à l’égard des délinquants. Ces résultats sont donc des « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants », selon le sens ordinaire de ces mots. Le fait que le par. 24(1) s’applique aux renseignements ainsi utilisés (« “any” such information ») confirme que, si on lit ses termes en suivant leur sens ordinaire et grammatical, il s’applique aux renseignements en cause dans la présente affaire.

[34] Cette interprétation du par. 24(1) est étayée par le contexte législatif pertinent. Les articles 23 à 27 de la *LSCMLC* sont tous regroupés sous la rubrique « Renseignements » et doivent être lus en corrélation. Or, bien qu’ils aient de façon générale tous trait aux renseignements, ils portent sur différents aspects de la collecte, de l’utilisation et de la diffusion de renseignements par le SCC, et ils s’appliquent à différents types de renseignements. À titre d’exemple, le par. 23(1) énumère certains types de renseignements que le SCC doit obtenir après la condamnation ou le transfèrement d’une personne au pénitencier. Le paragraphe 25(1) oblige le SCC à communiquer aux organismes agréés en matière de surveillance de délinquants « les renseignements pertinents dont il dispose [...] pour prendre la décision de les mettre en liberté ». L’article 26 régit la communication à la victime de renseignements au sujet d’un délinquant. On y énumère, par exemple, les renseignements précis qui *doivent* être communiqués à la victime (al. 26(1)a)) et les autres renseignements qui *peuvent* lui être communiqués dans certaines circonstances (al. 26(1)b)). L’article 27 régit la communication au délinquant des renseignements entrant

in the taking of the decision, or a summary of that information.

[35] When ss. 23 through 27 are read together, it is clear that where Parliament intended a particular provision to apply to only certain types of information, it enumerated them or otherwise qualified the scope of the information to which a particular provision was to apply. This further reinforces the conclusion that the obligation in s. 24(1) — which applies to “any information about an offender that [the CSC] uses” — was intended to have broad application.

[36] Furthermore, reading s. 24(1) in the context of the other provisions in ss. 23 through 27 confirms that the broad scope of the obligation in s. 24(1) should not be limited by the evidently narrower scope of s. 24(2). Section 24(2) provides that it applies to information the CSC has obtained pursuant to s. 23(1) and then disclosed to an offender pursuant to s. 23(2). However, the fact that subs. 24(2) is in the same section as subs. 24(1) does not mean that these two provisions were intended to have identical scopes. As I mentioned above, certain provisions in s. 26 expressly apply to different types of information, but s. 26 as a whole deals generally with the disclosure of information to victims. And whereas the subsections of s. 27 all deal generally with giving information to offenders, ss. 27(1) and 27(2) address the giving of information in different circumstances. Likewise, ss. 24(1) and 24(2) both deal generally with the accuracy of information. It does not follow that they apply to identical types of information. Had Parliament intended s. 24(1) to apply only to information the CSC has collected pursuant to s. 23(1), it could have said so explicitly. Moreover, it could have placed the two subsections of s. 24 in s. 23 instead of placing them together in a separate section. In any case, the fact that subs. 24(1) and 24(2) are in the same section is not sufficient to overcome the clear language of the words “any information”, which

en ligne de compte dans une décision à son sujet, et exige que, dans certaines circonstances, on lui communique « tous les renseignements » entrant en ligne de compte ou pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci.

[35] Lorsqu’on lit ensemble les art. 23 à 27, on voit clairement que, lorsque le législateur a voulu qu’une disposition s’applique seulement à certains renseignements, il les a énumérés ou a autrement restreint la portée des renseignements auxquels la disposition est censée s’appliquer. Cela renforce davantage la conclusion selon laquelle il entendait que l’obligation prévue au par. 24(1) — qui s’applique aux « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants » (« any information about an offender that [the CSC] uses ») — soit d’application large.

[36] Qui plus est, la lecture du par. 24(1) à la lumière des autres dispositions contenues aux art. 23 à 27 confirme que la portée générale de l’obligation prévue à ce paragraphe ne saurait être restreinte par la portée manifestement plus restrictive du par. 24(2). Le paragraphe 24(2) précise qu’il s’applique aux renseignements que le SCC a obtenus conformément au par. 23(1), puis communiqués au délinquant en application du par. 23(2). Toutefois, ce n’est pas parce que les par. 24(2) et 24(1) se trouvent dans le même article qu’ils sont censés avoir la même portée. Comme je l’ai mentionné précédemment, certaines dispositions de l’art. 26 s’appliquent expressément à différents types de renseignements, mais l’ensemble de l’art. 26 vise de façon générale la communication de renseignements aux victimes. Et si les paragraphes de l’art. 27 traitent tous généralement de la communication de renseignements au délinquant, les par. 27(1) et (2) concernent les différentes circonstances dans lesquelles ceux-ci sont communiqués. De même, les par. 24(1) et (2) traitent tous deux de façon générale de l’exactitude des renseignements, ce qui ne veut pas dire qu’ils s’appliquent aux mêmes types de renseignements. Si le législateur avait voulu que le par. 24(1) s’applique seulement aux renseignements recueillis par le SCC en conformité avec le par. 23(1), il aurait pu le dire explicitement. Il aurait aussi pu incorporer les

indicate that the obligation provided for in s. 24(1) has a broad scope.

[37] The legislative scheme within which the CSC operates also favours a reading of the words “any information about an offender that [the CSC] uses” in s. 24(1) that includes results generated by the impugned tools. Both that legislative scheme and the CSC’s practice based on the scheme contemplate CSC decision-makers using information such as results generated by the impugned tools in making important decisions about offenders. For example, s. 17 of the *Corrections and Conditional Release Regulations* requires the CSC to consider “any physical or mental illness or disorder suffered by the inmate” and “the inmate’s potential for violent behaviour” in determining the security classification to be assigned to an inmate. Moreover, according to evidence presented at trial, it is CSC policy to require that psychological risk assessments be conducted with respect to offenders in some circumstances, including where an inmate serving a life sentence is being considered for conditional release. The fact that the legislative scheme contemplates that the CSC will use information such as results generated by the impugned tools indicates that the scheme also contemplates that the information will be subject to the obligation provided for in s. 24(1). And the fact that CSC policy requires the use of this information in certain circumstances favours applying the obligation to it.

[38] In addition, the statutory purpose of the correctional system supports an interpretation according to which the CSC’s obligation under s. 24(1) extends to the accuracy of psychological or actuarial test results that it uses. As I mentioned above, the system’s purpose is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by carrying out sentences through the safe and humane custody of inmates and by assisting in their rehabilitation and their reintegration into the community as law-abiding

deux paragraphes de l’art. 24 à l’art. 23 plutôt que de les regrouper dans un article distinct. Quoi qu’il en soit, le fait que les par. 24(1) et (2) se trouvent dans le même article ne saurait écarter le sens clair des mots « les renseignements » (en anglais « *any information* »), qui indiquent que l’obligation prévue au par. 24(1) a une vaste portée.

[37] Le régime législatif dans le cadre duquel œuvre le SCC favorise également une interprétation des mots « les renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants » au par. 24(1) qui englobe les résultats produits par les outils contestés. Autant ce régime législatif que la pratique appliquée par le SCC sur son fondement prévoient que les décisions importantes concernant les délinquants sont prises par le SCC en fonction de ces résultats. À titre d’exemple, l’art. 17 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* exige du SCC qu’il tienne compte de « toute maladie physique ou mentale ou tout trouble mental dont il souffre » et de « sa propension à la violence » pour déterminer la cote de sécurité à assigner à chaque détenu. Par ailleurs, selon la preuve présentée au procès, le SCC a pour politique d’exiger une évaluation psychologique du risque dans certains cas, notamment lorsqu’un détenu purgeant une peine d’emprisonnement à perpétuité est évalué en vue d’une libération conditionnelle. Le fait que le régime législatif envisage que le SCC utilisera des renseignements comme les résultats produits par les outils contestés indique qu’il envisage également que ces renseignements seront assujettis à l’obligation prévue au par. 24(1). Et le fait que la politique du SCC exige le recours à ces renseignements dans certaines circonstances joue en faveur de leur assujettissement à l’obligation.

[38] En outre, l’objectif de la loi relatif au système correctionnel appuie l’interprétation selon laquelle l’obligation qu’impose au SCC le par. 24(1) s’étend à l’exactitude des résultats des tests psychologiques ou actuariels qu’il utilise. Comme je l’ai mentionné précédemment, l’objet du système est de contribuer au maintien d’une société juste, vivant en paix et en sécurité, d’une part, en assurant l’exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d’autre part, en aidant à la réadaptation

citizens: *CCRA*, s. 3. Having accurate information about an offender's psychological needs and the risk the offender poses is doubtless crucial for the CSC to effectively achieve this purpose. Thus, the system's purpose is best furthered by interpreting s. 24(1) of the *CCRA* broadly.

[39] Accurate information about an offender's psychological needs is also necessary for the CSC to comply with the guiding principle set out in s. 4(c) of the *CCRA*, namely that the CSC is to use necessary and proportionate measures to attain the purpose referred to in s. 3. And interpreting s. 24(1) such that the obligation to ensure the accuracy of information applies to the results of psychological tests is consistent with the guiding principle in s. 4(g) that the CSC's practices must be responsive to the needs of equity-seeking groups, including persons requiring mental health care. This is because psychological tests, including some of the tests at issue in this case, are used to assess the psychological and treatment needs of such persons.

[40] Interpreting s. 24(1) as applying to a broad range of information, including psychological test results and recidivism risk assessments, is also consistent with the paramount consideration for the CSC set out in s. 3.1 of the *CCRA*: the protection of society. Mr. Ewert's concern in this case is that, as a result of cultural bias, the impugned psychological tests and risk assessments incorrectly identify him as having psychopathic personality disorder or overestimate the risk that he will reoffend. But when the CSC uses tests whose accuracy is in question, there is also a risk of the converse: that psychological or actuarial tests that are inaccurate when applied to a particular cultural group may underestimate risk, thereby undermining the protection of society.

des détenus et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois (*LSCMLC*, art. 3). Disposer de renseignements exacts sur les besoins psychologiques d'un délinquant et le risque qu'il présente est indubitablement crucial pour permettre effectivement au SCC d'atteindre cet objectif. Ainsi, une interprétation large du par. 24(1) de la *LSCMLC* favorise l'atteinte de l'objet du système.

[39] Le SCC doit également pouvoir compter sur des renseignements exacts concernant les besoins psychologiques d'un délinquant afin de pouvoir se conformer au principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4c) de la *LSCMLC*, à savoir que le SCC doit prendre les mesures nécessaires et proportionnelles pour atteindre l'objectif mentionné à l'art. 3. Et interpréter le par. 24(1) de manière à ce que l'obligation de veiller à l'exactitude des renseignements s'applique aux résultats des tests psychologiques s'accorde avec le principe de fonctionnement de l'al. 4g), selon lequel les pratiques du SCC doivent tenir compte des besoins propres aux groupes en quête d'équité, notamment les personnes ayant besoin de soins de santé mentale. En effet, les tests psychologiques, y compris certains des tests en litige dans la présente affaire, sont utilisés en vue de l'évaluation des besoins psychologiques et en matière de traitement de ces personnes.

[40] Interpréter le par. 24(1) comme s'appliquant à un vaste éventail de renseignements, y compris aux résultats de tests psychologiques et aux évaluations du risque de récidive, s'accorde également avec le critère prépondérant appliqué par le SCC aux termes de l'art. 3.1 de la *LSCMLC* : la protection de la société. En l'espèce, ce qui inquiète M. Ewert, c'est qu'en raison de préjugés culturels, les tests psychologiques et les évaluations du risque contestés lui attribuent à tort un trouble de personnalité psychopathique ou exagèrent le risque de récidive qu'il présente. Or, lorsque le SCC utilise les tests dont la fiabilité est mise en question, le risque contraire apparaît lui aussi, à savoir que les tests psychologiques ou actuariels dont les résultats sont inexacts dans le cas d'un certain groupe culturel sous-estiment les risques et compromettent par le fait même la protection de la société.



[41] Finally, the nature of the information derived from the impugned tools provides further support for its inclusion in the scope of the words “any information” in s. 24(1). In oral argument, the Crown took the position that actuarial tests are an important tool because the information derived from them is objective and thus mitigates against bias in subjective clinical assessments. In other words, the impugned tools are considered useful *because* the information derived from them can be scientifically validated. In my view, this is all the more reason to conclude that s. 24(1) imposes an obligation on the CSC to take reasonable steps to ensure that the information is accurate.

[42] I accordingly reject the Crown’s argument that the obligation in s. 24(1) relates only to information-gathering and record-keeping — that is, that the CSC’s obligation extends only to ensuring that information about an offender is accurately recorded. Had Parliament so intended, it would have been simple enough to provide that the obligation was “to take all reasonable steps to ensure that any information the CSC uses is accurately recorded”. Moreover, an obligation to ensure accurate record-keeping would be relatively easy for the CSC to meet. The obligation s. 24(1) *actually* creates with respect to ensuring accuracy is qualified: what is required is that “all reasonable steps” be taken to ensure that information is “as accurate . . . as possible”. The fact that Parliament considered these qualifications necessary suggests that s. 24(1) requires more than simply good record-keeping.

[43] The Crown also argues that the obligation to ensure accuracy provided for in s. 24(1) should not apply to results generated by the impugned tools, because it is inappropriate to speak of “accuracy” in the context of actuarial science. The Crown submits that actuarial scores cannot be described as being “accurate” or “inaccurate”; rather, they may have “different levels of predictive validity, in the sense that they predict poorly, moderately well or strongly”: R.F., at para. 106. However, the obligation provided for in s. 24(1) is a general one that is necessarily described

[41] Enfin, la nature des renseignements tirés des outils contestés renforce encore plus l’idée qu’ils sont visés par les mots « les renseignements » au par. 24(1). Lors de sa plaidoirie, la Couronne a fait valoir que les tests actuariels sont un outil important parce que les renseignements qui en découlent sont objectifs et qu’ils viennent donc atténuer les distorsions propres aux évaluations cliniques subjectives. Autrement dit, les outils contestés sont jugés utiles *parce que* les renseignements qu’ils produisent peuvent être scientifiquement validés. À mon avis, il faut en conclure à plus forte raison que le par. 24(1) impose au SCC l’obligation de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements soient exacts.

[42] Je rejette en conséquence l’argument de la Couronne selon lequel l’obligation du par. 24(1) ne se rapporte qu’à la collecte de renseignements et à la tenue de dossiers — c’est-à-dire que le SCC doit seulement veiller à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient consignés correctement. Si c’est ce que le législateur voulait, il aurait pu simplement préciser que l’obligation consistait à « veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements que le SCC utilise soient consignés correctement ». De plus, il serait relativement facile pour le SCC de s’acquitter de l’obligation de veiller à consigner avec exactitude les renseignements utilisés. L’obligation d’exactitude créée *dans les faits* par le par. 24(1) est limitée : ce qui est exigé, c’est que « dans la mesure du possible », le SCC veille à ce que les renseignements soient « exacts ». Le fait que le législateur ait jugé cette limite nécessaire tend à indiquer que le par. 24(1) exige davantage qu’une simple bonne tenue de dossiers.

[43] La Couronne soutient également que l’obligation d’exactitude prévue au par. 24(1) ne devrait pas s’appliquer aux résultats générés par les outils contestés, parce qu’il ne convient pas de parler d’« exactitude » dans le domaine de la science actuarielle. La Couronne souligne que les estimations actuarielles ne peuvent être qualifiées d’« exactes » ou d’« inexactes »; en fait, on peut dire de leur capacité prédictive qu’elle est [TRANSCRIPTION] « faible, assez bonne ou forte » (m.i., par. 106). Toutefois, l’obligation prévue au par. 24(1) en est une de nature

using general rather than technical language. Even if we accept that actuarial science draws a distinction between the concepts of “accuracy” and “predictive validity”, it is not inappropriate to apply the obligation provided for in s. 24(1) to actuarial test scores: in this context, the obligation to take all reasonable steps to ensure that information is “as accurate . . . as possible” may be understood to mean that the CSC must take steps to ensure that it relies on test scores that predict risks strongly rather than those that do so poorly.

[44] In any case, at trial, both parties’ experts proceeded from the premise that the accuracy of a psychological or actuarial assessment tool can be evaluated and that such an evaluation is relevant to a decision whether to use that tool. For example, Dr. Hart testified that “validity” is a term of art in psychology that refers to “the accuracy or meaningfulness of test scores” and that “with respect to a violence risk assessment tool, the accuracy would be the ability of the test scores to forecast future violence”: A.R., vol. XX, at pp. 6635-36. Similarly, Dr. Rice testified that, in the context of risk assessment instruments, “validity” refers to “the accuracy of measurement” or “[t]he degree to which an assessment measures what it’s supposed to measure”: “accurate predictions are said to be valid”: A.R., vol. XXI, at pp. 6770-71. That the experts understood that accuracy is a concept relevant to the impugned tools makes sense. The PCL-R produces a numerical score that is meant to indicate whether the subject has a psychopathic personality disorder; if PCL-R scores actually reflect the subject’s state in this regard, they can, in ordinary language, be said to be accurate. Similarly, if the results generated by assessment tools meant to assess the risk of recidivism actually correspond to the risk that the subject will reoffend, they can be said to be accurate.

[45] In light of the words, the context and the purpose of s. 24(1) of the *CCRA*, I conclude that results generated by the impugned tools are “information” within the meaning of that provision. As a result, the

générale qui appelle nécessairement une description en termes généraux plutôt que techniques. Même si nous acceptons que la science actuarielle établit une distinction entre les notions d’« exactitude » et de « validité prédictive », il n’est pas inopportun d’assujettir les résultats de tests actuariels à l’obligation prévue au par. 24(1) : dans ce contexte, l’obligation de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient « exacts » signifierait que le SCC doit veiller à ce que les résultats de tests sur lesquels il s’appuie aient une capacité forte plutôt que faible à prédire les risques.

[44] Quoi qu’il en soit, au procès, les experts des deux parties sont partis du principe que l’exactitude d’un outil d’évaluation psychologique ou actuarielle peut être évaluée et que cette évaluation est importante pour décider s’il convient d’utiliser cet outil. Par exemple, M. Hart a affirmé que la [TRADUCTION] « validité » est un terme technique en psychologie qui désigne « l’exactitude ou l’utilité des résultats des tests » et que « pour ce qui est de l’outil d’évaluation du risque de violence, l’exactitude s’entendrait de la capacité des résultats du test de prévoir la perpétration de futurs actes de violence » (d.a., vol. XX, p. 6635-6636). De même, M<sup>me</sup> Rice a mentionné que, dans le contexte des instruments d’évaluation du risque, la [TRADUCTION] « validité » s’entend de « l’exactitude de la mesure » ou « de jusqu’à quel point une évaluation mesure ce qu’elle est censée mesurer » : « les prédictions exactes sont jugées valables » (d.a., vol. XXI, p. 6770-6771). Que les experts aient compris l’importance que revêt le concept d’exactitude des outils contestés va de soi. La PCL-R produit des résultats numériques censés indiquer si le sujet souffre d’un trouble de personnalité psychopathique; si les résultats de la PCL-R reflètent véritablement l’état du sujet à cet égard, on peut dire, en termes simples, qu’ils sont exacts. De même, si les résultats générés par les outils destinés à évaluer le risque de récidive correspondent bel et bien au risque de récidive du sujet, on peut dire d’eux qu’ils sont exacts.

[45] Compte tenu des mots, du contexte et de l’objet du par. 24(1) de la *LSCMLC*, je conclus que les résultats générés par les outils contestés sont des « renseignements » au sens de cette disposition. En

CSC's statutory obligation to take "all reasonable steps" to ensure that information is accurate applies to them.

(2) Did the CSC Take "All Reasonable Steps" to Ensure That the Information It Used Was Accurate?

[46] Having determined that the obligation provided for in s. 24(1) applies to information derived from the impugned tools, the next question is whether the CSC breached that obligation. More specifically, it must be asked whether the CSC took all reasonable steps to ensure that the impugned tools produce accurate information when applied to Indigenous persons such as Mr. Ewert.

[47] Mr. Ewert bore the onus of establishing on a balance of probabilities that the CSC had breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. As the trial judge correctly found, this did not require Mr. Ewert to prove that the impugned tools produce inaccurate results. The question is not whether the CSC relied on inaccurate information, but whether it took all reasonable steps to ensure that it did not. Showing that the CSC failed to take all reasonable steps in this respect may, as a practical matter, require showing that there was some reason for the CSC to doubt the accuracy of information in its possession about an offender. If the trial judge's reasons for judgment are read as a whole, it is clear that this is what he meant when he wrote that it was sufficient for Mr. Ewert to raise a "reasonable challenge" to the "reliability" of the assessment tools: para. 82. The trial judge stated clearly that the question to be addressed was whether the CSC's actions were sufficient to fulfill the legislated standard of all reasonable steps to ensure accuracy, currency and completeness. He made no error in setting out the applicable legal test, and there is no indication that he applied an incorrect standard of proof: see *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 54.

conséquence, l'obligation légale qui incombe au SCC de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient exacts s'applique à eux.

(2) Le SCC a-t-il veillé, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements qu'il a utilisés soient exacts?

[46] Puisqu'il est décidé que l'obligation prévue au par. 24(1) s'applique aux renseignements tirés des outils contestés, il faut se demander si le SCC a manqué à cette obligation et, plus précisément, si le SCC a veillé, dans la mesure du possible, à ce que les outils contestés produisent des renseignements exacts lorsqu'ils sont utilisés à l'égard d'Autochtones comme M. Ewert.

[47] M. Ewert avait le fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le SCC a manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Comme le juge du procès l'a conclu à bon droit, cela n'obligeait pas M. Ewert à prouver que les outils contestés produisent des résultats inexacts. Il ne s'agit pas de savoir si le SCC s'est fondé sur des résultats inexacts, mais s'il a veillé, dans la mesure du possible, à ce que cela ne soit pas le cas. Pour démontrer que le SCC ne s'est pas acquitté de cette obligation, il faut peut-être, en pratique, prouver que le SCC avait une raison de douter de l'exactitude des renseignements en sa possession au sujet d'un délinquant. Si les motifs du jugement de première instance sont lus comme un tout, il est manifeste que c'est ce que le juge du procès voulait dire lorsqu'il a écrit que M. Ewert n'avait qu'à soulever un « doute raisonnable » quant à la « fiabilité » des outils d'évaluation (par. 82). Le juge du procès a clairement dit que la question à trancher était de savoir si, par ses agissements, le SCC avait satisfait à l'obligation légale qu'il avait de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements soient exacts, à jour et complets. Sa formulation du critère juridique applicable ne comportait aucune erreur et rien n'indique qu'il a appliqué une norme de preuve erronée : voir *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 54.



[48] Section 24(1) requires that the CSC take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about an offender that it uses, not all possible steps. What constitutes “all reasonable steps” for the purposes of s. 24(1) of the *CCRA* will vary with the context. The trial judge’s conclusion that the CSC failed to take the reasonable steps required in the particular circumstances of this case is amply supported by the record.

[49] The trial judge noted that the CSC had long been aware of concerns regarding the possibility of psychological and actuarial tools exhibiting cultural bias. Such concerns had in fact led the CSC to conduct research into the validity of certain actuarial tools other than the impugned tools when applied to Indigenous offenders and to cease using those other tools in respect of Indigenous inmates. Similar confirmatory research had also been contemplated by the Federal Court of Appeal in *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 285, 382 N.R. 370. As well, research into the validity of at least some of the impugned tools when applied to members of cultural minority groups had been conducted in other jurisdictions.

[50] By contrast, the trial judge found that the CSC had not taken any action to confirm the validity of the impugned tools and that it had continued to use them in respect of Indigenous offenders without qualification. This was true despite the fact that research by the CSC into the impugned tools, though challenging, would have been feasible. In these circumstances, the trial judge concluded that the CSC’s failure to take *any* steps to ensure the validity of the impugned tools when applied to Indigenous offenders did not meet the legislated standard set out in s. 24(1) of the *CCRA*.

[51] Further support for the conclusion that the CSC’s inaction in this respect constituted a failure to take the requisite reasonable steps can be found in the guiding principle set out in s. 4(g) of the *CCRA*, which the trial judge highlighted as being

[48] Le paragraphe 24(1) exige que le SCC veille, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient exacts, et non qu’il prenne toutes les mesures possibles à cette fin. Ce en quoi consiste « la mesure du possible » pour l’application du par. 24(1) de la *LSCMLC* varie selon le contexte. Le dossier étaye amplement la conclusion du juge du procès selon laquelle le SCC n’a pas pris les mesures raisonnables qui s’imposaient eu égard aux circonstances particulières de l’espèce.

[49] Le juge du procès a fait observer que le SCC savait depuis longtemps qu’on se préoccupait de la possibilité que les outils d’évaluation psychologique et les tests actuariels soient empreints d’un préjugé culturel. D’ailleurs, ce sont ces préoccupations qui ont effectivement poussé le SCC à mener des recherches sur la validité de l’utilisation de certains outils actuariels (mais pas des outils contestés) à l’égard de délinquants autochtones et à ne plus utiliser ces autres outils à l’endroit des détenus autochtones. Dans *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 285, la Cour d’appel fédérale a également envisagé la conduite de telles recherches. Des recherches sur la validité d’au moins certains des outils contestés utilisés à l’égard de membres de minorités culturelles ont aussi été menées dans d’autres ressorts.

[50] Le juge du procès a toutefois conclu que le SCC n’avait rien fait pour confirmer la validité des outils contestés et qu’il avait continué à les utiliser sans réserve à l’égard des délinquants autochtones, et ce, même s’il aurait pu, malgré les difficultés de l’exercice, mener de telles recherches. Le juge du procès a ainsi conclu que l’omission du SCC de faire *quoi ce que soit* pour s’assurer de la validité des outils contestés à l’égard des délinquants autochtones ne respectait pas l’obligation légale énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[51] Le principe de fonctionnement énoncé à l’al. 4g) de la *LSCMLC*, que le juge du procès a estimé particulièrement pertinent pour son examen, étaye aussi la conclusion selon laquelle, par son inaction à cet égard, le SCC n’a pas pris les

of particular relevance to his inquiry. That provision reads as follows:

Principles that guide Service

4 The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:

...

(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;

[52] This is the first opportunity this Court has had to consider the interpretation and application of s. 4(g) of the *CCRA*. The inquiry into its meaning must be guided by the modern approach to statutory interpretation I discussed above in relation to s. 24(1) of the *CCRA*.

[53] In my view, the application of that approach leads to the conclusion that the principle set out in s. 4(g) of the *CCRA* can only be understood as a direction from Parliament to the CSC to advance substantive equality in correctional outcomes for, among others, Indigenous offenders. Section 4(g) represents an acknowledgement of the systemic discrimination faced by Indigenous persons in the Canadian correctional system. This is a long-standing concern, and one that has become more, not less, pressing since s. 4(g) was enacted. In these circumstances, it is critical that the CSC give meaningful effect to s. 4(g) in performing all of its functions. In the context of the present case, giving meaningful effect to s. 4(g) means, at a minimum, addressing the long-standing, and credible, concern that continuing to use the impugned risk assessments in evaluating Indigenous inmates perpetuates discrimination and contributes to the disparity in correctional outcomes between Indigenous and non-Indigenous offenders.

mesures raisonnables requises. L'alinéa 4g) est ainsi libellé :

Principes de fonctionnement

4 Le Service est guidé, dans l'exécution du mandat visé à l'article 3, par les principes suivants :

...

g) ses directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d'autres groupes;

[52] C'est la première fois que notre Cour a la possibilité d'examiner l'interprétation et l'application de l'al. 4g) de la *LSCMLC*. Pour cerner le sens de cette disposition, il convient de recourir à la méthode moderne d'interprétation des lois dont j'ai parlé précédemment au sujet du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[53] À mon avis, le recours à cette méthode nous amène à conclure que l'unique interprétation possible du principe énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC* est la suivante : le législateur enjoint au SCC de progresser vers l'égalité réelle des résultats correctionnels en ce qui concerne notamment les délinquants autochtones. Le législateur reconnaît à l'al. 4g) la discrimination systémique vécue par les Autochtones au sein du système correctionnel canadien. Cette préoccupation de longue date est devenue plus urgente depuis l'adoption de l'al. 4g). Dans ces circonstances, il est essentiel que le SCC donne véritablement effet à l'al. 4g) dans l'exercice de toutes ses fonctions. Dans le contexte de la présente affaire, cela veut dire que le SCC doit au moins essayer de répondre aux inquiétudes valables et de longue date selon lesquelles la poursuite de l'utilisation des évaluations du risque contestées à l'égard des détenus autochtones perpétue la discrimination et contribue à la disparité des résultats correctionnels entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones.

[54] It is evident from the grammatical and ordinary sense of the words of s. 4(g) that this provision requires the CSC to ensure that its practices, however neutral they may appear to be, do not discriminate against Indigenous persons. The requirement that the CSC respect differences and be responsive to the special needs of various groups reflects the long-standing principle of Canadian law that substantive equality requires more than simply equal treatment and that, indeed, “identical treatment may frequently produce serious inequality”: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 164-65. Although s. 4(g) is not limited to Indigenous persons, the fact that the provision specifically adverts to the needs of Indigenous persons, as well as of women and persons requiring mental health care, indicates that, in Parliament’s view, those groups are among the most vulnerable to discrimination in the correctional system.

[55] The legislative history of the *CCRA* supports the view that s. 4(g) mandates the CSC to pursue substantive equality in correctional outcomes by respecting the unique needs of equity-seeking groups, and in particular those of Indigenous persons. A guiding principle similar to the one now found in s. 4(g) was among the proposals originally set out in a federal government green paper entitled *Directions for Reform: A Framework for Sentencing Corrections and Conditional Release* (1990): see Canada, Solicitor General, *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act Five Years Later — Consolidated Report* (1998), at pp. ii and 7; *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 4, 1991, at pp. 4430-31 (Hon. Doug Lewis). One of the concerns identified in *Directions for Reform* was that although the correctional system had shortcomings even in “managing a homogenous population of offenders” (p. 10), the function to which it was geared, its shortcomings were even more acute for women, Indigenous persons, racialized persons, persons with mental health issues and other distinct groups. The authors acknowledged that the profound effects of this disparity called into question the very effectiveness, fairness and even-handedness of the corrections system, and they called for reforms to promote equity and predictability in the system and in decisions

[54] Il ressort du sens grammatical et ordinaire des mots de l’al. 4g) que le SCC doit s’assurer que ses pratiques — aussi neutres semblent-elles — ne sont pas discriminatoires à l’endroit des Autochtones. L’exigence que le SCC respecte les différences et réponde aux besoins propres à divers groupes témoigne du principe bien établi en droit canadien selon lequel l’égalité réelle requiert plus qu’une simple égalité de traitement et qu’en fait, « un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités » : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 164-165. L’alinéa 4g) ne vise pas uniquement les Autochtones, mais le fait que la disposition renvoie expressément à leurs besoins ainsi qu’à ceux des femmes et des personnes nécessitant des soins de santé mentale indique que le législateur percevait ces groupes comme parmi les plus susceptibles de faire l’objet de discrimination dans le système correctionnel.

[55] L’historique législatif de la *LSCMLC* appuie le point de vue selon lequel l’al. 4g) prescrit au SCC de viser l’égalité réelle des résultats correctionnels en respectant les besoins propres aux groupes en quête d’équité, et en particulier ceux des Autochtones. Un principe de fonctionnement semblable à celui qui figure maintenant à l’al. 4g) se trouvait parmi les propositions initialement formulées par le gouvernement fédéral dans le livre vert intitulé *Vers une réforme : Un cadre pour la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition* (1990) (voir Canada, Solliciteur général, *Pour une société juste, paisible et sûre : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition cinq ans plus tard — Rapport global* (1998), p. ii et 7; *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 4 novembre 1991, p. 4430-4431 (l’hon. Doug Lewis)). Une des sources de préoccupation relevées dans le document intitulé *Vers une réforme* était que si le système correctionnel accusait des lacunes même dans la « gestion d’une population homogène de délinquants » (p. 13), en fonction de laquelle il était conçu, ces lacunes étaient encore plus graves dans le cas des femmes, des Autochtones, des membres de groupes ethniques, des personnes atteintes de troubles mentaux et d’autres groupes distincts. Les auteurs du document ont reconnu que les profondes répercussions de cette

made about individual offenders: pp. 10 and 15, see also pp. 6-7.

[56] In *Directions for Reform*, the over-representation of Indigenous persons in the criminal justice system was emphasized as a priority for the federal government. The paper expressed a commitment to ensuring the equitable treatment of Indigenous offenders by all components of that system, including the correctional system. Significantly, the authors explicitly recognized that equitable treatment of Indigenous offenders involves “more than the replication of programs designed for non-Aboriginal offenders”: p. 25. Inequitable treatment of Indigenous offenders in the correctional system and the conditional release process was specifically linked to the issue of Indigenous over-representation in prison populations: p. 11.

[57] The mischief s. 4(g) was intended to remedy informs its interpretation. This mischief is, at least in part, the troubled relationship between Canada’s criminal justice system and its Indigenous peoples. The alienation of Indigenous persons from the Canadian criminal justice system has been well documented. Although this Court has in the past had occasion to discuss this issue most extensively in the context of sentencing and of the interpretation and application of s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, it is clear that the problems that contribute to this reality are not limited to the sentencing process. Numerous government commissions and reports, as well as decisions of this Court, have recognized that discrimination experienced by Indigenous persons, whether as a result of overtly racist attitudes or culturally inappropriate practices, extends to all parts of the criminal justice system, including the prison system: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at paras. 61-65 and 68; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System*

disparité remettaient en cause l’efficacité du système correctionnel, son équité et son uniformité, et ont réclamé des réformes pour favoriser une plus grande équité et prévisibilité du système et des décisions prises à l’endroit des délinquants : p. 12-13 et 17, voir aussi p. 8-9.

[56] Le document *Vers une réforme* qualifiait la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale de priorité pour le gouvernement fédéral et exprimait un engagement de la part de toutes les composantes de ce système, y compris du système correctionnel, à garantir un traitement équitable aux détenus autochtones. Fait important, les auteurs ont explicitement reconnu qu’un traitement équitable des délinquants autochtones nécessite « plus que la simple application de programmes conçus pour des non-autochtones » : p. 28. Ils ont expressément lié le traitement inéquitable des délinquants autochtones dans le système correctionnel et dans le processus de mise en liberté sous condition à la surreprésentation des Autochtones au sein de la population carcérale : p. 14.

[57] La situation problématique à laquelle l’al. 4g) visait à remédier nous éclaire sur l’interprétation de cette disposition. Ce problème consiste, du moins en partie, en la relation trouble entre le système de justice pénale et les peuples autochtones du Canada. Le sentiment d’aliénation des Autochtones à l’endroit du système canadien de justice pénale est bien documenté. Notre Cour a déjà eu l’occasion d’analyser cette question de manière fort approfondie sous l’angle de la détermination de la peine et de l’interprétation et l’application de l’al. 718.2e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, mais il est manifeste que les problèmes à l’origine de cet état de fait ne se limitent pas au processus de détermination de la peine. Il a été reconnu dans un grand nombre de commissions gouvernementales et de rapports, ainsi que dans des décisions de notre Cour que la discrimination subie par les Autochtones, qu’elle soit le résultat d’attitudes ouvertement racistes ou de pratiques inappropriées sur le plan culturel, s’étend à l’ensemble du système de justice pénale, y compris au système carcéral : voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 61-65 et 68; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice

and Aboriginal People (1991), pp. 431-73; Canada, Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996); Canada, *Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston* (1996), at pp. 219-23.

[58] Parliament has recognized an evolving societal consensus that these problems must be remedied by accounting for the unique systemic and background factors affecting Indigenous peoples, as well as their fundamentally different cultural values and world views. In the sentencing context, this recognition is embodied in s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, which directs sentencing judges “to undertake the process of sentencing aboriginal offenders differently, in order to endeavour to achieve a truly fit and proper sentence”: *Gladue*, at para. 33. Given this social context, the clear direction in s. 4(g) of the *CCRA* to respect cultural and linguistic differences, together with the provisions dealing specifically with Indigenous inmates in ss. 80 through 84, should be understood to be the means by which Parliament chose to address this broader problem in the correctional context.

[59] Indeed, the purpose of the correctional system set out in the *CCRA* cannot be fully achieved without giving effect to the guiding principle set out in s. 4(g). The CSC must provide for the humane custody of offenders, using measures that are limited to what is necessary and proportionate: *CCRA*, ss. 3(a) and 4(c). It must also assist in their rehabilitation and their reintegration into the community in order to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society: *CCRA*, ss. 3 and 3.1. To achieve these objectives relative to Indigenous offenders, the CSC must ensure that its policies and programs are appropriate for Indigenous offenders and responsive to their needs and circumstances, including needs and circumstances that differ from those of non-Indigenous offender populations. For the correctional system, like the criminal justice system

and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 431-473; Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996); Canada, *Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston* (1996), p. 238-243.

[58] Le législateur a reconnu l'existence d'un consensus en évolution dans la société sur le besoin de résoudre ces problèmes en tenant compte des facteurs systémiques et contextuels particuliers qui touchent les peuples autochtones, ainsi que de leurs valeurs culturelles et de leur vision du monde fondamentalement différentes. Dans le contexte de la détermination de la peine, cette reconnaissance est exprimée à l'al. 718.2e) du *Code criminel*, qui enjoint aux juges de la peine « d'aborder différemment le processus de détermination de la peine à l'égard des délinquants autochtones, pour en arriver à une peine véritablement adaptée et appropriée » : *Gladue*, par. 33. Vu ce contexte social, la directive claire donnée à l'al. 4g) de la *LSCMLC* de respecter les différences culturelles et linguistiques, à laquelle s'ajoutent les dispositions traitant expressément des détenus autochtones (art. 80 à 84), devraient être considérées comme le moyen choisi par le législateur pour s'attaquer à ce problème plus vaste dans le domaine correctionnel.

[59] En fait, l'objet du système correctionnel énoncé dans la *LSCMLC* ne peut être pleinement atteint si on ne donne pas effet au principe de fonctionnement formulé à l'al. 4g). Le SCC doit assurer la détention humaine de délinquants par des mesures de garde qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et proportionnel (*LSCMLC*, al. 3a) et 4c)). Il doit aussi aider à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale pour contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité (*LSCMLC*, art. 3 et 3.1). Pour réaliser ces objectifs à l'égard des délinquants autochtones, le SCC doit veiller à ce que ses directives d'orientation générale et programmes soient appropriés pour eux et adaptés à leurs besoins et à leur situation, y compris aux besoins et situations différents de ceux des délinquants non autochtones. Pour que le système correctionnel,



as a whole, to operate fairly and effectively, those administering it must abandon the assumption that all offenders can be treated fairly by being treated the same way.

[60] Two and a half decades have passed since this principle in s. 4(g) was incorporated into the *CCRA*. Nonetheless, there is nothing to suggest that the situation has improved in the realm of corrections. Recent reports indicate that the gap between Indigenous and non-Indigenous offenders has continued to widen on nearly every indicator of correctional performance. For example, relative to non-Indigenous offenders, Indigenous offenders are more likely to receive higher security classifications, to spend more time in segregation, to serve more of their sentence behind bars before first release, to be under-represented in community supervision populations, and to return to prison on revocation of parole: Canada, Office of the Correctional Investigator, *Spirit Matters: Aboriginal People and the Corrections and Conditional Release Act: Final Report* (2012); Canada, Office of the Correctional Investigator, *Annual Report 2015-2016* (2016), at pp. 43-44; Canada, Office of the Auditor General, *2016 Fall Reports of the Auditor General of Canada: Report 3 — Preparing Indigenous Offenders for Release — Correctional Service Canada* (2016).

[61] It is thus clear that the concerns that motivated the incorporation of the principle set out in s. 4(g) into the *CCRA* are no less relevant today than they were when the *CCRA* was enacted. In the face of ongoing disparities in correctional outcomes for Indigenous offenders, it is crucial, to ensure that the correctional system functions fairly and effectively, that the direction set out in s. 4(g) be given meaningful effect. Although many factors contributing to the broader issue of Indigenous over-incarceration and alienation from the criminal justice system are beyond the CSC's control, there are many matters *within* its control that could mitigate these pressing societal problems: see *Spirit Matters*, at pp. 6 and

comme l'ensemble du système pénal, fonctionne de manière équitable et efficace, ses administrateurs doivent cesser de présumer que tous les délinquants peuvent être traités équitablement en étant traités de la même façon.

[60] Cela fait maintenant deux décennies et demie que ce principe figurant à l'al. 4g) a été inséré dans la *LSCMLC*. Or, rien ne porte à croire que la situation s'est améliorée au sein du système correctionnel. Des rapports récents indiquent que l'écart n'a cessé de se creuser entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones pour presque chaque indicateur de rendement correctionnel. À titre d'exemple, les délinquants autochtones sont plus susceptibles que les autres délinquants de se voir attribuer une cote de sécurité de niveau supérieur, de passer plus de temps en isolement, de passer une plus grande partie de leur peine derrière les barreaux avant leur première mise en liberté, d'être sous-représentés parmi les délinquants sous surveillance dans la collectivité et d'être incarcérés de nouveau si leur libération conditionnelle est révoquée : Canada, Bureau de l'enquêteur correctionnel, *Une question de spiritualité : Les Autochtones et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition : rapport final* (2012); Canada, Bureau de l'enquêteur correctionnel, *Rapport annuel 2015-2016* (2016), p. 48-49; Canada, Bureau du vérificateur général, *Automne 2016 — Rapports du vérificateur général du Canada : Rapport 3 — La préparation des détenus autochtones à la mise en liberté — Service correctionnel Canada* (2016).

[61] Il est donc évident que les préoccupations ayant motivé l'incorporation du principe énoncé à l'al. 4g) dans la *LSCMLC* sont toujours aussi pertinentes aujourd'hui que lors de l'adoption de cette loi. Vu les écarts persistants dans les résultats correctionnels des délinquants autochtones, il est crucial qu'on donne utilement effet à la directive formulée à l'al. 4g) pour assurer le fonctionnement équitable et efficace du système correctionnel. Bien que de nombreux facteurs contribuant au problème plus vaste de la surincarcération des Autochtones et à leur aliénation par rapport au système de justice pénale échappent à la volonté du SCC, nombreux sont les leviers *dont* il a le contrôle qui pourraient atténuer

13. Taking reasonable steps to ensure that the CSC uses assessment tools that are free of cultural bias would be one.

[62] Against this backdrop of the purposes of s. 4(g) of the *CCRA*, I will now turn to how this provision can inform the inquiry into what was required of the CSC in the context of this case. In my view, both the clear direction expressed in s. 4(g) and the underlying rationale for that direction strongly support the conclusion that the CSC's inaction with respect to the concerns raised about the risk assessment instruments at issue in this appeal fell short of what s. 24(1) of the *CCRA* required it to do.

[63] The trial judge found that the impugned tools were susceptible to cultural bias. He also found that, although the CSC was aware of this concern, it had not conducted any research to confirm the validity of the tools when used in respect of Indigenous inmates. The CSC failed to address a concern that the psychological and risk information generated by these tools — information that influences the CSC's decisions — may be less accurate in the case of Indigenous inmates. This failure is contrary to the direction set out in s. 4(g) that correctional practices must respect cultural and linguistic differences.

[64] The failure to inquire into the validity of the impugned tools also risked undermining the purposes of s. 4(g) and of the *CCRA* as a whole. The trial judge found that scores derived from the impugned tools were considered in CSC decisions on key aspects of Mr. Ewert's incarceration, including those related to his security classification, to escorted temporary absences and to parole. The trial judge's findings therefore show that these tools are used for a variety of purposes, including in areas in which Indigenous inmates reportedly lag behind non-Indigenous inmates.

ces problèmes sociétaux pressants (voir *Une question de spiritualité*, p. 6 et 14). Par exemple, le SCC pourrait s'assurer, dans la mesure du possible, d'utiliser des outils d'évaluation exempts de préjugé culturel.

[62] C'est sur cette toile de fond des objectifs fixés à l'al. 4g) de la *LSCMLC* que j'examinerai maintenant la façon dont cette disposition peut éclairer l'analyse de l'obligation dont devait s'acquitter le SCC en l'espèce. À mon avis, tant la directive claire donnée à l'al. 4g) que les raisons qui ont motivé son adoption étayent fortement la conclusion que le SCC a manqué à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*, vu son inaction quant aux préoccupations soulevées à propos des outils d'évaluation du risque en litige dans le présent pourvoi.

[63] Le juge du procès a conclu que les outils contestés étaient susceptibles d'être empreints d'un préjugé culturel. Il a aussi conclu que le SCC, bien qu'étant conscient de cette source de préoccupation, n'avait mené aucune recherche pour confirmer la validité des outils à l'égard des détenus autochtones. Le SCC n'a pas cherché à apaiser la crainte que les renseignements générés par ces outils d'évaluation psychologique et du risque — renseignements qui ont une incidence sur les décisions du SCC — puissent être moins exacts dans le cas des délinquants autochtones. Son inaction à cet égard est contraire à la directive donnée à l'al. 4g) voulant que les pratiques correctionnelles doivent respecter les différences culturelles et linguistiques.

[64] L'omission de vérifier la validité des outils contestés risquait aussi de compromettre la réalisation des objectifs de l'al. 4g) et de la *LSCMLC* dans son ensemble. Le juge du procès a conclu que les résultats obtenus à partir des outils contestés ont été examinés par le SCC pour prendre des décisions au sujet de plusieurs aspects clés de l'incarcération de M. Ewert, dont ceux relatifs à sa cote de sécurité, à la possibilité qu'on lui accorde la permission de sortir avec escorte et à son admissibilité à une libération conditionnelle. Les conclusions du juge du procès démontrent donc que ces outils sont utilisés à diverses fins, y compris pour des matières à l'égard desquelles les détenus autochtones accuseraient un retard par rapport aux détenus non autochtones.

[65] Thus, the clear danger posed by the CSC's continued use of assessment tools that may overestimate the risk posed by Indigenous inmates is that it could unjustifiably contribute to disparities in correctional outcomes in areas in which Indigenous offenders are already disadvantaged. For example, if the impugned tools overestimate the risk posed by Indigenous inmates, such inmates may experience unnecessarily harsh conditions while serving their sentences, including custody in higher security settings and unnecessary denial of parole. Overestimation of the risk may also contribute to reduced access to rehabilitative opportunities, such as a loss of the opportunity to benefit from a gradual and structured release into the community on parole before the expiry of a fixed-term sentence. Another effect of an overestimation of the risk is that it could bar an inmate from participation in Indigenous-specific programming that is contingent on an offender having a low security classification or being eligible for an escorted temporary absence: see generally *Spirit Matters*, at pp. 3-4 and 29; *Annual Report 2015-2016*, at p. 44. Thus, any overestimation of the risk posed by Indigenous offenders would undermine the purpose of s. 4(g) of the *CCRA* of promoting substantive equality in correctional outcomes for Indigenous inmates and would also frustrate the correctional system's legislated purpose of providing humane custody and assisting in the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community.

[66] Given this context, it is crucial that the CSC heed the directive set out in s. 4(g) of the *CCRA*, the effect of which is that the CSC's practices must not perpetuate systemic discrimination against Indigenous persons. In the context of the case at bar, this required, at the very least, that the CSC take seriously the credible concerns that have been repeatedly raised according to which information derived from the impugned tools is of questionable validity with respect to Indigenous inmates because the tools fail to account for cultural differences. By disregarding the possibility that these tools are systematically disadvantaging Indigenous offenders and by failing to

[65] En conséquence, il semble évident qu'en continuant d'utiliser des outils d'évaluation qui peuvent surestimer le risque posé par les détenus autochtones, le SCC pourrait contribuer de façon injustifiable aux disparités dans les résultats correctionnels sur des matières à l'égard desquelles les détenus autochtones sont déjà désavantagés. À titre d'exemple, si les outils contestés exagèrent le risque posé par les détenus autochtones, ces derniers peuvent se faire imposer des conditions inutilement difficiles. Ils pourraient ainsi être détenus dans des établissements à sécurité plus élevée que nécessaire et se voir refuser inutilement une libération conditionnelle. La surestimation du risque peut aussi avoir pour conséquence de diminuer l'accès aux possibilités de réadaptation, comme la perte de l'occasion de bénéficier d'une mise en liberté sous condition graduelle et structurée dans la communauté avant l'expiration d'une peine à durée déterminée. Une surévaluation du risque pourrait également empêcher un détenu de participer à des programmes réservés aux délinquants autochtones ayant une cote de sécurité faible ou qui sont admissibles à des sorties avec escorte (voir, de façon générale, *Une question de spiritualité*, p. 3-4 et 33; *Rapport annuel 2015-2016*, p. 49). Ainsi, toute surestimation du risque posé par des détenus autochtones compromettrait, d'une part, la réalisation de l'objectif fixé à l'al. 4g) de la *LSCMLC* de favoriser l'égalité réelle dans les résultats correctionnels des détenus autochtones et contrecarrerait, d'autre part, l'objectif confié par la loi au système correctionnel de prendre des mesures de garde humaines et d'aider à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale.

[66] Dans ce contexte, il est crucial que le SCC prenne note de la directive énoncée à l'al. 4g) de la *LSCMLC* et donc que les pratiques du SCC ne perpétuent pas la discrimination systémique à l'endroit des Autochtones. En l'espèce, le SCC devait à tout le moins prendre au sérieux les préoccupations crédibles, maintes fois soulevées, sur la validité douteuse des renseignements obtenus à partir des outils contestés concernant les détenus autochtones parce que ces outils ne tiennent pas compte des différences culturelles. En faisant fi de la possibilité que ces outils désavantagent systématiquement les délinquants autochtones et en



take any action to ensure that they generate accurate information, the CSC fell short of what it is required to do under s. 24(1) of the *CCRA*.

[67] Although this Court is not now in a position to define with precision what the CSC must do to meet the standard set out in s. 24(1) in these circumstances, what is required, at a minimum, is that if the CSC wishes to continue to use the impugned tools, it must conduct research into whether and to what extent they are subject to cross-cultural variance when applied to Indigenous offenders. Any further action the standard requires will depend on the outcome of that research. Depending on the extent of any cross-cultural variance that is discovered, the CSC may have to cease using the impugned tools in respect of Indigenous inmates, as it has in fact done with other actuarial tools in the past. Alternatively, the CSC may need to qualify or modify the use of the tools in some way to ensure that Indigenous inmates are not prejudiced by their use.

*B. Did the CSC's Reliance on Results Generated by the Impugned Tools Constitute an Unjustified Infringement of Mr. Ewert's Rights Under Section 7 of the Charter?*

[68] To establish that a law or a government action violates s. 7 of the *Charter*, a claimant must show that the law or action interferes with, or deprives him or her of, life, liberty or security of the person and that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 55.

[69] In this Court, Mr. Ewert argues that the trial judge was correct to find that the CSC's use of the impugned tools deprived him of liberty and security of the person in a way that was contrary to the principles of fundamental justice prohibiting arbitrariness and overbreadth. In the alternative, he submits that this Court should recognize a new principle of fundamental justice — that the state must obey the law — and should find that the CSC's use of the impugned tools was contrary to

omettant de prendre des mesures pour s'assurer qu'ils génèrent des renseignements exacts, le SCC a manqué à l'obligation qui lui incombe suivant le par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[67] Notre Cour n'est pas aujourd'hui en mesure de définir avec précision ce que le SCC doit faire en l'occurrence pour respecter la norme énoncée au par. 24(1), mais s'il veut continuer à se servir des outils contestés, il doit à tout le moins mener des recherches pour savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, ces outils sont susceptibles de donner lieu à de la variance interculturelle lorsqu'on les utilise à l'égard de délinquants autochtones. Toute autre mesure nécessaire au regard de la norme dépendra du résultat de ces recherches. Selon l'étendue de la variance interculturelle constatée, le SCC pourrait devoir cesser d'utiliser les outils contestés à l'égard des détenus autochtones, comme il l'a d'ailleurs déjà fait pour d'autres outils actuariels. Subsidiairement, le SCC pourrait devoir modifier la façon dont il se sert des outils pour s'assurer que leur utilisation ne porte pas préjudice aux détenus autochtones.

*B. L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la Charte?*

[68] Pour établir qu'une loi ou mesure gouvernementale viole l'art. 7 de la *Charte*, le demandeur doit démontrer qu'elle porte atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne, ou l'en prive et que la privation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 55).

[69] M. Ewert soutient devant notre Cour que le juge du procès a eu raison de conclure que l'utilisation par le SCC des outils contestés l'a privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne contrairement aux principes de justice fondamentale qui interdisent l'arbitraire et la portée excessive. Subsidiairement, il ajoute que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale — l'obligation de l'État de respecter la loi — et devrait conclure que l'utilisation des outils contestés par le SCC était

that principle because it constituted a breach of s. 24(1) of the *CCRA*.

[70] Assuming, although I will not so decide, that the CSC's reliance on the impugned tools in making decisions about Mr. Ewert engaged a liberty interest or security of the person interest protected by s. 7 of the *Charter*, I conclude that Mr. Ewert has not established that the CSC's reliance on the tools violated the principle of fundamental justice against arbitrariness or that against overbreadth. I also conclude that Mr. Ewert has not established that this Court should recognize a new principle of fundamental justice in this case. Therefore, Mr. Ewert has not established an infringement of his rights under s. 7 of the *Charter*.

(1) Mr. Ewert Has Not Established That the CSC's Reliance on the Impugned Tools Violated the Prohibition Against Arbitrariness or That Against Overbreadth

[71] This Court discussed the prohibitions against arbitrariness and overbreadth as principles of fundamental justice in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 107 and 111-13 (citations omitted):

Although there is significant overlap between these three principles, and one law may properly be characterized by more than one of them, arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality remain three distinct principles that stem from what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality” — the situation where the law is “inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it” . . . . As Peter Hogg has explained:

The doctrines of overbreadth, disproportionality and arbitrariness are all at bottom intended to address what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality”, by which he means that the Court accepts the legislative objective, but scrutinizes the policy instrument enacted as the means to achieve the objective. If the policy instrument is not a rational means to achieve the objective, then the law is dysfunctional in terms of its own objective.

...

contraire à ce principe parce qu'elle constituait une violation du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[70] Bien que ce ne soit pas la conclusion à laquelle je parviendrai, en supposant que le SCC a fait intervenir un droit de M. Ewert à la liberté ou à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 de la *Charte* en se fondant sur les outils contestés pour prendre des décisions à son sujet, je conclus que M. Ewert n'a pas établi que le recours aux outils par le SCC violait le principe de justice fondamentale interdisant l'arbitraire ou celui interdisant la portée excessive. Je conclus aussi que M. Ewert n'a pas démontré que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale dans la présente affaire. En conséquence, M. Ewert n'a pas établi une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

(1) M. Ewert n'a pas établi que l'utilisation par le SCC des outils contestés contrevient à l'interdiction de l'arbitraire ou à celle de la portée excessive

[71] Notre Cour a décrit les interdictions de l'arbitraire et de la portée excessive comme des principes de justice fondamentale dans *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 107 et 111-113 (renvois omis) :

Bien qu'il y ait un chevauchement important entre le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, et que plus d'une de ces trois notions puissent bel et bien s'appliquer à une disposition, il demeure que les trois correspondent à des principes distincts qui découlent de ce que Hamish Stewart appelle un [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », à savoir que la disposition « n'est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu'elle va trop loin pour l'atteindre » [. . .] Peter Hogg explique :

[TRADUCTION] Les principes liés à la portée excessive, à la disproportion et au caractère arbitraire visent tous au fond à pallier ce que Hamish Stewart appelle un « manque de logique fonctionnelle », en ce sens que le tribunal reconnaît l'objectif législatif, mais examine le moyen choisi pour l'atteindre. Si ce moyen ne permet pas logiquement d'atteindre l'objectif, la disposition est dysfonctionnelle eu égard à son propre objectif.

...

Arbitrariness asks whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law's purpose. There must be a rational connection between the object of the measure that causes the s. 7 deprivation, and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person . . . . A law that imposes limits on these interests in a way that bears *no connection* to its objective arbitrarily impinges on those interests. . . .

Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. . . .

Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*. [Emphasis in original.]

[72] In the instant case, the trial judge concluded that the CSC had infringed Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*, because its reliance on the impugned tools in making decisions about Indigenous persons was contrary to the principles against arbitrariness and overbreadth. His conclusions on arbitrariness and overbreadth can be considered together, because they were based on the same underlying findings. The trial judge found that the objective of the CSC's decision-making was to "reliably predict an offender's risk of reoffending as accurately as possible in the interests of public safety": para. 96. In this Court, Mr. Ewert does not take issue with this characterization of the relevant objective. The trial judge accepted Dr. Hart's evidence that the impugned tools were susceptible to cultural bias and that there was no evidence that scores generated by those tools predict the risk of recidivism as accurately for

Déterminer qu'une disposition est arbitraire ou non exige qu'on se demande s'il existe un lien direct entre son objet et l'effet allégué sur l'intéressé, s'il y a un certain rapport entre les deux. Il doit exister un lien rationnel entre l'objet de la mesure qui cause l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et la limite apportée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne [. . .] La disposition qui limite ce droit selon des modalités qui n'ont *aucun lien* avec son objet empiète arbitrairement sur ce droit. . . .

Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certain*s actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certain*s de ses effets, mais pas tous. . . .

L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur l'intéressé. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*. [En italique dans l'original.]

[72] Dans l'affaire qui nous occupe, le juge du procès a conclu que le SCC avait porté atteinte aux droits de M. Ewert au titre de l'art. 7 de la *Charte* parce que son utilisation des outils contestés pour prendre des décisions à l'endroit d'Autochtones était contraire aux principes interdisant l'arbitraire et la portée excessive. Ses conclusions sur l'arbitraire et la portée excessive peuvent être examinées conjointement puisqu'elles reposaient sur les mêmes constats sous-jacents. Le juge du procès a estimé que l'objectif des décisions du SCC était de [TRADUCTION] « prédire le risque de récidive d'un délinquant de façon aussi précise que possible afin d'assurer la sécurité du public » (par. 96). M. Ewert ne conteste pas devant la Cour cette description de l'objectif en cause. Le juge du procès a accepté le témoignage de M. Hart selon lequel les outils contestés étaient susceptibles d'être empreints d'un préjugé culturel et que rien ne prouvait que les

Indigenous inmates as for non-Indigenous inmates. In the trial judge's view, two conclusions flowed from these findings. First, given the absence of evidence of accuracy, the CSC's continued use of the impugned tools in respect of Indigenous offenders was inconsistent with the objective of predicting the risk posed by offenders and was therefore arbitrary. Second, because the CSC's reliance on the impugned tools with respect to Indigenous offenders was arbitrary but its reliance on them with respect to non-Indigenous offenders was unobjectionable, its practice of using those tools for the entire inmate population without distinguishing between Indigenous and non-Indigenous inmates was overbroad.

[73] The trial judge reasonably concluded that, given the concerns relating to cultural bias, it was problematic for the CSC to continue to use the impugned tools without qualification or caution. Be that as it may, to establish arbitrariness or overbreadth, Mr. Ewert had to show on a balance of probabilities that the CSC's practice of using the impugned tools with respect to Indigenous offenders had no rational connection to the relevant government objective. The fact that a government practice is in some way unsound or that it fails to further the government objective as effectively as a different course of action would is not sufficient to establish that the government practice is arbitrary. The finding that there is uncertainty about the extent to which the tests are accurate when applied to Indigenous offenders is not sufficient to establish that there is no rational connection between reliance on the tests and the relevant government objective. Indeed, taken at its highest, Dr. Hart's expert evidence does not support a finding that there is no such rational connection. Dr. Hart testified that the tools were susceptible to cultural bias. But when asked directly about the likely magnitude of any cultural bias, he was unable to say: he suggested the bias might be relatively limited and tolerable, but could also be profound and intolerable. In other words, there was no evidence before the trial judge that how the impugned tools operate in the case of Indigenous offenders is likely

résultats générés par ces outils prédisaient le risque de récidive aussi exactement à l'égard des détenus autochtones qu'à l'égard des détenus non autochtones. Selon le juge du procès, deux conclusions pouvaient être tirées de ces constatations. Premièrement, vu l'absence de preuve quant à l'exactitude des renseignements obtenus, l'utilisation continue par le SCC des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones était incompatible avec l'objectif de prédiction du risque posé par les délinquants et était donc arbitraire. Deuxièmement, comme l'utilisation des outils contestés par le SCC à l'endroit des délinquants autochtones était arbitraire mais qu'on ne pouvait s'opposer à leur utilisation à l'endroit des autres délinquants, la pratique du SCC consistant à recourir à ces outils à l'égard de la totalité de la population carcérale sans faire de distinction entre les Autochtones et les non-Autochtones avait une portée excessive.

[73] Le juge du procès a raisonnablement conclu qu'il était problématique de la part du SCC de continuer à utiliser les outils contestés sans réserve ou circonspection, compte tenu des préoccupations sur l'existence d'un préjugé culturel. Quoiqu'il en soit, pour établir l'arbitraire ou la portée excessive, M. Ewert devait démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la pratique du SCC consistant à utiliser les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif pertinent du gouvernement. Pour établir que la pratique du gouvernement est arbitraire, il ne suffit pas de démontrer qu'elle était d'une quelconque façon inadéquate ou qu'elle ne favorisait pas autant l'atteinte de l'objectif du gouvernement qu'une autre façon de faire. La conclusion qu'il subsiste de l'incertitude sur la mesure dans laquelle les résultats des tests sont exacts à l'égard des délinquants autochtones n'est pas suffisante pour établir qu'il n'existe pas de lien rationnel entre le recours aux tests et l'objectif pertinent du gouvernement. En fait, vu sous son jour le plus favorable, le témoignage d'expert de M. Hart n'appuie pas la conclusion selon laquelle il n'y a pas de lien rationnel de ce genre. M. Hart a déclaré que les outils pourraient être empreints d'un préjugé culturel. Toutefois, lorsqu'on l'a interrogé directement sur l'ampleur probable du possible préjugé culturel, il a été incapable de la décrire. Il a répondu que le préjugé pourrait être relativement faible

to be so different from how they operate in the case of non-Indigenous offenders that their use in respect of Indigenous offenders is completely unrelated to the government objective.

[74] This is not to say that the trial judge's findings with respect to the CSC's unqualified reliance on the impugned tests are not troubling. Nevertheless, the onus was on Mr. Ewert to prove that the CSC's impugned practice was arbitrary or overbroad; he has not done so in this case.

(2) Mr. Ewert Has Not Established That This Court Should Recognize a New Principle of Fundamental Justice

[75] Mr. Ewert's primary argument with respect to the breach of his s. 7 rights is based on the alleged arbitrariness and overbreadth of the CSC's practice of relying on the impugned tools, as discussed above. However, he also argues, in the alternative, that the alleged deprivation of his liberty and security of the person interests was contrary to a proposed new principle of fundamental justice: that the state must obey the law. The trial judge found it unnecessary to address the issue of this proposed new principle of fundamental justice.

[76] Mr. Ewert bears the onus of establishing that this principle should be found to exist as a principle of fundamental justice. But he presented no detailed argument on this point and did not directly address how the proposed new principle would meet the test developed by this Court for determining that a principle is one of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*: see *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 46; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 112. He has not established that this Court should recognize this proposed new principle of fundamental justice in the case at bar.

et tolérable, tout autant que profond et intolérable. Autrement dit, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve démontrant en quoi le fonctionnement des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones peut être si différent de leur fonctionnement à l'égard de délinquants non autochtones que leur utilisation dans le cas des délinquants autochtones n'a rien à voir avec l'objectif du gouvernement.

[74] Cela ne veut pas dire que les conclusions du juge du procès au sujet de l'utilisation sans réserve des outils contestés par le SCC ne sont pas troublantes. Néanmoins, c'est à M. Ewert qu'il incombait de prouver que la pratique contestée du SCC était arbitraire ou avait une portée excessive, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce.

(2) M. Ewert n'a pas établi que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale

[75] Comme nous l'avons vu, l'argument principal de M. Ewert quant à la violation de ses droits garantis à l'art. 7 repose sur son allégation selon laquelle la pratique du SCC d'utiliser les outils contestés serait arbitraire et aurait une portée excessive. M. Ewert soutient toutefois aussi de façon subsidiaire que la privation alléguée de ses droits à la liberté et à la sécurité de sa personne était contraire à un nouveau principe proposé de justice fondamentale : l'État doit respecter la loi. Le juge du procès a estimé qu'il n'était pas nécessaire de traiter de ce nouveau principe proposé de justice fondamentale.

[76] M. Ewert a le fardeau d'établir que l'on devrait conclure à l'existence de ce principe en tant que principe de justice fondamentale. Or, il n'a présenté aucune argumentation détaillée à ce sujet et n'a pas directement démontré en quoi le nouveau principe proposé satisferait au critère élaboré par notre Cour pour déterminer qu'un principe en est un de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (voir *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 46; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 112). Il n'a pas établi que notre Cour devrait reconnaître en l'espèce que le nouveau principe qu'il propose est un principe de justice fondamentale.



*C. Did the CSC's Reliance on Results Generated by the Impugned Tools Constitute an Unjustified Infringement of Mr. Ewert's Rights Under Section 15 of the Charter?*

[77] At trial, Mr. Ewert argued that the CSC's reliance on the impugned tools infringed his rights under s. 15 of the *Charter*. He submitted in his statement of claim that by using the impugned tools, the CSC was using "reliable or true information" to make decisions about non-Indigenous inmates and "unreliable or false information" to make decisions about Indigenous inmates. This practice, he claimed, led the CSC to mete out harsher treatment and prolonged incarceration to Indigenous inmates.

[78] The trial judge rejected Mr. Ewert's s. 15 claim on the basis that the evidentiary record was not sufficiently developed. The Federal Court of Appeal upheld that conclusion. In this Court, Mr. Ewert argues that the factual findings set out in the trial judge's reasons are sufficient to support this claim.

[79] In my view, Mr. Ewert has not established the infringement of his s. 15 rights that he alleged. As I explained above, the evidence before the trial judge established a risk that the impugned tools are less accurate when applied to Indigenous inmates than when they are applied to non-Indigenous inmates. However, the trial judge did not find, and indeed could not have done so on the evidence before him, that the impugned tools do in fact overestimate the risk posed by Indigenous inmates or lead to harsher conditions of incarceration or to the denial of rehabilitative opportunities because of such an overestimation. I would therefore not disturb the trial judge's conclusion on this issue.

## VI. Conclusion and Disposition

[80] The CSC was aware of long-standing concerns as to whether the impugned tools were valid when applied to Indigenous offenders. Yet it continued to rely on the results they produced in making

*C. L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 15 de la Charte?*

[77] Au procès, M. Ewert a fait valoir que l'utilisation des outils contestés par le SCC portait atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. Dans sa déclaration, il a soutenu qu'en se servant de ces outils, le SCC utilisait des [TRADUCTION] « renseignements fiables ou exacts » pour prendre des décisions au sujet des détenus non autochtones et des « renseignements non fiables ou inexacts » pour prendre des décisions au sujet des détenus autochtones. Il soutient que cette pratique a amené le SCC à infliger aux détenus autochtones un traitement plus dur et à leur imposer une incarcération prolongée.

[78] Le juge du procès a rejeté la prétention de M. Ewert fondée sur l'art. 15 parce que les faits mis en preuve n'étaient pas suffisamment étoffés. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. Devant notre Cour, M. Ewert affirme que les conclusions factuelles énoncées dans les motifs du juge du procès sont suffisantes pour étayer sa prétention.

[79] À mon avis, M. Ewert n'a pas démontré une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15. Comme je l'ai expliqué précédemment, la preuve dont disposait le juge du procès établissait que l'utilisation des outils contestés risquait de donner des résultats moins exacts à l'égard des détenus autochtones qu'à l'égard des autres détenus. Le juge du procès n'a cependant pas conclu, et en fait il n'aurait pas pu le faire au vu de la preuve dont il disposait, que les outils contestés surestiment effectivement le risque posé par les détenus autochtones ou mènent à des conditions d'incarcération plus sévères ou à la privation de possibilités de réadaptation en raison d'une telle surévaluation. Je suis donc d'avis de ne pas modifier la conclusion du juge du procès sur ce point.

## VI. Conclusion et dispositif

[80] Le SCC était au courant des préoccupations de longue date sur la validité des résultats produits par les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones. Or, il a continué de se fier à ces résultats pour

decisions about offenders without inquiring into their validity with respect to Indigenous offenders. This was a breach of the CSC's obligation under s. 24(1) of the *CCRA* to take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate as possible. In these circumstances, it is appropriate for this Court to exercise its discretion to issue a declaration that the CSC has failed to meet its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*.

[81] A declaration is a narrow remedy but one that is available without a cause of action and whether or not any consequential relief is available: *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 143; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 37; L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at p. 88; see also *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 64. A court may, in its discretion, grant a declaration where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute before the court is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought: see *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at para. 11; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 46; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 830-33.

[82] These criteria are met here. The Federal Court had jurisdiction over the substance of Mr. Ewert's claim: *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 17. The question whether the CSC is required to validate the impugned assessment tools for use with Indigenous inmates is a real, not a theoretical, one that has been the subject of proceedings spanning almost two decades. Mr. Ewert, as an Indigenous individual and an inmate subject to the CSC's decision-making — including decision-making that affects critical aspects of his incarceration such as his security classification and the granting of parole — has

prendre des décisions au sujet des délinquants sans examiner leur validité à l'égard des Autochtones. Cette pratique constituait un manquement du SCC à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient exacts. Dans ces circonstances, il est opportun que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour prononcer un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a failli à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[81] Un jugement déclaratoire est une réparation d'une portée restreinte, mais il peut être obtenu sans cause d'action et prononcé, peu importe si une mesure de redressement consécutive peut être accordée (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 143; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 37; L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4<sup>e</sup> éd. 2016), p. 88; voir aussi les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 64). Le tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue et lorsque l'intimé a intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité (voir *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 11; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 46; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 830-833).

[82] Ces conditions sont réunies en l'espèce. La Cour fédérale a compétence sur le contenu de l'action intentée par M. Ewert (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 17). La question de savoir si le SCC est tenu de valider les outils d'évaluation contestés utilisés auprès des détenus autochtones est réelle et non pas simplement théorique, et a fait l'objet de procédures pendant près de deux décennies. M. Ewert, en tant qu'Autochtone et détenu assujéti au processus décisionnel du SCC (qui comprend le processus décisionnel ayant une incidence sur les aspects clés de son incarcération, comme sa cote de

a genuine interest in the resolution of this question. Finally, the federal Crown, and its representative, the Commissioner of the CSC, are proper parties to oppose the declaration.

[83] A declaration is a discretionary remedy. Like other discretionary remedies, declaratory relief should normally be declined where there exists an adequate alternative statutory mechanism to resolve the dispute or to protect the rights in question: see D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 1:7330. Here, the grievance procedure created by s. 90 of the *CCRA* arguably provides an alternative means by which Mr. Ewert could challenge the CSC's compliance with the obligation in s. 24(1) of the *CCRA*. It may be that in most cases, the existence of this statutory grievance mechanism would be a reason to decline to grant a declaration. However, in the exceptional circumstances of this case, a declaration is warranted.

[84] These exceptional circumstances include the fact that Mr. Ewert has already used the statutory grievance mechanism to raise his concerns about the CSC's use of actuarial assessment tools on Indigenous inmates. It cannot be said, based on the events that followed, that the grievance mechanism was effective in resolving the issues raised by Mr. Ewert.

[85] Beginning in April 2000, Mr. Ewert filed a series of grievances complaining about the use of the PCL-R, the VRAG and other assessment tools in respect of Indigenous inmates: *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, at paras. 7-14. In the course of responding to these grievances, the CSC acknowledged that there remained questions about the validity of these tools when applied to Indigenous offenders and stated that it was not aware of any research validating the tools for use with such offenders. However, despite

sécurité et la décision de lui accorder une libération conditionnelle) a véritablement intérêt à ce que cette question soit résolue. Finalement, la Couronne fédérale et son représentant, le commissaire du SCC, sont des parties habiles à s'opposer au jugement déclaratoire.

[83] Un jugement déclaratoire constitue une réparation discrétionnaire. Comme c'est le cas pour les autres réparations discrétionnaires, le tribunal devrait habituellement refuser de rendre un jugement déclaratoire lorsque la loi prévoit un autre moyen approprié de régler le litige ou de protéger les droits en question (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec l'aide de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), rubrique 1:7330). En l'espèce, on peut soutenir que la procédure de règlement de griefs créée par l'art. 90 de la *LSCMLC* prévoit un autre moyen par lequel M. Ewert pourrait contester la façon dont le SCC s'acquitte de l'obligation énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Il se peut que dans la plupart des cas, l'existence de ce mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi constitue un motif de refuser d'accorder un jugement déclaratoire. Cependant, dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, un jugement déclaratoire est justifié.

[84] Ces circonstances exceptionnelles comprennent le fait que M. Ewert s'est déjà prévalu du mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi afin d'exprimer ses préoccupations relatives à l'utilisation par le SCC d'outils d'évaluation actuarielle à l'égard de détenus autochtones. On ne saurait affirmer, en raison de l'historique du dossier, que le mécanisme de règlement de griefs a permis de résoudre les questions soulevées par M. Ewert.

[85] À partir d'avril 2000, M. Ewert a déposé une série de griefs dans lesquels il se plaignait de l'utilisation d'outils d'évaluation comme la PCL-R et le GERV à l'égard de détenus autochtones (*Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, par. 7-14 (CanLII)). En répondant à ces griefs, le SCC a reconnu qu'il restait à trancher des questions concernant la validité de ces outils à l'égard des détenus autochtones et a indiqué qu'il n'avait été informé d'aucune recherche qui validerait l'utilisation de ces outils à l'endroit de ces délinquants. Cependant,



indicating that it would obtain an opinion on the issue from an independent outside body, the CSC failed to do so. It also failed to otherwise confirm the validity of the tests. In closing Mr. Ewert's grievance in June 2005 — more than five years after he filed his first complaint — the CSC informed him that it was reviewing its intake assessment tools used for Indigenous offenders and that it would take no further action in connection with his grievance until its review was complete.

[86] The fact that a review of the CSC's assessment tools was under way in 2005 was an important factor in the Federal Court's decision to dismiss Mr. Ewert's application for judicial review with respect to the resolution of his grievance: *Ewert* (2007), at paras. 66-67. It was also an important consideration in the Federal Court of Appeal's decision to uphold the dismissal of that application, including on the basis that it was premature: *Ewert* (2008), at paras. 7-8 and 10. In its 2007 decision, the Federal Court urged the CSC to explain to Mr. Ewert the results, if any, of its review. Such an explanation had not yet been provided when Mr. Ewert appealed to the Federal Court of Appeal in 2008 — eight years after he commenced the grievance procedure. Indeed, the trial judge in the present proceeding observed that there was no evidence that the CSC had ever completed the research referred to by the Federal Court in 2007 and anticipated by the Federal Court of Appeal in 2008: para. 72.

[87] Almost two decades have now passed since Mr. Ewert first complained about the use of certain of the impugned assessment tools with respect to Indigenous inmates. In these exceptional circumstances, Mr. Ewert should not be required to begin the grievance process anew in order to determine whether the CSC's continued failure to address the validity of the impugned assessment tools is a breach of its duty under s. 24(1) of the *CCRA*. That it may technically have been open to him to do so should not preclude this Court from exercising its discretion to grant a declaration to this effect.

même s'il a indiqué qu'il obtiendrait un avis sur la question auprès d'un organisme indépendant, le SCC ne l'a pas fait. Il a aussi omis de confirmer d'une autre façon la validité de ces tests. Lorsqu'il a fermé le dossier de grief de M. Ewert en juin 2005, soit plus de cinq ans après le dépôt de sa première plainte, le SCC a informé M. Ewert qu'il était en train d'examiner ses outils d'évaluation destinés aux délinquants autochtones et qu'il ne prendrait aucune autre mesure relativement à sa plainte avant que cet examen ne soit terminé.

[86] Le fait qu'un examen des outils d'évaluation du SCC était en cours en 2005 constituait un facteur important dans la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire de M. Ewert visant le règlement de son grief (*Ewert* (2007), par. 66-67). Ce facteur a aussi été important dans la décision de la Cour d'appel fédérale de confirmer le rejet du grief, notamment pour le motif que la demande de contrôle judiciaire était prématurée (*Ewert* (2008), par. 7-8 et 10 (CanLII)). Dans sa décision de 2007, la Cour fédérale a exhorté le SCC à expliquer à M. Ewert les résultats de son examen, le cas échéant. Pareille explication n'avait toujours pas été donnée à M. Ewert au moment où celui-ci a interjeté appel à la Cour d'appel fédérale en 2008, soit huit ans après avoir intenté la procédure de règlement de griefs. En effet, le juge du procès dans la présente instance a souligné que rien ne prouvait que la recherche dont faisait mention la Cour fédérale en 2007 et qu'anticipait la Cour d'appel fédérale en 2008 avait été achevée à quelque moment que ce soit (par. 72).

[87] Près de deux décennies se sont maintenant écoulées depuis que M. Ewert s'est plaint pour la première fois de l'utilisation de certains des outils d'évaluation contestés à l'égard des détenus autochtones. Dans ces circonstances exceptionnelles, M. Ewert ne devrait pas être tenu de recommencer le processus de règlement de griefs pour que soit tranchée la question de savoir si l'omission continue du SCC de vérifier la validité des outils d'évaluation contestés constitue un manquement à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Le fait qu'il aurait pu avoir recours à un tel processus ne devrait pas empêcher la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour prononcer un jugement déclaratoire en ce sens.

[88] To be clear, a declaration that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* does not invalidate any particular decision made by the CSC, including any decision made in reliance on the impugned assessment tools. Should Mr. Ewert wish to challenge the validity of any such decision, he must do so through an application for judicial review of the relevant decision.

[89] I would also emphasize that in allowing Mr. Ewert's appeal in part and issuing a declaration that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*, this Court is not restoring the Federal Court's order. The trial judge was of the view that the interim order he issued, as well as the final order he indicated would follow, could be based either on his finding that the CSC violated Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter* or on his finding that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. I have concluded that the trial judge erred in accepting Mr. Ewert's argument under s. 7 of the *Charter*. This Court did not hear argument on the availability of consequential relief based on the CSC's breach of its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* and I make no comment on the availability of such relief in new proceedings. However, I would not remit this matter for a remedies hearing. If Mr. Ewert is of the view that any further remedy is available or appropriate in the circumstances, he may apply, in new proceedings, for a determination of that issue.

[90] Accordingly, I would allow Mr. Ewert's appeal in part. Mr. Ewert is entitled to the following declaration: That the Correctional Service of Canada breached its obligation set out in s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*.

[88] Précisons que le jugement déclaratoire selon lequel le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* n'invalide pas des décisions particulières prises par le SCC, y compris toute décision fondée sur les outils d'évaluation contestés. Si M. Ewert veut contester la validité de l'une ou de l'autre de ces décisions, il doit présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision en cause.

[89] Je tiens également à souligner qu'en accueillant l'appel de M. Ewert en partie et en prononçant un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*, la Cour ne rétablit pas l'ordonnance de la Cour fédérale. Le juge de première instance était d'avis que l'ordonnance provisoire qu'il a prononcée, ainsi que l'ordonnance définitive qui serait rendue plus tard, pouvaient s'appuyer sur sa conclusion selon laquelle le SCC avait violé les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à M. Ewert ou sur sa conclusion suivant laquelle le SCC avait manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. J'ai conclu que le juge du procès avait commis une erreur en retenant l'argument de M. Ewert fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. La Cour n'a pas entendu d'argument sur la possibilité d'obtenir une mesure de redressement consécutive en raison du manquement du SCC à son obligation au titre du par. 24(1) de la *LSCMLC*, et je ne fais aucun commentaire sur la possibilité d'obtenir une telle mesure de redressement lors d'une nouvelle procédure. Je ne suis toutefois pas d'avis de renvoyer la présente affaire pour audience sur les réparations. Si M. Ewert estime qu'une autre réparation peut être accordée ou est indiquée dans les circonstances, il peut demander, dans le cadre d'une nouvelle procédure, que l'on statue sur ce point.

[90] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi de M. Ewert. Ce dernier a droit à un jugement déclarant : que le Service correctionnel du Canada a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

The reasons of Côté and Rowe JJ. were delivered by

ROWE J. (dissenting in part) —

## I. Overview

[91] I have read Justice Wagner’s reasons. I agree with Justice Wagner’s analysis with respect to Mr. Jeffrey G. Ewert’s claims under ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, I would dismiss the appeal. I respectfully part ways with the majority on several issues. First, I do not interpret s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), as requiring the Correctional Service of Canada (“CSC”) to conduct studies on the tests that psychologists use to assess offenders. Second, I would decline to grant declaratory relief; the appropriate course of action for Mr. Ewert would be to seek judicial review.

[92] I share with the majority a view that it is important to address Indigenous overrepresentation in prisons. This Court has emphasized that decision makers in the penal system, such as judges, should take into account the specific needs and circumstances of Indigenous peoples: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433. Thus, I am in accord with Justice Wagner in his expressions of concern as to the CSC’s inaction with respect to the issue that Mr. Ewert has raised. Notwithstanding the foregoing, I am not persuaded that it was Parliament’s intent to hold the CSC to account on this issue pursuant to s. 24(1) of the *CCRA*.

## II. Background

[93] My colleague has described accurately the nature of Mr. Ewert’s claim and the decisions of the courts below. I would, however, emphasize certain key facts. The procedural history is significant; it is important to understand the CSC’s response — including its failings — to Mr. Ewert’s concerns about these psychological tools. As well, it helps frame Mr. Ewert’s claim with respect to the remedy

Version française des motifs des juges Côté et Rowe rendus par

LE JUGE ROWE (dissident en partie) —

## I. Aperçu

[91] J’ai pris connaissance des motifs du juge Wagner. Je souscris à son analyse des demandes de M. Jeffrey G. Ewert fondées sur les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. En tout respect, je me dissocie des juges majoritaires sur plusieurs points. Premièrement, je ne considère pas que le par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« LSCMLC »), oblige le Service correctionnel du Canada (« SCC ») à mener des études sur les tests qu’utilisent les psychologues pour évaluer les délinquants. Deuxièmement, je m’abstiendrais de rendre un jugement déclaratoire; la meilleure chose à faire pour M. Ewert serait de se pourvoir en contrôle judiciaire.

[92] Je partage l’avis des juges majoritaires qu’il importe de remédier à la surreprésentation des Autochtones dans les prisons. Notre Cour a souligné que les décideurs du système pénal, comme les juges, devraient prendre en compte la situation et les besoins particuliers des peuples autochtones (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433). Je me rallie donc au juge Wagner lorsqu’il se dit préoccupé par le défaut du SCC de résoudre la question soulevée par M. Ewert. Malgré ce qui précède, je ne suis pas convaincu que le législateur souhaitait obliger le SCC à rendre des comptes sur ce point conformément au par. 24(1) de la *LSCMLC*.

## II. Contexte

[93] Mon collègue a décrit avec exactitude la nature du recours intenté par M. Ewert et les décisions des juridictions inférieures. Je tiens cependant à mettre en relief certains faits déterminants. L’historique des procédures est significatif; il est important pour saisir la réponse du SCC — notamment ses carences — aux inquiétudes de M. Ewert relatives à ces outils d’évaluation psychologique. Il aide également à

sought. That is critical to the proper disposition of this appeal.

[94] Mr. Ewert first complained about the use of the impugned tools a very long time ago, in April 2000. In the years after, he filed inmate complaints about the use of these tools. All these grievances were dismissed. In June 2005, the CSC dismissed a third-level grievance, but sent Mr. Ewert a letter indicating that it was in the process of having the tools reviewed.

[95] About this time, Mr. Ewert commenced an action in Federal Court on these matters. The action was severed. Part of it proceeded as a judicial review; the rest of the action was stayed pending the outcome of the judicial review. The Federal Court and Federal Court of Appeal dismissed the judicial review on the basis that the application was premature, as the CSC's review of the impugned tools was ongoing: *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, aff'd 2008 FCA 285, 382 N.R. 370.

[96] The part of the action that had been stayed eventually continued; it is the basis for the present appeal. Throughout, Mr. Ewert claimed damages based on breaches of his *Charter* rights. However, the other civil claims that formed the basis of this action evolved considerably between 2005 and 2015 when, finally, the trial occurred. Mr. Ewert's first amended statement of claim, filed after the judicial review, claimed that the CSC acted negligently in its treatment of him. That claim was later replaced with claims of misfeasance of public office and breach of fiduciary duties. The third (and final) amended statement of claim removed the claim for misfeasance and substituted a claim that the CSC acted contrary to its statutory obligations. The remedies sought included damages, a declaration that the CSC breached Mr. Ewert's *Charter* rights, and an injunction to prevent the CSC from using the impugned tools.

situer le recours de M. Ewert par rapport à la réparation qu'il sollicite, une tâche essentielle pour bien trancher le présent pourvoi.

[94] M. Ewert s'est plaint la première fois de l'utilisation des outils contestés il y a fort longtemps, en avril 2000. Les années suivantes, il a déposé des plaintes à ce sujet en tant que détenu. Tous ces griefs ont été rejetés. En juin 2005, le SCC a rejeté un grief de troisième niveau, mais il a envoyé à M. Ewert une lettre précisant qu'il était en train d'analyser les outils.

[95] Vers la même époque, M. Ewert a intenté une action en Cour fédérale sur ces questions. L'action a été scindée en deux. Une partie a suivi son cours sous forme de contrôle judiciaire; le reste de l'action a été suspendu en attendant l'issue du contrôle judiciaire. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont rejeté la demande de contrôle judiciaire, estimant qu'elle était prématurée vu que le SCC n'avait pas encore terminé son examen des outils contestés : *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, conf. par 2008 CAF 285.

[96] La partie de l'action qui avait été suspendue a fini par reprendre son cours; c'est sur elle que repose le présent pourvoi. Tout au long de l'instance, M. Ewert a réclamé des dommages-intérêts pour atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. Cependant, les autres recours civils qui constituent le fondement de cette action ont considérablement évolué entre 2005 et 2015, l'année où le procès a finalement eu lieu. Dans la première déclaration modifiée qu'il a déposée après s'être pourvu en contrôle judiciaire, M. Ewert alléguait que le SCC avait agi avec négligence dans le traitement qu'il lui avait réservé. M. Ewert a plus tard prétendu, en remplacement de cette allégation, que le SCC avait commis une faute dans l'exercice d'une charge publique et manqué à ses obligations fiduciaires. Dans sa troisième (et dernière) déclaration modifiée, il a supprimé l'allégation de faute dans l'exercice d'une charge publique et plutôt allégué que le SCC avait contrevenu aux obligations que lui impose la *LSCMLC*. Il a notamment demandé des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire portant que le SCC avait porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte* ainsi qu'une injonction interdisant à celui-ci d'utiliser les outils contestés.

[97] The action in this third permutation proceeded through the Federal Court to the present appeal. The judge saw the case “firstly as a breach of [the] statutory duty” contained in s. 24(1) of the *CCRA* (2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, at para. 77); he also found that Mr. Ewert’s s. 7 *Charter* rights had been infringed. The judge held that Mr. Ewert was not required to “establish definitively that the tests are biased”: para. 82. With respect to remedy, the judge issued an interim order prohibiting the CSC from using the tools’ results in respect of Mr. Ewert; the order went on to direct the parties to file written submissions about the parameters of a study of the impugned tools. The trial judge indicated that he intended to issue a final order enjoining the use of the impugned tools in respect of Mr. Ewert and other inmates until the CSC’s study of the tools’ reliability was completed. In effect, the Federal Court would approve the study to be undertaken by the CSC. While the judge did not address this, his approach would seem to lead to a continuing order, pursuant to which the Federal Court would evaluate the outcome of the CSC study.

[98] The Federal Court of Appeal allowed the appeal on both the statutory breach and the *Charter* breach, finding that the trial judge erred first, in applying the burden of proof, and second, that none of Mr. Ewert’s claims were established on a balance of probabilities: 2016 FCA 203, 487 N.R. 107. In light of the foregoing, the Court of Appeal did not see it as necessary to deal with either the statutory interpretation of s. 24(1) or the remedy.

### III. Issues

[99] The issues in this appeal are the following:

- (a) Does s. 24(1) of the *CCRA* impose an obligation on the CSC to test the tools used by psychologists to assess offenders?

[97] L’action ainsi modifiée pour une troisième fois a été instruite par la Cour fédérale, et notre Cour en est maintenant saisie. Le juge de première instance a considéré que l’affaire concernait « d’abord et avant tout un manquement à [l’]obligation d’origine législative » prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* (2015 CF 1093, par. 77 (CanLII)); il a également conclu qu’il avait été porté atteinte aux droits garantis à M. Ewert par l’art. 7 de la *Charte*. Le juge a conclu qu’il n’était pas nécessaire que M. Ewert « établisse de façon définitive que les tests sont empreints d’un préjugé » (par. 82). Comme mesure de réparation, le juge a rendu une ordonnance interlocutoire interdisant au SCC d’utiliser les résultats produits par les outils à l’égard de M. Ewert; il a également enjoint aux parties de déposer des observations écrites sur les paramètres à établir en vue de l’étude des outils contestés. Il a dit avoir l’intention de rendre une ordonnance définitive interdisant l’utilisation des outils contestés à l’endroit de M. Ewert et des autres détenus jusqu’à ce que le SCC ait terminé son étude de la fiabilité de ces outils. En fait, la Cour fédérale approuverait l’étude que devait effectuer le SCC. Bien que le juge ne l’ait pas précisé, son approche semble aboutir à une ordonnance de durée indéterminée en vertu de laquelle la Cour fédérale évaluerait les résultats de l’étude menée par le SCC.

[98] La Cour d’appel fédérale a fait droit à l’appel autant en ce qui concerne la violation de la *LSCMLC* que celle de la *Charte*, estimant que le juge de première instance s’était trompé, d’une part, dans son application du fardeau de la preuve, et d’autre part, parce qu’aucune des allégations formulées par M. Ewert n’avait été établie selon la prépondérance des probabilités : 2016 CAF 203. Étant donné ces conclusions, la Cour d’appel n’a pas jugé nécessaire d’examiner la question de l’interprétation du par. 24(1) ni celle de la réparation à accorder.

### III. Questions en litige

[99] Voici les questions soulevées par le présent pourvoi :

- a) Le paragraphe 24(1) de la *LSCMLC* impose-t-il au SCC l’obligation de mettre à l’essai les outils utilisés par des psychologues pour évaluer les délinquants?



(b) What is the appropriate remedy?

[100] I would answer these questions as follows. Section 24(1) does not impose an obligation on the CSC to conduct research as to the validity of the impugned tools. As well, I would not grant declaratory relief.

#### IV. Analysis

[101] As I would decide this case on a different basis, I begin with a brief note of clarification with respect to my position on the reasons offered by the Federal Court of Appeal. Mr. Ewert in his claim set out two factual propositions about the use of the impugned tests with respect to Indigenous inmates: first, the results generated by the impugned tools are of unknown reliability; and, second, the impugned tools generate false results. The Federal Court found that on the balance of probabilities Mr. Ewert had demonstrated the first proposition. The Federal Court of Appeal held that the trial judge misapplied the balance of probabilities test. As I will not dispose of this case on the standard of proof, I do not need to decide the issue. I would say only that the trial judge's analysis was far from clear and that I agree with the Federal Court of Appeal that Mr. Ewert failed to prove the second proposition on the balance of probabilities.

A. *Whether Section 24(1) of the CCRA Imposes an Obligation on the CSC to Test the Tools Used by Psychologists to Assess Offenders?*

[102] The opening sections of the *CCRA* outline the purposes and principles of the statutory regime. Sections 3, 3.1 and 4 state:

**3** The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

b) Quelle réparation convient-il d'accorder?

[100] Je répondrais comme suit à ces questions. Le paragraphe 24(1) n'impose pas au SCC l'obligation de mener une étude sur la validité des outils contestés. En outre, je ne rendrais pas de jugement déclaratoire.

#### IV. Analyse

[101] Comme je suis d'avis de trancher autrement la présente affaire, je commence par donner de brefs éclaircissements sur ma position relative aux motifs fournis par la Cour d'appel fédérale. M. Ewert formule dans sa demande deux énoncés de fait concernant l'utilisation des outils contestés à l'égard des détenus autochtones : premièrement, les résultats générés par ces outils sont d'une fiabilité inconnue; et deuxièmement, les outils contestés produisent de faux résultats. La Cour fédérale a conclu que M. Ewert avait démontré, selon la prépondérance des probabilités, le bien-fondé du premier énoncé. La Cour d'appel fédérale a conclu que le juge de première instance avait mal appliqué la norme de la prépondérance des probabilités. Puisque je ne disposerai pas du pourvoi en fonction de la norme de preuve, il ne m'est pas nécessaire de trancher la question. Je dirai simplement que l'analyse du juge de première instance est loin d'être claire et que je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale selon lequel M. Ewert n'a pas prouvé le bien-fondé du second énoncé selon la prépondérance des probabilités.

A. *Le paragraphe 24(1) de la LSCMLC impose-t-il au SCC l'obligation de mettre à l'essai les outils employés par les psychologues pour évaluer les délinquants?*

[102] Les dispositions introductives de la *LSCMLC* exposent les objets et les principes du régime établi par cette loi. Les articles 3, 3.1 et 4 prévoient :

**3** Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

**3.1** The protection of society is the paramount consideration for the Service in the corrections process.

**4** The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:

...

(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;

...

[103] Sections 23 and 24 of the *CCRA* are the opening sections under the heading “Information”. They read as follows:

**23 (1)** When a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to obtain, as soon as is practicable,

(a) relevant information about the offence;

(b) relevant information about the person’s personal history, including the person’s social, economic, criminal and young-offender history;

(c) any reasons and recommendations relating to the sentencing or committal that are given or made by

(i) the court that convicts, sentences or commits the person, and

(ii) any court that hears an appeal from the conviction, sentence or committal;

(d) any reports relevant to the conviction, sentence or committal that are submitted to a court mentioned in subparagraph (c)(i) or (ii); and

des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

**3.1** La protection de la société est le critère prépondérant appliqué par le Service dans le cadre du processus correctionnel.

**4** Le Service est guidé, dans l’exécution du mandat visé à l’article 3, par les principes suivants :

...

(g) ses directives d’orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu’entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d’autres groupes;

...

[103] Les articles 23 et 24 de la *LSCMLC* sont les dispositions introductives de la rubrique « Renseignements ». Ils sont rédigés comme suit :

**23 (1)** Le Service doit, dans les meilleurs délais après la condamnation ou le transfèrement d’une personne au pénitencier, prendre toutes mesures possibles pour obtenir :

a) les renseignements pertinents concernant l’infraction en cause;

b) les renseignements personnels pertinents, notamment les antécédents sociaux, économiques et criminels, y compris comme jeune contrevenant;

c) les motifs donnés par le tribunal ayant prononcé la condamnation, infligé la peine ou ordonné la détention — ou par le tribunal d’appel — en ce qui touche la peine ou la détention, ainsi que les recommandations afférentes en l’espèce

d) les rapports remis au tribunal concernant la condamnation, la peine ou l’incarcération;

(e) any other information relevant to administering the sentence or committal, including existing information from the victim, the victim impact statement and the transcript of any comments made by the sentencing judge regarding parole eligibility.

(2) Where access to the information obtained by the Service pursuant to subsection (1) is requested by the offender in writing, the offender shall be provided with access in the prescribed manner to such information as would be disclosed under the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*.

(3) No provision in the *Privacy Act* or the *Access to Information Act* shall operate so as to limit or prevent the Service from obtaining any information referred to in paragraphs (1)(a) to (e).

**24 (1)** The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

(2) Where an offender who has been given access to information by the Service pursuant to subsection 23(2) believes that there is an error or omission therein,

(a) the offender may request the Service to correct that information; and

(b) where the request is refused, the Service shall attach to the information a notation indicating that the offender has requested a correction and setting out the correction requested.

[104] In interpreting s. 24(1) I will look to the “words of [the] Act . . . in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

[105] There are two possible interpretations of s. 24(1). One interpretation is that insight or understanding derived from the assessment tools — for example, that an offender has a personality disorder

e) tous autres renseignements concernant l’exécution de la peine ou de la détention, notamment les renseignements obtenus de la victime, la déclaration de la victime quant aux conséquences de l’infraction et la transcription des observations du juge qui a prononcé la peine relativement à l’admissibilité à la libération conditionnelle.

(2) Le délinquant qui demande par écrit que les renseignements visés au paragraphe (1) lui soient communiqués a accès, conformément au règlement, aux renseignements qui, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l’accès à l’information*, lui seraient communiqués.

(3) Aucune disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou de la *Loi sur l’accès à l’information* n’a pour effet d’empêcher ou de limiter l’obtention par le Service des renseignements visés aux alinéas (1)a) à e).

**24 (1)** Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

(2) Le délinquant qui croit que les renseignements auxquels il a eu accès en vertu du paragraphe 23(2) sont erronés ou incomplets peut demander que le Service en effectue la correction; lorsque la demande est refusée, le Service doit faire mention des corrections qui ont été demandées mais non effectuées.

[104] Afin d’interpréter le par. 24(1), je lirai les [TRANSLATION] « termes [de la] loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87.

[105] Le paragraphe 24(1) se prête à deux interprétations. L’une d’elles est que les indications ou les connaissances que l’on peut tirer des outils d’évaluation — par exemple, que le délinquant souffre d’un



or is at a high risk to reoffend — is “information” that the CSC uses in its decision-making. Thus, the requirement to take “reasonable steps” to ensure the information is “accurate” imposes an obligation on the CSC to verify that the tests are valid, i.e. that they meaningfully assess that which they are intended to assess. An alternative interpretation is that s. 24(1) refers to biographical or factual information about an offender. Thus, things like age, criminal record, behaviour in prison, courses taken with a view to rehabilitation, and the like are “information” that should be “accurate, up to date and complete”.

[106] Mr. Ewert urges on us the first interpretation. He argues that s. 24(1) imposes a duty on the CSC to test the impugned tools, as the test results are “information” that the CSC “uses”, *inter alia*, to assess the risk to public safety: *CCRA*, ss. 28 to 31; *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 13, 17 and 18. As well, s. 4(g) of the *CCRA* requires the CSC to respect the different needs of Indigenous inmates. Thus, the CSC’s statutory duty to take reasonable steps to ensure the accuracy of “information” includes an obligation to ensure the validity of assessments whose results are recorded in an inmate’s records.

[107] The CSC argues for a more limited view of s. 24(1), taking the position that the provision is limited to “primary facts” and not “inferences or assessments drawn by the Service”. Parliament has created a scheme governing the CSC’s use of information that allows offenders to challenge inaccuracies in that information pursuant to s. 24(2). Sections 24(1) and 24(2) should be read together and interpreted in this context. Thus, the requirement under s. 24(1) to take reasonable steps with respect to the accuracy of “information” does not include an obligation to conduct studies as to the validity of assessment tools. Section 4(g) of the *CCRA* expresses guiding principles to inform the CSC’s actions, but

trouble de la personnalité ou qu’il présente un risque élevé de récidive — sont des « renseignements » que le SCC utilise dans son processus décisionnel. Ainsi, l’obligation qu’il a de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient « exacts » l’oblige à s’assurer que les outils sont valides, c.-à-d. qu’ils évaluent vraiment ce qu’ils sont censés évaluer. L’autre interprétation est que le par. 24(1) renvoie aux renseignements d’ordre biographique ou factuel qui concernent le délinquant. Ainsi, des choses telles que son âge, ses antécédents criminels, la façon dont il se comporte en prison, les cours qu’il a suivis en vue de sa réadaptation, notamment, sont des « renseignements » qui doivent être « à jour, exacts et complets ».

[106] M. Ewert nous prie d’adopter la première interprétation. Il soutient que le par. 24(1) impose au SCC l’obligation de mettre à l’essai les outils contestés, étant donné que les résultats produits par ces outils sont des « renseignements » que le SCC « utilise », entre autres, pour mesurer le risque que le délinquant présente pour la sécurité du public : *LSCMLC*, art. 28 à 31; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 13, 17 et 18. En outre, l’al. 4g) de la *LSCMLC* exige du SCC qu’il respecte les besoins propres aux détenus autochtones. Partant, l’obligation que la *LSCMLC* lui impose de veiller, dans la mesure du possible, à l’exactitude des « renseignements » comporte l’obligation de s’assurer de la validité des évaluations dont les résultats sont consignés aux dossiers du détenu.

[107] Le SCC plaide en faveur d’une interprétation plus restreinte du par. 24(1), faisant valoir que la disposition ne s’applique qu’aux [TRADUCTION] « faits primaires » et non aux « inférences ou aux évaluations tirées par le Service ». Le législateur a créé un régime qui régit l’utilisation de renseignements par le SCC et qui permet aux délinquants de contester l’exactitude de ces renseignements en vertu du par. 24(2). Les paragraphes 24(1) et (2) doivent être lus conjointement et interprétés dans ce contexte. Ainsi, l’obligation au par. 24(1) de veiller, dans la mesure du possible, à l’exactitude des « renseignements » ne comporte pas l’obligation de mener des études sur la validité des outils d’évaluation.

does not prescribe a particular outcome for any CSC decision, nor does it infuse s. 24(1) with the meaning that Mr. Ewert suggests.

[108] I find the second interpretation to be persuasive. Sections 24(1) and 24(2) of the *CCRA* are about accurate record-keeping. Section 24 is not about challenging the means that the CSC uses to make its decisions. When an offender's complaint is about the way that a particular decision is made, the *CCRA* provides a means for offenders to file a grievance and, if necessary, pursue judicial review: *CCRA*, s. 90; *Corrections and Conditional Release Regulations*, ss. 74 to 82. That is of fundamental importance. But, it is not what is dealt with in ss. 24(1) and 24(2).

[109] The *CCRA* is concerned with managing the custody of offenders, assisting in their rehabilitation and reintegration, and protecting society: *CCRA*, ss. 3 and 3.1. These goals require good decision-making based, *inter alia*, on accurate information. Section 24 relates to the accuracy of information. For instance, the CSC should correct a report that says that an offender was involved in a fight when the offender was not involved. Making decisions on the basis of inaccurate information will not assist the CSC in furthering its objectives to rehabilitate offenders and protect society. Thus, s. 24 serves an important function. That function does not include verifying the validity of assessment tools. Such matters are open to challenge. But, the proper avenue for such challenges is the grievance procedure and, where necessary, judicial review. These challenges must be brought in a way that respects Parliamentary intent, rather than forcing an unwarranted interpretation of s. 24.

[110] Parliament imposed a duty on the CSC in s. 24(1) to record information accurately. Section 24(2) provides a means for inmates to correct errors in the information that is recorded. The scheme is simple. It reflects Parliament's intent to provide offenders with a specific remedy they could use to

L'alinéa 4g) de la *LSCMLC* énonce les principes de fonctionnement du SCC, mais il n'impose à ce dernier aucun résultat précis pas plus qu'il ne donne au par. 24(1) le sens suggéré par M. Ewert.

[108] J'estime que la deuxième interprétation est convaincante. Les paragraphes 24(1) et (2) de la *LSCMLC* visent la tenue exacte des dossiers. L'article 24 ne vise pas la contestation des moyens pris par le SCC pour prendre ses décisions. Lorsqu'un délinquant se plaint de la façon dont une décision donnée est prise, la *LSCMLC* lui fournit un moyen de déposer un grief et, si nécessaire, de se pourvoir en contrôle judiciaire : *LSCMLC*, art. 90; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, art. 74 à 82. Ce processus est d'une importance fondamentale. Mais ce n'est pas de cela dont il est question aux par. 24(1) et (2).

[109] La *LSCMLC* a pour objectifs de gérer la garde des délinquants, d'aider à leur réadaptation et à leur réinsertion, et de protéger la société : *LSCMLC*, art. 3 et 3.1. L'atteinte de ces objectifs passe par un processus décisionnel adéquat qui repose, entre autres, sur des renseignements exacts. L'article 24 s'attache à l'exactitude des renseignements. Par exemple, si un rapport indique qu'un délinquant a participé à une bagarre alors que ce n'est pas le cas, le SCC doit corriger cette erreur. Un processus décisionnel fondé sur des renseignements inexacts n'aidera pas le SCC à atteindre ses objectifs de réadaptation des délinquants et de protection de la société. L'article 24 remplit donc une fonction importante. S'assurer de la validité des outils d'évaluation n'en fait pas partie. Les questions de cette nature peuvent être contestées. Elles doivent cependant l'être par voie de grief et, s'il y a lieu, par voie de contrôle judiciaire. Ces recours doivent être intentés d'une façon qui respecte l'intention du législateur, plutôt que de forcer une interprétation injustifiée de l'art. 24.

[110] Au paragraphe 24(1), le législateur impose au SCC l'obligation de consigner avec exactitude les renseignements qu'il obtient. Le paragraphe 24(2) permet au délinquant de demander la correction des renseignements erronés qui sont consignés. Le régime est simple. Il traduit l'intention du législateur

make sure that the CSC's duty to maintain accurate records is met.

[111] This interpretation is reinforced by the reference to s. 23 in s. 24(2). Section 23 sets out the types of information the CSC will obtain about an offender when they arrive at a penitentiary. All this information is factual or biographical. This is the type of information referred to in s. 24(1). An offender may be provided with this information upon request and, if there is an error, it can be corrected pursuant to the procedure set out in s. 24(2).

[112] Mr. Ewert argues that Parliament would have referred to the types of information subject to s. 24(1) if it wanted to do so, just as it did in s. 23. This is not persuasive. The scheme that is set out in ss. 23 and 24 is straightforward. Section 23 lists the information that is to be recorded. Section 24(1) requires the CSC to record this information accurately and to keep it up to date. Section 24(2) provides a means for an inmate to correct errors or deficiencies in the information.

[113] Mr. Ewert argues that the word “information” in ss. 24(1) and 24(2) should be given different meanings. Indeed, the logic of his position, and that adopted by the majority, requires that “information” be given different meanings in s. 24(1) and s. 24(2). This is so because “information”, in s. 24(2) is expressly linked to what is described in s. 23, while Mr. Ewert and the majority say that “information” in s. 24(1) has a far wider meaning. But why would Parliament have chosen such an oblique structure as to give two different meanings to the same word (“information”) in consecutive subsections of the same provision? It is not plausible. Moreover, when the same words are used throughout a statute, they are presumed to have the same meaning: *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387.

d’offrir aux délinquants un moyen particulier de s’assurer que le SCC respecte son obligation de tenue exacte des dossiers.

[111] Cette interprétation est renforcée par le fait que le par. 24(2) renvoie à l’art. 23. Cet article précise les types de renseignements que le SCC obtiendra au sujet d’un délinquant qui arrive au pénitencier. Tous ces renseignements sont d’ordre factuel ou biographique. C’est à ce type de renseignements que renvoie le par. 24(1). Le délinquant peut accéder, sur demande, à ces renseignements, et s’ils sont erronés, il peut en demander la correction suivant la procédure établie au par. 24(2).

[112] M. Ewert soutient que, s’il l’avait voulu, le législateur aurait mentionné les types de renseignements assujettis au par. 24(1), tout comme il l’a fait à l’art. 23. Cet argument n’est pas convaincant. Le régime établi par les art. 23 et 24 est simple. L’article 23 dresse la liste des renseignements à consigner. Le paragraphe 24(1) exige du SCC qu’il consigne ces renseignements avec exactitude et qu’il les tienne à jour. Quant au par. 24(2), il offre au détenu un moyen de faire corriger les renseignements erronés ou incomplets.

[113] M. Ewert ajoute qu’il convient de donner un sens différent au mot « renseignements » aux par. 24(1) et (2). En fait, la logique de la thèse qu’il avance, et qui a été adoptée par la majorité, exige que l’on interprète différemment le mot « renseignements » aux par. 24(1) et 24(2). Il en est ainsi parce que les « renseignements » dont il est question au par. 24(2) sont expressément liés à ceux décrits à l’art. 23, même si M. Ewert et les juges majoritaires disent que le mot « renseignements » au par. 24(1) a un sens beaucoup plus large. Or, pourquoi le législateur aurait-il choisi de donner indirectement deux sens différents au même mot (« renseignements ») dans deux paragraphes consécutifs d’un même article? Cette hypothèse n’est pas plausible. Qui plus est, lorsque les mêmes mots sont employés dans l’ensemble d’une loi, ils sont présumés avoir le même sens : *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, p. 1387.

[114] We should also consider the other words in s. 24, including the requirement that the information be “as accurate, up to date and complete as possible”. My colleague rejects the Crown’s argument that it is inappropriate to speak of “accuracy” when dealing with actuarial science because “the obligation provided for in s. 24(1) is a general one that is necessarily described using general rather than technical language”: para. 43. In support of this, he writes that “both parties’ experts proceeded from the premise that the accuracy of a psychological or actuarial assessment tool can be evaluated and that such an evaluation is relevant to a decision whether to use the tool”: para. 44.

[115] With respect, the expert evidence in this case points to a different understanding of “accuracy”. Dr. Hart, the expert whom the trial judge found to be most credible, described the predictive capacity of the impugned tools in terms of *validity* and *reliability*, rather than accuracy. It is not appropriate to speak of a psychological test as being accurate or inaccurate, in the same way that an instrument such as a thermometer is or is not accurate. Rather, *validity* (the meaningfulness of the inferences drawn from assessment measurements) and *reliability* (the stability of measurements across evaluators or across time) exist on a spectrum: A.R., vol. XVIII, at pp. 5703-5. Thus, a psychological test can be more or less *valid* or *reliable*, but it cannot properly be described as being “accurate” or “inaccurate”.

[116] Further, one needs to consider how the CSC would be required to act under my colleague’s interpretation. If further research provides insight into the degree of validity and reliability of the impugned tools as applied to Aboriginal offenders, how *valid* or *reliable* must the tools be in order to be deemed “accurate” (as opposed to “inaccurate”)? This is quite different from verifying factual information such as those items listed in s. 23(1) — date of birth, criminal history, or other primary information that will necessarily be accurate or inaccurate. As well, what does it mean to require the impugned tools to be “as accurate as possible”? The assessment of human personality, by whatever means, remains imprecise.

[114] Nous devrions également tenir compte des autres termes de l’art. 24, y compris l’exigence que les renseignements soient, « dans la mesure du possible, [...] à jour, exacts et complets ». Mon collègue rejette l’argument de la Couronne selon lequel il ne convient pas de parler d’« exactitude » dans le domaine de la science actuarielle parce que « l’obligation prévue au par. 24(1) en est une de nature générale qui appelle nécessairement une description en termes généraux plutôt que techniques » (par. 43). Pour appuyer cette proposition, il écrit que « les experts des deux parties sont partis du principe que l’exactitude d’un outil d’évaluation psychologique ou actuarielle peut être évaluée et que cette évaluation est importante pour décider s’il convient d’utiliser cet outil » (par. 44).

[115] Avec égards, le témoignage des experts en l’espèce nous amène à saisir différemment l’« exactitude ». M. Hart, l’expert que le juge du procès a trouvé le plus crédible, a utilisé les mots [TRADUCTION] « *validité* » et « *fiabilité* » au lieu d’« exactitude » pour décrire la capacité prédictive des outils contestés. Il ne convient pas de dire qu’un test psychologique est exact ou non, de la même façon qu’un instrument tel un thermomètre n’est pas exact. La *validité* (l’utilité des inférences tirées des mesures d’évaluation) et la *fiabilité* (la stabilité des mesures d’un évaluateur à l’autre ou dans le temps) se situent sur une échelle (d.a., vol. XVIII, p. 5703-5705). Ainsi, un test psychologique peut être plus ou moins *valide* ou *fiable*, mais on ne peut le qualifier à juste titre d’« exact » ou d’« inexact ».

[116] De plus, il faut se demander comment le SCC serait tenu d’agir selon l’interprétation de mon collègue. Si d’autres recherches nous éclairent sur le degré de validité et de fiabilité des outils contestés à l’endroit des délinquants autochtones, à quel point les outils doivent-ils être *valides* ou *fiables* pour être réputés « exacts » (au lieu d’« inexact »)? Nous sommes bien loin de la vérification de renseignements factuels comme ceux énumérés au par. 23(1) : la date de naissance, les antécédents criminels ou d’autres renseignements de base qui seront nécessairement exacts ou inexact. En outre, qu’entendons-nous par exiger que les outils contestés soient « exacts dans la mesure du possible »? Quel

It is not clear how the CSC and the courts are to account for this, if they are required to ensure that such assessments are “as accurate as possible”.

[117] The scope of the obligation in s. 24(1), as applied to the impugned tools, simply requires that the CSC maintain accurate records of the inmates’ test scores. If Mr. Ewert scored in the 98th percentile on Factor 1 of the Hare Psychopathy Checklist Revised, but the CSC documents that figure as being in the 89th percentile and uses that incorrect score in the course of its decision-making, then the CSC would have breached its obligations under s. 24(1) (assuming that the CSC failed to take “reasonable steps” to ensure the score was recorded correctly). The remedy for Mr. Ewert in such a case would be to bring an application under s. 24(2).

[118] Where the offender brings a challenge under s. 24(2) to have errors corrected, this is not the same as bringing a challenge to a decision made on the basis of incorrect information: *Kim v. Canada*, 2017 FC 848, at para. 43 (CanLII). A proceeding to enforce s. 24(2) only considers whether there has been an error in the information recorded in the offender’s file. If so, it will be corrected or a notation will be added. By contrast, in a judicial review of a grievance proceeding, the usual question is whether the CSC’s decision based, *inter alia*, on information in the inmate’s file (including test results) was reasonable. Judicial review allows the court to consider how the CSC makes its decisions, including the validity of the impugned tools.

[119] The Federal Court regularly conducts judicial reviews of the CSC’s decision-making, including applications to correct information under s. 24(2). This jurisprudence supports a reading of s. 24(1) that is consistent with the analysis that I have set out above. The Federal Court has limited the CSC’s obligation under s. 24(1) to ensure that *factual* information is accurate, up to date and complete. Section 24(1) was held not to apply to “the inferences or assessments drawn

que soit le moyen employé, l’évaluation de la personnalité humaine demeure imprécise. On ne sait pas de quelle manière le SCC et les tribunaux doivent en tenir compte, s’ils doivent veiller à que ces évaluations soient « exactes dans la mesure du possible ».

[117] La portée de l’obligation prévue au par. 24(1) en ce qui a trait aux outils contestés exige simplement que le SCC consigne avec exactitude les notes obtenues par les détenus au test. Si M. Ewert se classe dans le 98<sup>e</sup> percentile pour le facteur 1 de l’Échelle de psychopatie révisée de Hare, mais les documents du SCC indiquent qu’il se classe dans le 89<sup>e</sup> percentile et le SCC utilise cette note erronée dans sa prise de décision, le SCC manque à ses obligations aux termes du par. 24(1) (à supposer qu’il n’ait pas veillé, « dans la mesure du possible », à ce que la note soit consignée correctement). La solution pour M. Ewert en pareil cas serait de présenter une demande en vertu du par. 24(2).

[118] Le délinquant qui se prévaut du moyen de contestation prévu au par. 24(2) pour obtenir la correction d’erreurs ne saurait être assimilé à celui qui conteste une décision fondée sur des renseignements incorrects : *Kim c. Canada*, 2017 CF 848, par. 43 (CanLII). Pour l’application du par. 24(2), il suffit de déterminer si le renseignement consigné au dossier du délinquant est erroné. S’il l’est, il sera corrigé ou une note sera ajoutée au dossier. À l’inverse, lors du contrôle judiciaire d’une décision relative à un grief, il faut généralement se demander si la décision prise par le SCC sur le fondement, entre autres, des renseignements versés au dossier du détenu (y compris des résultats de test) était raisonnable. Le contrôle judiciaire permet à la cour d’examiner le processus décisionnel du SCC, notamment la validité des outils contestés.

[119] La Cour fédérale est régulièrement saisie de demandes de contrôle judiciaire visant le processus décisionnel du SCC, y compris de demandes de correction de renseignements au titre du par. 24(2). Les décisions qu’elle rend en la matière appuient une interprétation du par. 24(1) qui s’accorde avec l’analyse que j’ai exposée ci-dessus. La Cour fédérale a limité l’obligation que le par. 24(1) impose au SCC de veiller à ce que les renseignements *factuels*



by the Service from file information”: *Tehrankari v. Canada (Correctional Service)* (2000), 38 C.R. (5th) 43 (F.C.T.D.), at para. 41; see also *Charalambous v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1045, at para. 15 (CanLII), aff’d 2016 FCA 177, 483 N.R. 398.

[120] The Federal Court has also interpreted the phrase “reasonable steps” in a way that is consistent with the idea that the CSC’s obligations extend only to factual information. The word “reasonable” is a limit on the CSC’s obligations that is meant to ensure that the CSC can rely on information it obtains from official records. The CSC is not required — as a reasonable step — to re-investigate all the factual information it obtains from such records: *Tehrankari v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 332, at paras. 35-36 (CanLII); *Charalambous* (F.C.), at para. 16. For instance, when an offender is transferred, officials at the new institution must make decisions about the offender based on records created at another institution, by the police or by the courts. It would go beyond “reasonable steps” to require the CSC to fact-check everything in the official records.

[121] I would adopt the reasoning of the Federal Court in the foregoing decisions. The Federal Court and the Federal Court of Appeal in its jurisprudence has set out a clear and coherent interpretation of s. 24(1) and (2). I see no reason to depart from that jurisprudence.

[122] Justice Wagner relies in part on s. 4(g) of the *CCRA* to determine the CSC’s obligations. This provision helps to interpret the *CCRA*, but it does not transform the nature and purpose of s. 24(1). Indeed, while s. 4(g) is part of the *CCRA*’s statement of principles, such provisions do not “create legally binding rights or obligations, nor do they purport to do so”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 454-455, citing *Greater Vancouver (Regional District) v. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251.

qu’il utilise soient à jour, exacts et complets. La cour a jugé que le par. 24(1) ne s’appliquait pas aux « inférences ou [aux] évaluations que le Service tire des renseignements contenus dans les dossiers » : *Tehrankari c. Canada (Service correctionnel)*, 2000 CanLII 15218 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), par. 41; voir également *Charalambous c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1045, par. 15 (CanLII), conf. par 2016 CAF 177.

[120] La Cour fédérale a également donné à l’expression « dans la mesure du possible » une interprétation qui s’accorde avec l’idée que l’obligation du SCC ne s’étend qu’aux renseignements factuels. Le mot « possible » est une limite imposée à l’obligation du SCC afin que celui-ci puisse se fier aux renseignements qu’il tire des dossiers officiels. Le SCC n’est pas, « dans la mesure du possible », tenu de faire à nouveau enquête sur l’ensemble des renseignements factuels qu’il tire de ces dossiers : *Tehrankari c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 332, par. 35-36 (CanLII); *Charalambous* (C.F.), par. 16. Par exemple, lors d’un transfert, les autorités du nouvel établissement doivent prendre des décisions concernant le délinquant à partir des dossiers constitués par l’autre établissement, la police ou les tribunaux. Ce serait excéder « la mesure du possible » que d’exiger du SCC qu’il vérifie tous les faits consignés aux dossiers officiels.

[121] Je ferais mien le raisonnement adopté par la Cour fédérale dans les décisions susmentionnées. La jurisprudence de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale donne une interprétation claire et cohérente des par. 24(1) et (2). Je ne vois aucune raison de m’en écarter.

[122] Le juge Wagner s’appuie en partie sur l’al. 4g) de la *LSCMLC* pour déterminer les obligations du SCC. Cette disposition facilite l’interprétation de la *LSCMLC*, mais elle ne change en rien la nature et l’objet du par. 24(1). En effet, l’al. 4g) fait partie de l’énoncé de principes de la *LSCMLC*, mais les dispositions de cette nature ne [TRADUCTION] « créent pas de droits ou d’obligations juridiquement contraignants, pas plus qu’elles ne sont censées en créer » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 454-455, citant *Greater Vancouver (Regional District) c. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251.

[123] As stated above, I am in full accord with the majority that the CSC needs to take into account the special circumstances of Indigenous offenders in its decision-making. Failing to do so may render a decision (e.g., denial of a transfer from a medium security facility to a minimum security facility) unreasonable. However, s. 4(g) does not assist this Court in choosing between the competing interpretations of the type of information that is within the scope of s. 24(1). Indeed, my colleague does not rely on s. 4(g) to do so, but rather relies on it to interpret the “reasonable steps” requirement *after* he has determined that the results of the impugned tools is information that has to be accurate under s. 24(1), i.e., that the tests must be valid.

[124] In addition, my colleague’s interpretation of the “reasonable steps” requirement in s. 24(1) leaves open some important questions about the scope of the CSC’s obligations. If the CSC must study the impugned tools to ensure their validity and reliability with respect to Indigenous offenders, what level of specificity is required? Must it distinguish between Métis and other Indigenous offenders? Must it distinguish between Indigenous persons who live on reserve and those who live off reserve? Must it distinguish between male and female Aboriginal offenders? Or with respect to other groups with unique “gender, ethnic, cultural and linguistic differences”? The majority reasons will invite further challenges on this issue. The courts will then be faced with difficult line-drawing exercises about the degree to which these tools must be validated with respect to specific communities. While it is desirable for the CSC to search for better decision-making methodologies, it is not the courts who are best equipped to engage in this exercise, as compared to the CSC itself or actuarial experts. Section 24 was not intended to require the courts to look behind these decisions.

[123] Comme je l’ai mentionné, je suis entièrement d’accord avec les juges majoritaires lorsqu’ils affirment que le SCC doit tenir compte de la situation particulière des délinquants autochtones dans son processus décisionnel. S’il ne le fait pas, sa décision (p. ex. refuser qu’un détenu soit transféré d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité minimale) pourrait bien devenir déraisonnable. Toutefois, l’al. 4g) n’aide pas la Cour à choisir entre les différentes interprétations possibles du type de renseignements qui sont visés par le par. 24(1). D’ailleurs, pour ce faire, mon collègue ne s’appuie pas sur l’al. 4g). Il s’y appuie plutôt pour interpréter l’obligation d’agir « dans la mesure du possible » *après* avoir décidé que les résultats produits par les outils contestés sont des renseignements qui doivent être exacts selon le par. 24(1), c.-à-d. que les tests doivent être valides.

[124] Qui plus est, l’interprétation donnée par mon collègue à l’obligation d’agir « dans la mesure du possible » énoncée au par. 24(1) laisse en suspens certaines questions importantes au sujet de la portée des obligations du SCC. Si le SCC doit étudier les outils contestés pour assurer leur validité et leur fiabilité à l’égard des délinquants autochtones, à quel degré de spécificité est-il tenu? Doit-il distinguer les délinquants métis des autres délinquants autochtones? Doit-il faire une distinction entre les Autochtones qui vivent dans les réserves de ceux qui vivent en dehors de celles-ci? Doit-il distinguer les délinquants autochtones des délinquantes autochtones? Ou à l’endroit des autres groupes ayant des « différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu’entre les sexes » qui leur sont propres? Les motifs de la majorité donneront lieu à d’autres contestations sur ce point. Les tribunaux devront alors s’atteler à la tâche difficile d’établir à quel point ces outils doivent être validés à l’égard de certains groupes. Bien qu’il soit souhaitable pour le SCC de chercher de meilleurs mécanismes de prise de décision, ce ne sont pas les tribunaux qui sont les mieux outillés pour se prêter à cet exercice, comparativement au SCC lui-même ou aux experts actuariels. L’article 24 n’était pas censé obliger les tribunaux à se pencher sur ce qui a mené à ces décisions.

[125] One can readily understand Mr. Ewert's frustration with the CSC's failure, after his repeated requests, to study the validity of the assessment tools when used with Indigenous offenders. The CSC responded to Mr. Ewert's 2005 grievance by telling him that they were studying the tools. The reviewing judges of the Federal Courts took note of the CSC's delayed response and declined to order costs to the CSC: *Ewert* (2007), at para. 71, *Ewert* (2008), at para. 11. A further decade has passed. This further delay, without any valid explanation, might make the CSC's actions unreasonable. But, that is not the issue that is now before us.

*B. What Is the Appropriate Remedy in This Case?*

[126] I would dismiss the appeal on the basis that s. 24(1) does not impose an obligation on the CSC to study the impugned tools, but in addition I differ from the majority as to the remedy. My colleague grants a declaration, relying on the exceptional circumstances of this case. Notwithstanding these circumstances, I would decline to do so.

[127] This Court has stated that "[t]he proper remedy for breach of statutory duty by a public authority, traditionally viewed, is judicial review for invalidity": *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 9. Allowing inmates to apply to the Federal Court for a declaration that the CSC has violated s. 24 or some other provision would effectively bypass the ordinary process of judicial review. The consequences of a declaratory "bypass" of judicial review are significant. Such a remedy would fail to accord the deference that is typically shown to administrative decision makers. This could open the door to "undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 27.

[125] On peut facilement comprendre la frustration de M. Ewert alors que, malgré ses demandes répétées, le SCC n'a pas mené d'étude sur la validité des outils d'évaluation à l'égard de délinquants autochtones. Le SCC a répondu au grief déposé en 2005 par M. Ewert en lui disant qu'il menait une étude sur ces outils. Les juges des cours fédérales siégeant en contrôle ont pris acte de la réaction tardive du SCC et ont refusé de lui accorder ses dépens : *Ewert* (2007), par. 71, *Ewert* (2008), par. 11. Il s'est depuis écoulé une autre décennie. Ce nouveau délai, pour lequel aucune explication valable n'a été fournie, pourrait rendre déraisonnables les mesures prises par le SCC. Mais là n'est pas la question dont nous sommes actuellement saisis.

*B. Quelle réparation convient-il d'accorder en l'espèce?*

[126] Je rejetterais le pourvoi au motif que le par. 24(1) n'impose pas au SCC l'obligation d'étudier les outils contestés, mais je ne suis en outre pas d'accord avec la majorité quant à la réparation à accorder. Mon collègue rend un jugement déclaratoire en s'appuyant sur les circonstances exceptionnelles de l'espèce. Malgré ces circonstances, je m'abstienrais de le faire.

[127] Notre Cour a déclaré que « [l]e recours traditionnellement reconnu lorsqu'une autorité publique manque à son obligation légale est la demande de contrôle judiciaire pour invalidité » : *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 9. Permettre aux détenus de s'adresser à la Cour fédérale afin d'obtenir un jugement déclarant que le SCC a violé l'art. 24 ou une autre disposition reviendrait dans les faits à contourner le processus ordinaire de contrôle judiciaire. Les conséquences d'un tel contournement sous forme de jugement déclaratoire sont importantes. Les décideurs administratifs n'auraient pas droit à la déférence qui leur est normalement accordée. Il pourrait s'ensuivre une « immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 27.



[128] While I am sympathetic to Mr. Ewert's situation, it is unwise to depart from settled legal principles, even on the hard facts of this case.

#### V. Disposition

[129] I would dismiss the appeal.

### APPENDIX

#### Relevant Statutory Provisions

##### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

*Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20*

#### PART I

##### Institutional and Community Corrections

...

##### Purpose and Principles

##### Purpose of correctional system

3 The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

[128] Bien que je sois sensible à la situation de M. Ewert, il est imprudent de s'écarter des principes juridiques établis, même au vu de la dure réalité en l'espèce.

#### V. Dispositif

[129] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### ANNEXE

#### Dispositions légales pertinentes

##### *Charte canadienne des droits et libertés*

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20*

#### PARTIE I

##### Système correctionnel

...

##### Objet et principes

##### But du système correctionnel

3 Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

#### Paramount consideration

**3.1** The protection of society is the paramount consideration for the Service in the corrections process.

#### Principles that guide Service

**4** The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:

...

(c) the Service uses measures that are consistent with the protection of society, staff members and offenders and that are limited to only what is necessary and proportionate to attain the purposes of this Act;

...

(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;

...

#### Information

Service to obtain certain information about offender

**23 (1)** When a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to obtain, as soon as is practicable,

(a) relevant information about the offence;

garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

#### Critère prépondérant

**3.1** La protection de la société est le critère prépondérant appliqué par le Service dans le cadre du processus correctionnel.

#### Principes de fonctionnement

**4** Le Service est guidé, dans l'exécution du mandat visé à l'article 3, par les principes suivants :

...

(c) il prend les mesures qui, compte tenu de la protection de la société, des agents et des délinquants, ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et proportionnel aux objectifs de la présente loi;

...

(g) ses directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d'autres groupes;

...

#### Renseignements

Obtention de renseignements

**23 (1)** Le Service doit, dans les meilleurs délais après la condamnation ou le transfèrement d'une personne au pénitencier, prendre toutes mesures possibles pour obtenir :

(a) les renseignements pertinents concernant l'infraction en cause;

(b) relevant information about the person's personal history, including the person's social, economic, criminal and young-offender history;

(c) any reasons and recommendations relating to the sentencing or committal that are given or made by

(i) the court that convicts, sentences or commits the person, and

(ii) any court that hears an appeal from the conviction, sentence or committal;

(d) any reports relevant to the conviction, sentence or committal that are submitted to a court mentioned in subparagraph (c)(i) or (ii); and

(e) any other information relevant to administering the sentence or committal, including existing information from the victim, the victim impact statement and the transcript of any comments made by the sentencing judge regarding parole eligibility.

#### Access by offender

(2) Where access to the information obtained by the Service pursuant to subsection (1) is requested by the offender in writing, the offender shall be provided with access in the prescribed manner to such information as would be disclosed under the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*.

#### Disclosure to Service

(3) No provision in the *Privacy Act* or the *Access to Information Act* shall operate so as to limit or prevent the Service from obtaining any information referred to in paragraphs (1)(a) to (e).

#### Accuracy, etc., of information

**24 (1)** The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

b) les renseignements personnels pertinents, notamment les antécédents sociaux, économiques et criminels, y compris comme jeune contrevenant;

c) les motifs donnés par le tribunal ayant prononcé la condamnation, infligé la peine ou ordonné la détention — ou par le tribunal d'appel — en ce qui touche la peine ou la détention, ainsi que les recommandations afférentes en l'espèce;

d) les rapports remis au tribunal concernant la condamnation, la peine ou l'incarcération;

e) tous autres renseignements concernant l'exécution de la peine ou de la détention, notamment les renseignements obtenus de la victime, la déclaration de la victime quant aux conséquences de l'infraction et la transcription des observations du juge qui a prononcé la peine relativement à l'admissibilité à la libération conditionnelle.

#### Accès du délinquant aux renseignements

(2) Le délinquant qui demande par écrit que les renseignements visés au paragraphe (1) lui soient communiqués a accès, conformément au règlement, aux renseignements qui, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information*, lui seraient communiqués.

#### Communication de renseignements au Service

(3) Aucune disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou de la *Loi sur l'accès à l'information* n'a pour effet d'empêcher ou de limiter l'obtention par le Service des renseignements visés aux alinéas (1)a) à e).

#### Exactitude des renseignements

**24 (1)** Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

## Correction of information

**(2)** Where an offender who has been given access to information by the Service pursuant to subsection 23(2) believes that there is an error or omission therein,

**(a)** the offender may request the Service to correct that information; and

**(b)** where the request is refused, the Service shall attach to the information a notation indicating that the offender has requested a correction and setting out the correction requested.

## Service to give information to parole boards, etc.

**25 (1)** The Service shall give, at the appropriate times, to the Parole Board of Canada, provincial governments, provincial parole boards, police, and any body authorized by the Service to supervise offenders, all information under its control that is relevant to release decision-making or to the supervision or surveillance of offenders.

...

## Disclosure of information to victims

**26 (1)** At the request of a victim of an offence committed by an offender, the Commissioner

**(a)** shall disclose to the victim the following information about the offender:

**(i)** the offender's name,

**(ii)** the offence of which the offender was convicted and the court that convicted the offender,

**(iii)** the date of commencement and length of the sentence that the offender is serving, and

**(iv)** eligibility dates and review dates applicable to the offender under this Act in respect of temporary absences or parole;

**(b)** may disclose to the victim any of the following information about the offender, where in the

## Correction des renseignements

**(2)** Le délinquant qui croit que les renseignements auxquels il a eu accès en vertu du paragraphe 23(2) sont erronés ou incomplets peut demander que le Service en effectue la correction; lorsque la demande est refusée, le Service doit faire mention des corrections qui ont été demandées mais non effectuées.

## Communication de renseignements

**25 (1)** Aux moments opportuns, le Service est tenu de communiquer à la Commission des libérations conditionnelles du Canada, aux gouvernements provinciaux, aux commissions provinciales de libération conditionnelle, à la police et à tout organisme agréé par le Service en matière de surveillance de délinquants les renseignements pertinents dont il dispose soit pour prendre la décision de les mettre en liberté soit pour leur surveillance.

...

## Communication de renseignements à la victime

**26 (1)** Sur demande de la victime, le commissaire :

**a)** communique à celle-ci les renseignements suivants :

**(i)** le nom du délinquant,

**(ii)** l'infraction dont il a été trouvé coupable et le tribunal qui l'a condamné,

**(iii)** la date de début et la durée de la peine qu'il purge,

**(iv)** les dates d'admissibilité et d'examen applicables aux permissions de sortir ou à la libération conditionnelle;

**b)** peut lui communiquer tout ou partie des renseignements suivants si, à son avis, l'intérêt de la victime

Commissioner's opinion the interest of the victim in such disclosure clearly outweighs any invasion of the offender's privacy that could result from the disclosure:

- (i) the offender's age,
- (ii) the name and location of the penitentiary in which the sentence is being served,
  - (ii.1) if the offender is transferred, a summary of the reasons for the transfer and the name and location of the penitentiary in which the sentence is being served,
  - (ii.2) if the offender is to be transferred to a minimum security institution as designated by Commissioner's Directive and it is possible to notify the victim before the transfer, a summary of the reasons for the transfer and the name and location of the institution in which the sentence is to be served,
  - (ii.3) the programs that were designed to address the needs of the offender and contribute to their successful reintegration into the community in which the offender is participating or has participated,
  - (ii.4) the serious disciplinary offences that the offender has committed,
- (iii) information pertaining to the offender's correctional plan, including information regarding the offender's progress towards meeting the objectives of the plan,
- (iv) the date of any hearing for the purposes of a review under section 130,
- (v) that the offender has been removed from Canada under the *Immigration and Refugee Protection Act* before the expiration of the sentence, and
- (vi) [Repealed, 2015, c. 13, s. 46]
- (vii) whether the offender is in custody and, if not, the reason why the offender is not in custody;

justifierait nettement une éventuelle violation de la vie privée du délinquant :

- (i) l'âge du délinquant,
- (ii) le nom et l'emplacement du pénitencier où il est détenu,
  - (ii.1) en cas de transfèrement dans un autre pénitencier, le nom et l'emplacement de celui-ci et un résumé des motifs du transfèrement,
  - (ii.2) dans la mesure du possible, un préavis du transfèrement dans un établissement à sécurité minimale au sens des directives du commissaire, le nom et l'emplacement de l'établissement et un résumé des motifs du transfèrement,
- (iii) les programmes visant à répondre aux besoins et à contribuer à la réinsertion sociale des délinquants auxquels le délinquant participe ou a participé,
- (ii.4) les infractions disciplinaires graves qu'il a commises,
- (iii) des renseignements concernant son plan correctionnel, notamment les progrès qu'il a accomplis en vue d'en atteindre les objectifs,
- (iv) la date de toute audience prévue à l'égard de l'examen visé à l'article 130,
- (v) son renvoi du Canada dans le cadre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* avant l'expiration de sa peine,
- (vi) [Abrogé, 2015, ch. 13, art. 46]
- (vii) s'il est sous garde et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il ne l'est pas;

(c) shall disclose to the victim any of the following information about the offender, if, in the Commissioner's opinion, the disclosure would not have a negative impact on the safety of the public:

(i) the date, if any, on which the offender is to be released on temporary absence, work release, parole or statutory release,

(ii) the conditions attached to the offender's temporary absence, work release, parole or statutory release,

(iii) the destination of the offender on any temporary absence, work release, parole or statutory release, whether the offender will be in the vicinity of the victim while travelling to that destination and the reasons for any temporary absence; and

(d) shall provide the victim with access to a photograph of the offender taken on the occurrence of the earliest of any of the following — and any subsequent photograph of the offender taken by the Service — if, in the Commissioner's opinion, to do so would not have a negative impact on the safety of the public:

(i) the release of the offender on unescorted temporary absence,

(ii) the offender's work release,

(iii) the offender's release on parole, and

(iv) the offender's release by virtue of statutory release or the expiration of the sentence.

...

#### Information to be given to offenders

**27 (1)** Where an offender is entitled by this Part or the regulations to make representations in relation to a decision to be taken by the Service about the offender, the person or body that is to take the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, a reasonable period before the decision is to be taken, all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information.

c) lui communique tout ou partie des renseignements ci-après si, à son avis, cette communication n'aurait pas d'incidence négative sur la sécurité du public :

(i) la date de la mise en liberté du délinquant au titre d'une permission de sortir, d'un placement à l'extérieur ou de la libération conditionnelle ou d'office,

(ii) les conditions dont est assorti la permission de sortir, le placement à l'extérieur ou la libération conditionnelle ou d'office,

(iii) la destination du délinquant lors de sa permission de sortir et les raisons de celle-ci, sa destination lors de son placement à l'extérieur, sa libération conditionnelle ou d'office et son éventuel rapprochement de la victime, selon son itinéraire;

d) lui donne accès à une photographie du délinquant au premier des événements ci-après, ou à toute nouvelle photographie du délinquant prise par le Service par la suite, si, à son avis, cet accès n'aurait pas d'incidence négative sur la sécurité du public :

(i) la mise en liberté du délinquant lors d'une permission de sortir sans escorte,

(ii) son placement à l'extérieur,

(iii) sa libération conditionnelle,

(iv) sa libération d'office ou l'expiration de sa peine.

...

#### Communication de renseignements au délinquant

**27 (1)** Sous réserve du paragraphe (3), la personne ou l'organisme chargé de rendre, au nom du Service, une décision au sujet d'un délinquant doit, lorsque celui-ci a le droit en vertu de la présente partie ou des règlements de présenter des observations, lui communiquer, dans un délai raisonnable avant la prise de décision, tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci, ou un sommaire de ceux-ci.

Idem

(2) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to be given reasons for a decision taken by the Service about the offender, the person or body that takes the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, forthwith after the decision is taken, all the information that was considered in the taking of the decision or a summary of that information.

*Appeal allowed in part, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Gratl & Company, Vancouver; Eric Purtzki, Vancouver.*

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

*Solicitors for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa; Native Women's Association of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Mental Health Legal Committee: Perez Bryan Procope, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the West Coast Prison Justice Society and the Prisoners' Legal Services: Nanda & Company, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Presser Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association and the Union of British Columbia Indian Chiefs: Champ & Associates, Ottawa.*

Idem

(2) Sous réserve du paragraphe (3), cette personne ou cet organisme doit, dès que sa décision est rendue, faire connaître au délinquant qui y a droit au titre de la présente partie ou des règlements les renseignements pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci.

*Pourvoi accueilli en partie, les juges CÔTÉ et ROWE sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appelant : Gratl & Company, Vancouver; Eric Purtzki, Vancouver.*

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

*Procureurs des intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa; Association des femmes autochtones du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Mental Health Legal Committee : Perez Bryan Procope, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.*

*Procureurs des intervenants West Coast Prison Justice Society et Prisoners' Legal Services : Nanda & Company, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Presser Barristers, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes British Columbia Civil Liberties Association et l'Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique : Champ & Associates, Ottawa.*

# TAB 9



# COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Gook Country Estates Ltd. v. Quesnel  
(City of),***  
2008 BCCA 407

Date: 20081010  
Docket: CA034497

Between:

**Gook Country Estates Ltd.**

Appellant  
(Plaintiff)

And

**The Corporation of the City of Quesnel, 553615 BC Ltd., Grand Forks  
Trail Properties Ltd., ICI Properties Ltd., Dalton Hooker, Peter  
Couldwell, Dwight Pujol, Peter MacLaughlan, and Stephen Wallace**

Respondents  
(Defendants)

And

**Douglas Ruttan and Jack Marsh**

(Defendants)

Before: The Honourable Mr. Justice Low  
The Honourable Mr. Justice Frankel  
The Honourable Mr. Justice Groberman

## Oral Reasons for Judgment

R. Burke

Counsel for the Appellant

J. Yardley

Counsel for the Respondents, City of  
Quesnel, D. Hooker, P. Couldwell, D.  
Pujol, P. MacLaughlan & S. Wallace

A. Winstanley

Counsel for the Respondents,  
553615 B.C. Ltd., Grand Forks Trail  
Properties Ltd. & ICI Properties Ltd.

Place and Date:

Vancouver, British Columbia  
10 October 2008

[1] **GROBERMAN, J.A.:** The appellant appeals from part of the order of N. Smith J. pronounced September 13, 2006. The reasons for judgment are indexed as 2006 BCSC 1382. The appellant appeals only from the refusal of the learned trial judge to grant a declaration that two development permits were void. The trial judge's reasons on this issue are found primarily at paragraphs 189 through 207 of the judgment.

[2] The development permits were issued on April 15, 2003, in one case, and September 24, 2003, in the other. Quesnel city counsel had considered the issue of whether or not to issue the permits on August 26, 2002 and July 28, 2003, respectively.

[3] The developments authorized by the permits have long since been built. It does not appear that the plaintiff has any particular legal interest in the developments, and came before the court simply as a taxpayer, alleging that that was sufficient to give it standing. The plaintiff chose not to adopt the normal, expeditious methods of challenging the city's actions by petition under section 262 of the ***Local Government Act***, R.S.B.C. 1996, c. 323 or under the ***Judicial Review Procedure Act***, R.S.B.C. 1996, c. 241. Instead, it included its claim that the permits were invalid within very complex litigation. It took almost two years for the matter to get to trial. The trial itself was long and complex, and judgment was not released until almost three years had elapsed from the time the last permit was issued.

[4] The trial judge noted that by the time of trial the buildings purportedly authorized by the development permit had been built, leased, and occupied.

Understandably, he wished to know what would be gained by granting a declaration as to the invalidity of the development permits at that point. At paragraph 198 of his judgment, the trial judge states:

During argument, I asked counsel for the plaintiff what the effect of the declaration sought would be. Would, for example, the buildings have to be torn down? Counsel's response, essentially, was that his client is entitled to the declaration sought and the consequences that flow from it would have to be decided in subsequent proceedings. He said he didn't know what the next step would be.

[5] The plaintiff's factum sheds no further light on the reasons for seeking a declaration. Before us this morning, counsel suggested that a declaration might lead the municipality to issue new development permits conforming to the development that has occurred. Alternatively, he said, there might be some further litigation, though he was vague as to what that might be.

[6] The trial judge held that declaratory relief is discretionary, and indicated that he was not prepared to entertain such relief in the circumstances of this case. He cited as reasons for exercising his discretion against granting relief as being that third parties might be affected by such a declaration, and that the delay in having the matter come to the court was excessive.

[7] The plaintiff argues that the learned trial judge was in error in holding that he had discretion to refuse to grant declaratory relief. In support of this proposition, it relies on the decision of this court in ***Hornby Island Trust Committee v. Stormwell*** (1988) 53 D.L.R. (4th) 435. In that case, the local authority brought an action to enjoin a landowner from using his property in a manner that allegedly breached a

bylaw. The owner argued that the bylaw was invalid. The local authority argued that even if the bylaw was invalid, the court could refuse to declare it invalid, and thereby uphold it. The court rejected that proposition. Lambert J.A., with whom Hutcheon J.A. concurred, stated at p. 440:

It is unnecessary in this case to discuss whether such a power to withhold a declaration of invalidity rests with the judge who hears the request for a declaration. The reason is that such a power cannot apply to cases where the by-law was wholly void from its inception because of failure to comply with a statutory pre-condition to validity. If such a power rests with a judge, it must be confined to cases where the flaw in the by-law renders it merely voidable.

Macdonald J.A., concurring, at p. 448 referred to Zamir, ***The Declaratory Judgment*** (Stevens & Sons Ltd., 1962) at p. 183 as follows:

Discretion with reference to the declaratory judgment, means that even though the plaintiff may have proved his right, the court, taking into account a variety of considerations, may still refuse to declare it.

[8] He indicated that the general statement put forward by Zamir was not applicable to the case before the court:

It is my opinion that the discretion which may be involved in the grant of declarations is not available to the court when a defendant pleads and proves that a statutory prerequisite to the adoption of a by-law was not fulfilled.

[9] In my view, the words of this Court in ***Hornby Island Trust v. Stormwell*** have been misconstrued by the plaintiff. The question in that case was whether, notwithstanding its invalidity, the plaintiff local authority could take action against a landowner under a bylaw. Not surprisingly, the court ruled that it would not enforce a void bylaw against a defendant who had pleaded its invalidity.

[10] Nothing in the court's statements in *Hornby Island Trust v. Stormwell* should cast any doubt on the general proposition that declaratory relief *per se* is discretionary. (see Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (3<sup>rd</sup> ed.) Toronto: Thomson Carswell, 2007, particularly at chapter 3; and Zamir, *The Declaratory Judgment* (2<sup>nd</sup> ed.) London: Sweet & Maxwell, 1993, particularly at chapter 4). When an action is brought by a plaintiff seeking a declaration, the court may deny relief on several discretionary grounds, including standing, delay, mootness, the availability of more appropriate procedures, the absence of affected parties, the theoretical or hypothetical nature of the issue, the inadequacy of the arguments presented, or the fact that the declaration sought is of merely academic importance and has no utility. I do not suggest that this list is exhaustive.

[11] Unfortunately, this Court's remarks in *Hornby Island Trust v. Stormwell* were misunderstood by the trial court in *Newson v. Esquimalt (Township)* [1989] B.C.J. No. 525 (S.C.), which case was followed in *Highlands Preservation Society v. Highlands (District)* 2005 BCSC 1743. While these latter cases may well be rightly decided on their merits, they should not be followed insofar as they stand for the proposition that the trial court lacks discretion to deny declaratory relief where a plaintiff alleges that a bylaw is void.

[12] The plaintiff also places considerable reliance on statements made in the judgment of the Supreme Court of Canada in *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326. That case concerned the validity of a municipal taxation bylaw. A taxpayer sought a declaration that the bylaw was invalidly enacted, but waited five years before bringing the matter to the court. The

Quebec Superior Court dismissed the action for a declaration of nullity on discretionary grounds, holding that the delay in bringing the action had been excessive. The Quebec Court of Appeal and Supreme Court of Canada affirmed the judgment.

[13] The proceeding was brought under article 33 of the ***Quebec Code of Civil Procedure***, a provision effectively vesting judicial review powers in the Quebec Superior Court. The Supreme Court of Canada considered the case to be one in which the municipality had jurisdiction to enact the bylaw, and found that the judge had properly exercised discretion in refusing a remedy. At paragraph 99 of the judgment, Gonthier J., for a unanimous court, stated:

In my view, and in general terms, apart from a case where there is a total absence of jurisdiction, a judge hearing an application under art. 33 of the Code of Civil Procedure may refuse to grant the relief sought if, in view of the circumstances, including the importance of the alleged infringement of a right and the plaintiff's behaviour, he considers it justified to do so.

[14] The plaintiff reads this statement as if it stood for the proposition that a trial judge in an action for a declaration lacks discretion to refuse relief where an action is challenged on the basis of a "total absence of jurisdiction". I do not understand that to be the issue that Gonthier J. was addressing. He was discussing the breadth of discretion in a case where total absence of jurisdiction was not at issue. While the passage that is cited suggests that a more narrow discretion might apply in cases of total absence of jurisdiction, the court was not called upon to define the breadth of discretion in such a case.

[15] In the more recent decision of the Supreme Court of Canada in **London (City) v. RSJ Holdings Inc.** [2007] 2 S.C.R. 588, 2007 SCC 29, the court dealt with a statutory power to quash a bylaw. It stated, at paragraph 39:

The power to quash a by-law for illegality contained in s. 273(1) of the *Municipal Act, 2001*[, S.O. 2001, c. 25] is discretionary. Of course, in exercising its discretion, the court cannot act in an arbitrary manner. The discretion must be exercised judicially and in accordance with established principles of law. Hence, when there is a total absence of jurisdiction, a court acting judicially will quash the by-law. In other cases, a number of factors may inform the court's exercise of discretion including, the nature of the by-law in question, the seriousness of the illegality committed, its consequences, delay and mootness. For a helpful discussion on the discretionary power to quash a municipal by-law, see **Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)**.

[16] Again, there is a suggestion that some discretion, though clearly a narrow one, might apply in cases where the matter at issue is a “total lack of jurisdiction”.

[17] I do not think that the comments in either **Immeubles Port Louis Ltée** or **RSJ Holdings** are of assistance to the plaintiff. The case at bar is not a case of “total absence of jurisdiction”. The City clearly has jurisdiction to issue development permits, and the issue here is whether it has done so properly. The errors alleged in this case, while in a broad sense “jurisdictional” do not fall into the category the Supreme Court was alluding to in those cases. Further, I do not read either case as suggesting that there is a complete absence of discretion even in cases that fall into the category of “total absence of jurisdiction”; nothing in the judgments suggests, for example, that lack of standing or absence of utility would not be considered as discretionary bars to relief in such cases.

[18] The learned trial judge had discretion to refuse to entertain the plaintiff's action for a declaration. In determining whether or not to exercise that discretion in this case, he properly considered the possibility of adverse effects on third parties, the plaintiff's delay in bringing the matter before the court, the plaintiff's limited interest in the matter, the lack of any clear utility to a declaration, and the fact that the developments in question had already been built in reliance on the permits. All of these factors were properly taken into account by the learned trial judge. I can see no basis for interfering with his exercise of discretion.

[19] I would dismiss the appeal.

[20] **LOW, J.A.:** I agree

[21] **FRANKEL, J.A.:** I agree.

[22] **LOW, J.A.:** The appeal is dismissed.

"The Honourable Mr. Justice Groberman"



# **TAB 10**

**HUNT v. HUNT***Ontario High Court, Ferguson J. June 23, 1958.*

*A. W. Maloney*, for plaintiff.

No one for defendant.

FERGUSON, J.:—This is an action for annulment of marriage which was tried before me at Port Arthur. The plaintiff and the defendant, both residents and domiciled in Ontario, were married by a Judge of Probate at Duluth, Minnesota, on January 28, 1957. The bride was born June 23, 1937, and the groom March 7, 1938.

The law of Minnesota requires the production of the consent of the groom's parents in cases where he is under 21 years of age, as one of the preliminaries to the issue of the licence. In this instance the plaintiff informed the issuer that he had procured his parents' consent of the marriage but did not have it in writing. Notwithstanding the lack of the parents' written consent, the licence was issued on the undertaking of the plaintiff to procure it in writing and file it with the issuer. Accordingly, the issuer gave the plaintiff a form in which the blanks were appropriately completed for signature by the parents. This document was never signed by the plaintiff's parents and I am satisfied on all of the evidence that his parents never gave their consent to his marriage.

Notwithstanding the absence of the consent and after having for a small fee, abridged a waiting period required by Minnesota law, the Probate Judge performed the marriage ceremony and pronounced the young couple man and wife. The law of Minnesota provides that such a marriage, performed without the consent of the parents, is voidable at the suit of the party whose parents' consent was required. The consent of the parents of a female over the age of 18 years is not required by Minnesota law.

An attorney, Mr. Robert Harold Hood, practising his profession in Duluth, Minnesota, gave expert testimony as to the law of that State. The appropriate provisions of Minnesota law, according to Mr. Hood, are to be found in Mason's Minnesota Statutes, 1927, and read as follows:

"8581. *What voidable* — When either party to a marriage is incapable of assenting thereto for want of age or understanding, or when the consent of either has been obtained by force or fraud, and there is no subsequent voluntary cohabitation of the parties, the marriage may be annulled at the suit of the injured party, and shall be void from the time its nullity is adjudged.

"8582. *Action to annul* — When the validity of a marriage is disputed for any of the causes mentioned in ss. 8580, 8581, either party may begin an action in the district court of the county where either resides, to annul the same. In such action the complaint shall be filed and proceedings had thereon as in actions for divorce, and upon due proof of the nullity of the marriage, it shall be adjudged null and void.

"8583. *When not annulled* — No marriage shall be adjudged a nullity on the ground that one of the parties was under the age of legal consent if it appears that the parties had voluntarily cohabited together as husband and wife after having attained such age; nor shall the marriage of any insane person be adjudged void after his restoration to reason, if it appears that the parties freely cohabited together as husband and wife after such restoration."

Both the plaintiff and the defendant gave evidence and stated that after the marriage they spent their honeymoon in Winnipeg where the marriage was consummated.

Since the decision in *Sottomayor v. De Barros* (1877), 3 P.D.1, it has been universally held by our Courts that consent must be considered as part of the form of marriage and that the forms of entering into a contract of marriage are to be regulated by the *lex loci contractus*. This presents no difficulty where the marriage ceremony has been performed within the jurisdiction of this Court, and where both parties are domiciled and resident in Ontario our Courts have jurisdiction to declare a marriage void whether the

marriage took place here or outside the jurisdiction: *Salvesen v. Administrator of Austrian Property*, [1927] A.C. 641; and see *Hutter v. Hutter*, [1944] P. 95 at p. 100.

The *lex loci celebrationis* determines what necessary acts should preface the inception of the tie. The *lex domicilii* determines the capacity of the parties to contract marriage: *Re Bethell, Bethell v. Hildyard* (1888), 38 Ch. D. 220.

English law regarded the *lex loci celebrationis* as governing the marriage celebrated in conformity with its provisions: *Compton v. Bearcroft*, 2 Hag. Con. 443, note 161 E.R. 799.

Dicey, *The Law of Domicil*, 1879, had this statement: "A marriage is valid when each of the parties has, according to the law of his or her respective domicil, the capacity to marry the other; and if the marriage is celebrated in accordance with any form recognised as valid by the law of the country where the marriage is celebrated."

"Marriages not conforming to the requirements of the place of celebration in the matter of form and ceremonies are invalid . . .": Eversley on Domestic Relations, 1951, 6th ed., p. 304.

I was not referred to any Ontario case in point but the case of *Solomon (falsely called Walters) v. Walters*, (1956) 3 D.L.R. (2d) 78, in the Supreme Court of British Columbia is somewhat similar. There the plaintiff and the defendant were married in the State of Nevada; the bride was 17 years of age and she went through the ceremony of marriage without her parents' consent, which was required by the law of that State. I am not troubled in the case at bar with any difficulties as to residence or domicile, as was Wood J. in the British Columbia case, as to which reference should be made to *Hutter v. Hutter* (*supra*). In the present case there is no doubt that both parties are domiciled and resident in Ontario. Wood J. found that the consent of the parents was required by the law of Nevada and that the marriage performed there was not void, but voidable; the validity of the marriage was to be determined in the British Columbia Court by the proper law governing the particular ground of invalidity. The proper law must be selected in accordance with the English conflict rules. Whether the marriage is either valid or void or voidable must be decided by the proper law, and the applicability of the proper law does not depend upon the distinction between void and voidable. If by the proper law the marriage is voidable only, but is still voidable by that law, the marriage is invalid within the scope of the English conflict rule in the sense that the case is one in which an English Court, if it has jurisdiction, may annul a marriage. Accordingly Wood J. held the Nevada marriage void.

Mr. Hood, being a Minnesota lawyer practising his profession in that jurisdiction, is an expert and so recognized by our Courts. He stated it to be the law of Minnesota that the lack of consent of parents renders the marriage voidable; that consummation before the party becomes 21 is immaterial; that it was his opinion that the Courts of Minnesota would, if asked, declare this marriage void; that the marriage is good until the pronouncement of the decree.

I asked Mr. Hood for a reference to any decision of a Minnesota Court or any rule of law under which a marriage such as this was voidable as the section of the Minnesota law referred to by him in plain English excepts marriage consummated from its operation. It seems to me that his evidence that the Minnesota Courts would declare this marriage void violates the rule of evidence that questions of construction belong to the Court exclusively. It is not open to the foreign expert to construe a document or a contract: Phipson on Evidence, 8th ed., p. 384; or to give his opinion on the legal or general merits of the case: Phipson, p. 385.

In *Westgate v. Harris*, [1929] 4 D.L.R. 643 at p. 647, 64 O.L.R. 358 at p. 364, a case involving the question whether the rental of a wharf in Windsor, Ontario, for the purpose of exporting liquor was, *per se*, as regards the lessees, a conspiracy to violate the laws of the United States, it was held that the opinion of the attorney practising in the City of Detroit that it was such a conspiracy, was a usurpation of the function of the Ontario Court. Hodgins J.A. in delivering the judgment of the Court of Appeal said: "The 'opinion' of a lawyer alone does not prove the law — he must be in a position to testify that such is in fact the law." With deference to the opinion of the learned author of Wigmore, who expresses astonishment at the decision, it is plainly right. What a Judge sitting in this Court attempts to do is to create and to enforce a right as nearly similar to that which would have been created by the foreign Court had it been seized of a similar case purely domestic in character: Cheshire, *Private International Law*, 1957, 5th ed., p. 9.

There has been a great divergence of opinion as to how far the trial Judge is required to accept uncontradicted evidence of the foreign expert without further investigation. However, Mr. Hood has testified as a fact that the marriage is voidable and that under Minnesota law consummation before the age of 21 is immaterial, at least where no issue has resulted and none is likely to result, which I take to mean that in the circumstances of this case the plaintiff is entitled to a decree of nullity. In *Baron de Bode's Case* (1845), 8 Q.B. 208, at pp. 265-6, 115 E.R. 854, Coleridge J. has the following to say: "The question for us is, not what the language of the

written law is, but what the law is altogether, as shewn by exposition, interpretation and adjudication. How many errors might result if a foreign Court attempted to collect the law from the language of some of our statutes which declare instruments in particular cases to be 'null and void to all intents and purposes,' while an English lawyer would state that they were good against the grantor, and that the Courts have so expounded the statute." And Lord Denman C.J. at pp. 250-1 has this to add: "But there is another general rule: that the opinions of persons of science must be received as to the facts of their science. That rule applies to the evidence of legal men; and I think it is not confined to unwritten law, but extends also to the written laws which such men are bound to know. Properly speaking, the nature of such evidence is, not to set forth the contents of the written law, but its effect and the state of law resulting from it. The mere contents, indeed, might often mislead persons not familiar with the particular system of law; the witness is called upon to state what law does result from the instrument." And then in *The Sussex Peerage Case* (1844), 11 Cl. & F. 85 at p. 115, 8 E.R. 1034, Lord Brougham states: "The witness may refer to the sources of his knowledge; but it is perfectly clear that the proper mode of proving a foreign law is not by showing to the House the book of the law; for the House has not organs to know and to deal with the text of that law, and therefore requires the assistance of a lawyer who knows how to interpret it."

I am therefore of the opinion that even if I ignore the opinion expressed by Mr. Hood as to what Minnesota Courts would do, I should accept his statement of Minnesota law as a fact and apply that law to the circumstances of this case. In so doing this Court ought to declare the marriage in question void. There will be judgment accordingly. There will be no costs.

The judgment issued will be in accordance with R. 795.

---

# **TAB 11**

**Lockhart Saw Limited (Re), 2007 NBQB 093**  
**Court Number: 12795**  
**Estate Number: 51-919744**

**IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF NEW BRUNSWICK**  
**TRIAL DIVISION**

**JUDICIAL DISTRICT OF SAINT JOHN**

**BETWEEN:**

**IN THE MATTER OF the Proposal of  
Lockhart Saw Limited**

**BEFORE: Justice Peter S. Glennie**

**AT: Saint John, N.B.**

**DATE OF HEARING: February 2, 2007**

**DATE OF REASONS: February 9, 2007**

**COUNSEL:**

**R. Gary Faloon, Q.C., on behalf of Lockhart Saw Limited**



## **DECISION**

**GLENNIE, J. (Orally)**

[1] Lockhart Saw Limited, (“Lockhart”), seeks an order pursuant to section 50.4(9) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.C.S. 1985, c.B-3 (“BIA”) extending the time for filing a Proposal.

### **Overview**

[2] Lockhart filed a Notice of Intention to Make a Proposal under s. 50.4(1) of the BIA on January 3, 2007, (the “Notice of intention”). The Notice of Intention provided that A.C. Poirier & Associates Inc., (“ACP”), had consented to act as Trustee under a Proposal.

[3] Since the filing of the proposal, Lockhart says it has been canvassing the market in an effort to find a purchaser of its real property situate in the City of Saint John. At present, based on continued customer support and discussions with certain stakeholders, it appears that there is a reasonable opportunity to complete the successful reorganization and sale of Lockhart’s real property.

[4] ACP is of the opinion that the creditors of Lockhart will not be materially prejudiced by the requested extension. No creditor has demonstrated material prejudice or attempted to quantify its supposed losses if an extension is granted.

### **Analysis**

[5] The Proposal sections of the BIA are designed to give an insolvent company an opportunity to put forward a proposal as long as a court is satisfied that the requirements of section 50.4(9) are met: *Re Doaktown Lumber Ltd.* (1996), 39

C.B.R. (3d) 41 (N.B.C.A.) at paragraph 12.

[6] In considering applications under section 50.4(9) of the BIA, an objective standard must be applied and matters considered under this provision should be judged on a rehabilitation basis rather than on a liquidation basis: See *Re Cantrail Coach Lines Ltd.* (2005), 10 C.B.R. (5<sup>th</sup>) 164 and *Re Convergix Inc.* [2006] N.B.J. No. 354 (Q.B.)

**Acting in Good Faith and with Due Diligence**

[7] Lockhart has been diligently working on a restructuring for over a year. It has retained the professional services of ACP to assist it in restructuring, has successfully reduced its overall indebtedness and is actively attempting to either sell or lease its real property. I am accordingly satisfied that Lockhart has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

**Ability to Make a Viable Proposal**

[8] The test for whether Lockhart would likely be able to make a viable proposal if granted the extension is whether Lockhart would likely (as opposed to certainly) be able to present a proposal that seems on its face to be reasonable to a reasonable creditor. The test is not whether or not a specific creditor would be prepared to support the proposal. In *Re Baldwin Valley Investors Inc. (1994)*, 23 C.B.R. (3d) 219 (Ont. G.D.) Justice Farley was of the opinion that “viable” meant reasonable on its face to a reasonable creditor and that “likely” did not require certainty but meant “might well happen” “probable” “to be reasonably expected”. See also *Scotia Rainbow Inc. v. Bank of Montreal* (2000), 18 C.B.R. (4<sup>th</sup>) 114 (N.S.S.C.).

[9] On the evidence before me I find that there appears to be a core business to

form the base of a business enterprise; that management is key to the ongoing viability of the business and that management appears committed to such ongoing viability; and that debts owed to creditors after sale of the real property can likely be serviced by the restructured entity.

[10] Accordingly, I am satisfied that Lockhart would likely be able to make a viable proposal.

### **Absence of Material Prejudice to Creditors**

[11] On the evidence I conclude that Lockhart has honoured all of its post-filing obligations and is in a position to honour these obligations during the extension period. As well, it appears that the position of secured creditors has not and will not be adversely affected for several reasons including, mortgage payments continue to be paid and the building on Lockhart's real property continues to be insured and properly maintained; the book value of the assets forming the security of Royal Bank of Canada, ("RBC"), exceeds the amount owed to RBC by a significant amount; Lockhart continues in operation and made a profit from its operation for the month of January, 2007; Lockhart reduced the amount outstanding on its RBC operating line of credit in January, 2007; Lockhart is actively trying to lease or sell its real property; over the past year Lockhart has reduced its indebtedness to RBC from nearly \$800,000 to under \$200,000; and Lockhart's real property has an assessed value for real property taxes of \$419,700.

[12] The material prejudice referenced in section 69.4(1) of the BIA is an objective prejudice as opposed to a subjective prejudice. In other words, it refers to the degree of the prejudice suffered vis-à-vis the indebtedness and the attendant security and not to the extent that such prejudice may affect the creditor *qua* person, organization or entity. See *Re Cumberland Trading Inc.*

(1994), 23 C.B.R. (3d) 225 (Ont. Gen. Div.).

[13] In *Re Acepharm Inc.* (1998), 4 C.B.R. (4<sup>th</sup>) 19 (Ont. Gen. Div.) the court refused to lift a stay under section 69.4 of the BIA as the moving party pleaded subjective prejudice, which did not constitute material prejudice. At paragraph 10 the court cited with approval the following passage from *Honsberger, Debt Restructuring* at section 8-44:

“what amounts to material prejudice must be decided on a case-by-case basis. It is a broad concept...the Bankruptcy Court being a court of equity must consider the impact of a stay on the parties. This will involve a weighing of the interest of the debtor against the hardship incurred on the creditor. This has been referred to as the “balance of hurt” test.”

[14] On the evidence, I conclude that the proposed extension would not materially prejudice Lockhart’s creditors.

### **Disposition**

[16] In the result an order will issue pursuant to section 50.4(9) of the BIA extending the time for filing a proposal to March 19, 2007.

---

**Peter S. Glennie**  
**A Judge of the Court of Queen’s Bench**  
**of New Brunswick**

# **TAB 12**

1994 CarswellOnt 257  
Ontario Court of Justice (General Division, Commercial List)

Mernick, Re

1994 CarswellOnt 257, [1994] O.J. No. 26, 24 C.B.R. (3d) 8

**Re proposal of STEPHEN RANDALL MERNICK, insolvent person**

Farley J.

Judgment: January 4, 1994

Docket: Doc. 31-269152

Counsel: *Malcolm M. Mercer*, for Xerox Canada Finance Inc., creditor.

Stephen R. Mernick, in person.

Subject: Corporate and Commercial; Insolvency

Application for approval of proposal.

***Farley J. (Endorsement):***

1 At the beginning of the hearing Stephen R. Mernick ("Mernick") requested an adjournment until January 5, 1994 (or later) to allow his new counsel to attend. Mernick's previous counsel was successful in removing himself from the record on December 22, 1993. Well prior to that time, he had arranged with Mr. Mercer for this matter to be heard today. His new counsel was apparently under the misapprehension that the January 4, 1994 hearing date was only a tentative date; however on his enquiring about shifting the date, Mr. Mercer advised forthwith on December 23, 1993 that the January 4, 1994 date was a fixed one. Mernick's new counsel responded by voice mail that there had been a misunderstanding on new counsel's part. No effort was made, with or without reasons, to change the current date. Counsel should be well aware of the Practice Direction (1993), 13 O.R. (3d) 453 in this regard. The adjournment request was refused.

2 No responding material was filed by Mernick or any of his counsel in response to the request of Xerox Canada Finance Inc. ("Xerox") that the Court refuse to approve Mernick's proposal.

3 On June 9, 1993 Xerox obtained an Order from Registrar Ferron requiring that Mernick answer the undertakings given on his examination held April 26, 1993 and questions reasonably arising therefrom. Up to the date of this hearing no answers, even in piecemeal, were given.

4 Mernick advises that he has fought the bankruptcy petitions over a long period of time in a very vigorous manner as he wishes to avoid what he feels is the automatic stigma of being a bankrupt. While his effort in this respect may be applauded from one point of view, it should be recognized that bankruptcy legislation is intended to be rehabilitative in nature. It has been often remarked that there is nothing untoward in an honest but unfortunate businessman resorting to this legislation so as to enable him to attempt to make a clean start.

5 I note as well that it would appear that the proposal section of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 as amended ("BIA") is aimed at the reorganization of business entities (including individuals) which are insolvent but which generally are expected to be viable in an operational sense once the restructuring of the proposal takes place. Such of course would not be the case in Mernick's situation. He has declared that he has no assets of any value and in particular no business operational assets. Furthermore, he has no income; he apparently depends on his general family to support him, his wife and his children. Aside from this family financial assistance (which apparently would be the source of the \$50,000 payment in the proposal), Mernick is also able to obtain loans or credit for emergency and necessary matters. Part of the emergency

matters would seem to include his assisting others with charitable donations. I am given to understand by him that he has been instrumental in assisting some thousands of others who have been in need; in this case the nature of his generosity is quite commendable although one would have to question his means of borrowing from others to in turn lend with no apparent means to ensure repayment.

6 Mernick's proposal disclosed no assets but liabilities totalling \$43,125,465. Of this, \$40 million was said to be owing to 974846 Ontario Inc., a company owned by Meyer Botnick, which purchased the "Firestone indebtedness" for \$100,000. The \$100,000 did not come from Botnick's company but rather from Mernick's mother who received a non-interest bearing note due 2017 for \$500,000 from Botnick's company. However, this transaction which took place July 23, 1992 was reduced by Registrar Ferron to \$7,485,000 in light of a prior settlement; it is this amount plus accruing interest which Botnick's company is able to claim against Mernick. The remaining \$3,125,465 was made up of various small claims. These were supplemented by further claims of \$13,898,887. Claims amounting to \$24,509,382 were made and voted in the proposal.

7 The proposal was for \$50,000 payable over time (12 months) without any actual security or designation as to the source of such payments. This would amount to a payout of 1/5 of one cent on the dollar. However, Botnick's company waived payment which would increase the payout to about 1/3 of one cent on the dollar — a payout which no one would suggest was handsome.

8 It is however a rather strange waiver by Botnick's company. The proposal states:

The trustee will distribute the above-mentioned funds [\$50,000] in accordance with the priority set forth above. To the extent that unsecured creditors receive dividends through this proposal, such dividend shall be deemed as full payment, and full settlement of those creditors' outstanding claims.

974846 Ontario Inc. has agreed that upon the acceptance of this proposal by my creditors and approval by the Court, it will waive its rights to its pro rata share of the dividend contemplated under this proposal, thereby allowing such funds to be distributed among other unsecured creditors.

9 On that basis it would appear that Botnick's company's claim would not be compromised since it would not receive a dividend. On the other hand, the legitimacy of the deal which Mernick advised was to get an independent party in control of the Firestone indebtedness — questionable at best takes on a very rank odour if Botnick's company forgives its claim against Mernick but remains saddled with its debt to his mother. The transaction does not have the air of reality. In any event, Mernick was unfortunately at somewhat of a loss to explain which interpretation should be given to the Botnick company waiver.

10 53 votes were cast in the vote on the proposal — 47 (88%) in favour and 6 against. In dollar terms, of the \$24,509,382 of claims, \$16,992,529 (69.3%) were in favour and \$7,516,852 against. Two thirds value would be \$16,339,586 so that the votes exceeded this value requirement by \$652,944.

11 The PTL deal was to have been completed by 792929 Ontario Inc. ("79 Company"). Mernick held the shares of this company in trust but he has been vague about the nature of the trust and its beneficiary. He asserts that the beneficiary was never himself although there are a number of agreements in which he recites and warrants that he is sole beneficial owner of the shares. As well, his legal counsel caused to be signed court papers to this effect. Mernick asserts that errors were made and that he did not check the papers before signing. The point in issue in this hearing is the return of the PTL deposit to the 79 Company in late 1990. In 1992, Mernick admitted that a portion of the PTL deposit of about \$2.4 million was used to settle claims of Firestone, Bank Leumi and other creditors as well as for legal fees, living expenses and business expenses. Details were not given. One of the April 26, 1993 undertakings to be answered was to give details of the disposition of these funds.

12 Until he settled with MICC, Mernick always claimed that his interest in the Innisfil Site was worth \$30 million based on a conditional offer to purchase the site obtained from 901557 Ontario Inc., a company controlled by a Mr. Spier. However, it appears that the \$400,000 deposit paid came not from Spier's company but from the 79 Company. One must question the *bona fides* of such a structure which would so give the impression of financial strength.

13 Bank Leumi received \$500,000 in early 1991 out of the PTL deposit. Registrar Ferron was of the view that this was a preference. Bank Leumi claimed \$5,455,834 and voted in favour of the proposal.

14 Firestone received \$428,353 U.S. in the winter of 1991 out of the PTL deposit. It would appear that such has the earmarks of a preference. The Botnick company, as assignee of the Firestone debt, voted \$7,484,030 in favour of the proposal.

15 With respect to many of the claims, it is interesting to note that they date back to 1991 or before, yet they were not previously disclosed in any statement of assets and liabilities affirmed by Mernick. Mernick was quite candid that a fair number of these were owed to persons who were not pressing but expected to be paid if Mernick ever got into position to pay. It was expressed by Mernick that he felt he had a moral (and more) obligation to pay these in full — and it appears that there is a corresponding view in this regard from these creditors. One may well question under these circumstances if the proposal has any meaning vis-à-vis these debts. If the proposal fails, these people expect Mernick to pay 100 cents on the dollar at some time; if the proposal succeeds, they still expect Mernick to pay 100 cents on the dollar. While the morality of such may be very high, one must question whether votes in respect to these claims should be taken into account in binding other creditors; if not, then consideration should be given to the nature of this when considering whether the proposal should be approved.

16 Mernick has admitted that his "mess" began in the fall of 1989 during which time the Napanee mortgages fell due and were not paid. Spider Maple was put into receivership and Bank Leumi called its loans. Since then, at least \$2.4 million has been expended which could have been made available to Mernick's creditors generally.

17 Clearly the assets involved are less than 50 cents on the dollar ([s. 173\(1\)\(a\)](#)). Mernick has either failed to keep proper records ([s. 173\(1\)\(b\)](#), [s. 200\(1\)\(a\)](#)) or he has refused to or is unable to answer his undertakings using such records ([s. 173\(m\)](#)). Mernick has continued to obtain credit after knowing himself to be insolvent and engaged in business deals ([s. 173\(1\)\(c\)](#)). The PTL deposit disposition has not been answered ([s. 173\(1\)\(d\)](#)). In light of the scanty information available (despite great efforts over a long time by Mr. Mercer), it is not possible to determine if Mr. Mernick has infringed [s. 173\(1\)\(e\)](#). Clearly in his dismissal for want of prosecution of appeal of the Xerox claim, Mernick has put Xerox to unnecessary expense ([s. 173\(1\)\(f\)](#)). It appears that there have been preferences within the period in question ([s. 173\(1\)\(h\)](#)). He has also committed a bankruptcy offence in failing to answer questions ([s. 198\(c\)](#), [s. 173\(1\)\(i\)](#)).

18 Three interests must be considered on an application to approve a proposal (see *Re Stone* (1976), 22 C.B.R. (N.S.) 152 (Ont. S.C.)):

- (a) the interests of the debtor;
- (b) the interests of the creditors generally by ensuring that the proposal is reasonable; and
- (c) the interests of the public in the integrity of bankruptcy legislation.

19 The Court must weigh the effect of approving the proposal and not approving the proposal. In order for the proposal to be approved, the creditors must obtain an advantage over bankruptcy: see *Re Allen Theatres Limited* (1922), 3 C.B.R. 147 (Ont. S.C.); *Re Tridont Health Care Inc.* (1991), 4 C.B.R. (3d) 290 (Ont. Bkcty.) and *Re First Toronto Mining Corp.* (1991), 3 C.B.R. (3d) 246 (Ont. Bkcty.). The conduct of the debtor is a factor to be considered and if there is any suggestion of collusion or secret advantage, the matter will be particularly scrutinized: see *Re Gardner* (1921), 1 C.B.R. 424 (Ont. S.C.) and *Re Man With Axe Ltd.* (1961), 2 C.B.R. (N.S.) 8 (Man. Q.B.).

20 Where the facts mentioned in [s. 173 BIA](#) are proven, the Court shall refuse to approve the proposal unless the proposal provides reasonable security for the payment of not less than 50 cents on the dollar of unsecured claims or such percentage of these as the Court may direct: see *Re Dolson* (1984), 49 C.B.R. (N.S.) 255 (Ont. S.C.); *McNamara v. McNamara* (1984), 53 C.B.R. (N.S.) 240 (Ont. S.C.); *Re Tridont*, *supra*. The Court may refuse to approve a proposal where offences mentioned in [s. 198](#) and [s. 200](#) have been committed ([s. 59\(2\) BIA](#)).



21 As indicated previously, I am of the view that this type of proposal is an ill fit with the thrust and intention of BIA. It is not a reorganization or restructuring. As such, it should at least receive the strongest scrutiny. There are numerous offences and inappropriate facts which raise problems under s. 173, s. 198 and s. 200. The Botnick company deal smacks of illegitimacy on whatever view is taken of it. It would seem that the creditors may be giving up \$50,000 (although it is necessary to note that the source was not disclosed in the proposal and it had to be over time) but that this would be their ticket of admission to determine what happened to at least the PTL deposit and to see if some of this money might be recovered under a preference action. I note that it would be very much in the interests of Bank Leumi and Firestone/Botnick company to vote in favour of the proposal to eliminate the risk of investigation into the preference question. It seems to me that an investigation would have the double barrelled advantage of satisfying the justifiable curiosity of the "outside" claimants and vindication of Mernick if he has in fact made appropriate (even if quite disjointed) disclosure. I note also that even according the in favour votes full dollar credence, the two-thirds' value majority was narrowly obtained; in other words, there was not an overwhelming vote in favour. I am therefore of the view that it would be in the interests of the creditors generally not to approve this proposal since it does not appear reasonable on its face (especially since it is for a fraction of a cent on the dollar and falls below any appropriate threshold in this regard or in regard to s. 173(1)(a) and s. 59(3)). For this and other reasons given, I think it in the public interest not to approve this proposal. In essence, the proposal (given the minuscule recovery aspect) was a bankruptcy without the investigative assistance possible in a bankruptcy, all in a situation where there was a demonstrated reluctance to provide information.

22 The non-approval of the proposal would then bring s. 61(2)(a)(iii) into play.

*Application dismissed.*

# **TAB 13**

2000 CarswellOnt 2797

Ontario Court of Justice, General Division (In Bankruptcy)

Nortec Colour Graphics Inc., Re

2000 CarswellOnt 2797, 18 C.B.R. (4th) 84, 98 A.C.W.S. (3d) 977

**In the Matter of the Proposal of Nortec Colour Graphics Inc.**

Deputy Registrar Sproat

Heard: July 24, 2000

Judgment: August 2, 2000

Docket: Estate No. 31-375711

Counsel: *B. Cohen Q.C.*, and *J. Simpson*, for Nortec Colour Graphics Inc.

*A. MacFarlane*, for creditor, Heidelberg Canada Graphic Equipment Limited.

*J. Carhart*, for CIT Group (formerly Newcourt Financial).

Subject: Insolvency; Civil Practice and Procedure

MOTION for order extending time to file proposal; CROSS-MOTION for order that stay of proceedings against bankrupt not apply to one creditor.

***Deputy Registrar Sproat:***

1 This is a motion by Nortec Colour Graphics Inc. ("Nortec") pursuant to s.50.4(9) of the BIA for an order extending the time for the filing of a proposal. Nortec filed a notice of intention to make a proposal on May 25, 2000. On June 23, 2000, prior to the expiry of the initial thirty day period within which to file the proposal, Nortec brought a motion for an order extending the proposal period by a further thirty day period. I granted that motion and ordered that, in the event that a further extension was required, the motion be brought on notice to the creditors.

2 This motion is opposed by Heidelberg Canada Graphic Equipment Limited ("Heidelberg"). Heidelberg is the owner of certain highly specialized printing equipment valued at about \$9.5 million. Pursuant to three leases, Heidelberg leased the equipment to Nortec and, thereafter, assigned the leases to CIT Group Inc. ("CIT"), formerly Newcourt Financial. Heidelberg did so on a "with recourse" basis and, hence, in the event of Nortec's default, Heidelberg will be liable to CIT. CIT has already put Heidelberg on notice of the default. In the circumstances, Heidelberg is in the process of having the leases reassigned to it, such that Heidelberg, and not CIT, will be the creditor of Nortec.

3 It may, on first impression, appear that Heidelberg is not a creditor of Nortec. However, CIT did appear on the motion and supported Heidelberg's opposition to the motion as well as Heidelberg's cross-motion. For the purposes of the motion and cross-motion, I accept Heidelberg's status as a creditor (in view of its arrangements with CIT) and, certainly, Nortec took no issue with Heidelberg's status.

4 At the commencement of argument of Nortec's motion to extend the proposal period, Heidelberg sought leave to file a cross-motion and affidavit in support thereof. The affidavit had been previously served upon Nortec's counsel and no issue was taken with respect to the filing of cross-motion. Accordingly, I permitted the cross-motion to be filed.

5 The cross-motion by Heidelberg seeks an order under s. 50.4(11) of the BIA terminating the proposal or, alternatively, an order under s. 69.4 of the BIA that the stay of proceedings does not apply to Heidelberg. Effectively, Heidelberg seeks to enforce its security in respect of the equipment to permit it to lease or sell the printing equipment.

### **The Motion to Extend the Proposal Period**

6 Section 50.4(9) of the BIA provides for the jurisdiction of this court to extend the proposal period where the court is satisfied of the following factors:

1. the insolvent person has acted and is acting in good faith and with due diligence;
2. the insolvent person would likely be able to make a viable proposal; and
3. no creditor would be materially prejudiced if the extension were granted.

#### ***1. Has Nortec acted in good faith and with due diligence.***

7 Nortec states that it has acted in good faith and has exercised due diligence. Nortec has had extensive negotiations with Grenville Printing ("Grenville") relative to Grenville's purchase of or investment in Nortec. At the time of the first motion to extend, Nortec had not finalized the structure of the transaction, although I accept that it was then expected that Nortec would be restructured by way of a newly established corporate entity. It later turned out that this structure would not be used. Instead, Nortec and Grenville determined to establish a partnership, which would provide certain tax benefits. This change in structure necessitated negotiation with the shareholders of Nortec (of which there are two principal shareholders) and their counsel, in addition to certain of Nortec's creditors.

8 Nortec has been aware from the outset of the necessity to obtain the approval of a number of its key creditors and, in this regard, Nortec and Grenville have been negotiating with Royal Bank of Canada ("RBC"), Canada Customs and Revenue Agency ("CCRA"), Nortec's landlord and Heidelberg. Insofar as Heidelberg is concerned, it appears that by May 2, 2000, well before the notice of intention was filed, Heidelberg was onside. Heidelberg had already agreed to amended terms of the leases relating to the equipment and was waiting to finalize the documentation in that regard.

9 Heidelberg suggests that because the documentation amending the terms of the leases for the printing equipment has not been finalized, this amounts to lack of due diligence. I do not find that this alone is sufficient for me to find that Nortec has failed to satisfy this aspect of the test. On the contrary, it seems to me that Nortec exercised due diligence by attending to the issue of the printing equipment leases well in advance of filing the notice of intention, which in turn has permitted Nortec to continue its negotiations with Grenville and other creditors.

10 Although there have been a few obstacles along the way in terms of Nortec making a proposal, it seems to me that it, has taken steps to further the proposal process along. Grenville has taken an active role, with Nortec's consent, in negotiating with Nortec's creditors.

11 Heidelberg also claims that Nortec has not acted in good faith and has not exercised due diligence since negotiations with Grenville have stalled and are no further ahead today than one month ago. While it may be so, it does not mean there has been a lack of good faith or lack of due diligence. In my view, there is sufficient evidence to suggest that Nortec has been moving forward with the formulation of the proposal.

#### ***2. Will Nortec likely to make a viable proposal***

12 Nortec suggests that it will likely make a viable proposal although it has not put forward a proposal yet. It appears that Nortec's major creditors, RBC, CCRA and the landlord are prepared to wait and to consider the proposal, once filed. "Viable proposal" as used in s. 50.4(9) of the BIA should be seen as one reasonable on its face to the reasonable creditor (*Re Baldwin Valley Investors Inc.* (1994), 23 C.B.R. (3d) 219 (Ont. Gen. Div. [Commercial List]) at p. 221). None of Nortec's creditors have come forward to say that it will not support any proposal and the fact that Nortec continues to discuss the structure of Grenville's proposed purchase/investment in Nortec is indicative of Nortec's efforts to lay the foundation of its proposal.

13 Heidelberg argued that it is not likely that Nortec will make a viable proposal. There is no evidence in support of this position. At best, Heidelberg's evidence is that it is *reluctant* to lend further support to the process in view of the fact that Grenville withdrew from the process (emphasis added). Heidelberg does not go so far as to say it will refuse to approve any proposal. In any event, although Grenville withdrew from the process, it was only for one day and Grenville, by its solicitors, agreed to continue discussions with Nortec and its principals relating to a new, proposed transaction. Thus, I do not see this argument, at this time, having merit.

### 3. *Will any creditor be materially prejudiced?*

14 Nortec submits that no creditor will be materially prejudiced, particularly since RBC and CCRA are content to take a "wait and see" approach and its landlord has consented to the extension. On the other hand, Heidelberg suggests that it is materially prejudiced since it is owed about \$1 million on account of the leases of the printing equipment and since it has received inquiries relative to the purchase of the printing equipment now used by Nortec in its business. Heidelberg suggests that it should be permitted to lease or sell the printing equipment and that now would be an opportune time to do so. In support of this contention, Heidelberg suggests that there are few prospective purchasers in the market for the specialized printing equipment in question, these prospective purchasers would have to wait upwards of 8 months if the equipment were to be ordered today and that prospective purchasers require some lead time in which to plan for the integration of the printing equipment into its operations.

15 In my view, these facts operate against a finding of material prejudice. It seems to me that any prospective purchaser would need some time to integrate the new equipment into its operations and I see no reason why a transaction for the lease or sale of the printing equipment needs to be completed immediately.

16 In addition, I agree with submissions of counsel for Nortec that Heidelberg has failed to establish material prejudice. Of particular note, Heidelberg has not identified the prospective purchasers who have made inquiries (which would have permitted Nortec to test the allegation of material prejudice) and have not quantified the extent of the losses it will suffer as a result of Nortec's financial circumstances and the extension sought by Nortec.

17 Lastly, I wish to deal with the issue of Nortec's indebtedness to Heidelberg. Heidelberg claims that it is the largest single creditor of Nortec since it is owed about \$1 million. It has filed one of the three leases covering the printing equipment as a sample lease. This lease calls for monthly payments of about \$10,000. The other two leases were not filed and there was no evidence as to the total monthly obligation of Nortec. There was also no evidence of when default occurred.

18 On the other hand, Nortec claims that it owes about \$382,000 to Heidelberg according to the notice of intention filed. This is in contrast to RBC total indebtedness of \$890,000 (of which \$350,000 is secured) and CCRA indebtedness of \$300,000. There are also 6 debenture holders with total indebtedness of \$385,000. Thus, I cannot say with certainty that Heidelberg is the largest single creditor as RBC, CCRA and the debenture holders (who have not opposed the extension) are collectively owed about \$1,575,000.

### 4. *Disposition of Nortec's motion*

19 Nortec's business will most certainly fail if I refuse to grant Nortec's motion or alternatively, grant Heidelberg's cross-motion. Since I do not see any material prejudice to Heidelberg (or any other creditor for that matter), I am inclined to give Nortec some additional time to put forward a proposal. I am mindful of the need to balance the interests of Nortec and recognize the rights of creditors. That is to say, Nortec should not be permitted to carry on its business without regard to its creditors. While Nortec should be commended for acknowledging its financial predicament early on (as early as May 2, 2000), it should not be at the expense of Heidelberg or its other creditors. Heidelberg is, understandably, frustrated by the delays, now that almost 3 months since it initially agreed to revise the leases with Nortec. Thus, I am of the view that, while Nortec be given some additional time, it should not be the 45 days it requests. I am therefore granting Nortec's motion but extend the time for filing the proposal for 15 days. Thus, the deadline for the filing of the proposal is August 8, 2000.

### **The Cross-Motion to Terminate the Proposal Period**

20 Given my determination of Nortec's motion, I need not consider Heidelberg's cross-motion under s. 50.4(11) of the *BIA*. I do note however that the arguments in response to Nortec's motion were the same arguments advanced by Heidelberg on its cross-motion. I have addressed these arguments above.

### **The Cross-Motion to Lift the Stay of Proceedings**

21 The court has jurisdiction to lift the stay of proceedings imposed by s. 69(1) of the *BIA* if the creditor is materially prejudiced by the operation of the stay or if there are other equitable grounds upon which the stay should be lifted. In this case, neither of these factors are found. In the result, I have also dismissed Heidelberg's cross-motion

### **Costs**

22 Nortec does not seek costs of its motion but seeks costs of Heidelberg's cross-motion fixed at \$1,000. I agree with counsel for Heidelberg that its cross-motion was essentially a response to Nortec's motion and no additional time or materials were required in arguing the cross-motion. In the circumstances, I order no costs of the cross-motion.

*Motion granted; cross-motion dismissed.*

# **TAB 14**

**CITATION:** Re Nortel Networks Corporation et al, 2014 ONSC 6973  
**COURT FILE NO.:** 09-CL-7950  
**DATE:** 20141209

**ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE  
COMMERCIAL LIST**

**IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS  
ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. c-36, AS AMENDED**

**AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR  
ARRANGEMENT OF NORTEL NETWORKS CORPORATION,  
NORTEL NETWORKS LIMITED, NORTEL NETWORKS GLOBAL  
CORPORATION, NORTEL NETWORKS INTERNATIONAL  
CORPORATION and NORTEL NETWORKS TECHNOLOGY  
CORPORATION**

**APPLICATION UNDER THE COMPANIES' CREDITORS  
ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED**

**COUNSEL:** *Michael Barrack* - Counsel for United Kingdom Pension Claimants  
*John Finnigan*  
*D.J. Miller*  
*Andrea McEwan*  
*Michael Shakra*  
*Brian O'Connor*  
*Matthew Bullen*  
*James McCreath*  
*Chris Edward-Earl*

*Alan Mark* - Counsel for the Monitor & Canadian Debtors  
*Jessica Kimmel*  
*Graham Smith*  
*Jason Wadden*  
*Gale Rubenstein*  
*Christopher Armstrong*  
*Derrick Tay*  
*Jennifer Stam*  
*Melanie Ouanounou*  
*Vasuda Sinha*  
*Nicholas Kluge*  
*Niklas Holmberg*  
*Jonathan Edge*  
*Joe Pasquariello*  
*Jesse Mighton*

**BEFORE: JUSTICE NEWBOULD**



**DATE HEARD:** July 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, September 29, 30, October 1, 2014

## **REASONS FOR JUDGMENT**

### **TABLE OF CONTENTS**

|                                                                                                                                     | Page No. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Nortel history and structure .....                                                                                                  | 3        |
| NNUK and the UK pension plan .....                                                                                                  | 6        |
| Project Swift .....                                                                                                                 | 9        |
| Claims made by UKPC .....                                                                                                           | 10       |
| Financial Support Direction (“FSD”) claim .....                                                                                     | 11       |
| (a) Is the FSD claim an exercise of sovereign authority and one which will not<br>be enforced by this Court? .....                  | 15       |
| (b) Are these proceedings intended to impermissibly reorder and interfere with<br>the rights of the creditors of NNL and NNC? ..... | 15       |
| (c) Does the UKPC lack status to bring the FSD claim? .....                                                                         | 17       |
| (d) What is the contingency to be measured and is it a provable claim? .....                                                        | 18       |
| (i) Standard to be applied.....                                                                                                     | 20       |
| (ii) Application of the “too remote or speculative” standard .....                                                                  | 22       |
| (e) Reason for the Nortel failure and Issues raised by the UKPC to support its<br>FSD claims .....                                  | 34       |
| (i) Reason for Nortel failure .....                                                                                                 | 34       |
| (ii) Contribution holiday .....                                                                                                     | 36       |
| (iii) Interest-free loan .....                                                                                                      | 38       |
| (iv) Transfer pricing .....                                                                                                         | 40       |
| (v) Conclusion .....                                                                                                                | 47       |
| (f) Was NNUK Insufficiently Resourced? .....                                                                                        | 48       |
| The Funding Agreement and the Funding Guarantee.....                                                                                | 61       |
| Quantum of Funding Guarantee .....                                                                                                  | 72       |
| Claims on the Swift Guarantee .....                                                                                                 | 80       |
| (a) English principles of construction of an agreement .....                                                                        | 80       |
| (b) Analysis .....                                                                                                                  | 85       |
| Rule in <i>Ex Parte James</i> .....                                                                                                 | 98       |
| Oppression .....                                                                                                                    | 100      |
| (a) Standing to be a complainant .....                                                                                              | 100      |
| (b) Merits of oppression claims .....                                                                                               | 106      |
| (i) Interest free loans .....                                                                                                       | 107      |
| (ii) Project Swift .....                                                                                                            | 110      |
| (iii) Funding and Swift Guarantees .....                                                                                            | 119      |
| (iv) Transfer pricing .....                                                                                                         | 119      |

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| (v) Conclusion.....                     | 120 |
| Unjust Enrichment .....                 | 120 |
| (i) Unjust enrichment claims .....      | 123 |
| (ii) Interest free loans .....          | 124 |
| (iii) Project Swift .....               | 126 |
| (iv) Funding and Swift guarantees ..... | 126 |
| (v) Conclusion .....                    | 127 |
| End Result .....                        | 127 |

### **Nortel history and structure**

[1] On January 14, 2009, Nortel Networks Corporation (“NNC”) was a publicly-traded Canadian company and the direct or indirect parent of more than 130 subsidiaries located in more than 100 countries, collectively known as the “Nortel Group” or “Nortel”. NNC was the successor to a long line of technology companies headquartered in Canada dating back to the founding of Bell Telephone Company of Canada in 1883. NNC’s principal, direct operating subsidiary, also a Canadian company, was Nortel Networks Limited (“NNL”), which in turn was the direct or indirect parent of operating companies located around the world.<sup>1</sup>

[2] From the mid-1980s, Nortel expanded substantially through the continued development of ground-breaking technology. The Nortel Group moved from developing and manufacturing traditional landline phone technology and equipment into digital, wireless and photonic technologies. At the same time, the Nortel Group expanded into Europe, Asia, Africa, the Middle East and Latin America.

[3] Beginning around 2001, the burst of the dot-com bubble had a severe effect on the global economy and on the telecommunications industry in particular, including Nortel. Market forces led to a decline in Nortel’s revenues and market share, and a decline in customer demand for Nortel’s products. Subsequently, Nortel was faced with accounting issues which impacted Nortel’s credit rating and its cost of financing and required Nortel to restate its financial

---

<sup>1</sup> Unless otherwise indicated, statements of fact in these reasons are findings of fact.

statements for the fiscal years 2000 to 2005. The rating downgrades affected Nortel's access to capital markets and cost of financing for some years. The fortunes of Nortel improved for a few years but for various reasons, including the financial meltdown in the fall of 2008, Nortel saw its business decline in the two profitable lines of business that it was operating. That and a lack of customer support caused Nortel to file for bankruptcy protection in January 2009.

[4] On January 14, 2009 NNC, NNL and a number of other Canadian corporations filed for protection under the CCAA. On the same date, Nortel Network Inc. ("NNI"), the principal US subsidiary, and a number of other US corporations filed for protection under chapter 11 of the US Bankruptcy Code. On January 15, 2009 Nortel Networks UK Plan Limited ("NNUK") and all of the EMEA<sup>2</sup> debtors save the French subsidiary Nortel Networks S.A. ("NNSA") entered into administration under the UK insolvency laws and NNSA had a liquidator appointed under French secondary proceedings.

[5] The initial intent was to attempt to restructure the business and go forward, but by June 2009 the decision was made to liquidate the business. The lines of business were sold for US \$2.8 billion and the residual intellectual property was sold for US\$4.5 billion, for total proceeds of US \$7.3 billion. A joint trial of this court and the Delaware Bankruptcy Court has been held to determine how the US \$7.3 billion is to be allocated among the Canadian debtors, the US debtors and the EMEA debtors. A decision is pending.

[6] Prior to the insolvency, Nortel had four main product groups (also known as a Line of Business), and operated along business lines as a highly integrated multinational enterprise with a matrix structure that transcended geographic boundaries and legal entities organized around the world. Each entity, such as NNUK, was integrated into regional and product line management structures to share information and perform R&D, sales and other common functions across geographic boundaries and across legal entities. The matrix structure was designed to enable

---

<sup>2</sup> EMEA is an acronym for all of the Nortel subsidiaries in Europe, the Middle East and Africa.

Nortel to function more efficiently, drawing on employees from different functional disciplines worldwide, allowing them to work together to develop products and attract and provide service to customers, fulfilling their demands globally.

[7] As a result of Nortel's matrix structure, no single Nortel entity, either NNUK or any of the other EMEA debtors in Europe, or NNI or any of the other US debtors in the United States, or NNL or any of the other Canadian debtors in Canada, was able to provide the full line of Nortel products and services, including R&D capabilities, on a stand-alone basis.

[8] R&D was the primary driver of Nortel's value and profit. Together with NNL, the principal companies that performed R&D were NNI, (a US company), NNUK, NNSA, (a French company) and Nortel Networks Ireland (an Irish company)<sup>3</sup>. These were known as Residual Profit Entities ("RPEs") due to their participation from 2001 in a residual profit pool in connection with Nortel's transfer pricing arrangements. Other operating companies performed sales and distribution functions and were known as Limited Risk Distributors or Entities ("LRDs").

[9] R&D was performed at labs around the world. The advanced technology primary research which was intended to develop novel, cutting edge intellectual property technologies was performed mostly in NNL laboratories in Ottawa, which also did R&D for various lines of business. From 2000 to 2009 NNL accounted on average for just under half of all R&D expenditures, more in the latter years than the earlier years. NNI accounted for 38 to 42% and EMEA accounted for 16 to 20% in the earlier years and 11.7 % from 2005 to 2009. Between 2001 and 2008, NNUK's share of R&D was 5.5 %. The R&D was shared throughout the Nortel Group as needed by the lines of business and customer needs in the various regions and countries.

---

<sup>3</sup> Nortel Networks Australia was also a RPE until December 31, 2007.

[10] Because R&D was the primary driver of Nortel's value and profit, the residual profits of Nortel, after payment of fixed rates of return to all Nortel companies for sales and distribution functions, were paid to the RPEs under a Master Research and Development Agreement ("MRDA") in accordance with a residual profit split method ("RPSM") based on each RPE's percentage expenditure on R&D each year of the total R&D yearly expenditure of all RPEs.

[11] Under the MRDA, each RPE, including NNUK, was granted an exclusive right to make and sell in its territory Nortel products using or embodying Nortel intellectual property developed by Nortel companies anywhere in the world and a non-exclusive right to do so in territories that were not exclusive to an RPE.

### **NNUK and the UK pension plan**

[12] NNUK was a wholly owned direct and indirect subsidiary of NNL. NNL acquired its NNUK business by acquiring the UK business of STC plc initially by a minority investment in 1987 and entirely in 1991. STC, and then NNUK, had a defined benefits or "balance of cost" plan under which employees made specified contributions and the employer was required to fund the balance of the cost of providing the benefits after taking into account the contributions paid by the employees and the investment performance of the plan's assets (the "UK Plan"). As sponsor, NNUK was responsible for funding any deficit in the plan and was entitled to take contribution reductions or holidays when the plan was in surplus. In December, 2002 an actuarial valuation of the UK Plan disclosed a deficit for the first time since 1988.

[13] Under UK pension law, a pension plan (or scheme<sup>4</sup>) is managed by a trustee independent from the employer sponsor of the plan. The UK Plan was managed by its independent trustee, Nortel Networks UK Pension Trust Limited (the "Trustee"). The Trustee held the UK Plan's

---

<sup>4</sup> Pension plans in the UK are called schemes.

assets in trust to pay the benefits required by the UK Plan. The Trustee had the responsibility for the investment of the plan's assets. NNL did not have the responsibility or authority to dictate the asset mix (the split between bonds and equities, and the make-up of each) or the choice of investment managers.

[14] When Nortel acquired STC in 1991, the UK Plan was in surplus and had been since 1988. There had been a contribution holiday in that STC since May 1, 1989 had not been making contributions to the UK Plan. This had been suggested by the Chairman of the Trustee, Mr. Ken Gardner, to STC. It was a common thing to do in the UK. The UK government discouraged the accumulation of surpluses because they could be used as a tax haven by employers and adverse tax consequences would be imposed if a pension plan's surplus grew too large.

[15] Under UK pension laws, a triennial valuation of a pension plan's assets is required. The UK Plan actuary considered the contribution holiday at each triennial valuation and on each valuation until 2002, the actuary confirmed to the Trustee that a contribution holiday could be taken.

[16] Following the global stock market crash in the early 2000s, NNUK agreed that a valuation of the UK Plan should be completed a year earlier than required (in 2002 instead of 2003) to determine its funding position. NNUK and the Trustee also agreed that yearly updates on the UK Plan's funding position would be done thereafter. Underlying this agreement was the realization the UK Plan might have entered into a deficit despite the fact the 2000 actuarial valuation had disclosed a surplus.

[17] The valuation, conducted as at April 5, 2002 and dated December 19, 2002 disclosed a deficit in the plan for the first time since 1988. The deficit of £177 million was calculated on an on-going basis, i.e. assuming the business and the plan continued. Interim reviews of the UK Plan as at April 5, 2003 and as at April 5, 2004 indicated a deficit of £346 million and £315 million, respectively, on an on-going basis.

[18] In October 2002, NNUK resumed contributions. From 2002 through 2005, NNUK contributed a total of £184 million, comprised of £33 million in 2002, £59 million in 2003, £46 million in respect of 2004 and £46 million for 2005.

[19] From 2002 Nortel and the Trustee discussed funding the deficit in the UK Plan. The Trustee initially wanted to conclude a long-term funding arrangement with NNUK that would provide for the retirement of the deficit over a period of years. While NNUK affirmed its intention to remove the deficit, it could not commit to a long-term funding arrangement at that time in light of the uncertain state of the market, cease trade orders issued by the Ontario and US securities commissions that restricted Nortel's access to capital markets and other issues arising from the various restatements of NNC's consolidated financial statements, including a large class action settlement that was in the process of being finalized. Concerns about liquidity and affordability of contributions constrained Nortel's approach in eliminating the deficit.

[20] Under the *Pensions Act 2004*, (UK) c. 35 ("2004 Act"), if there is a deficit, the trustee and the employer sponsor are required, within a prescribed timeframe, to negotiate and agree to a recovery plan that sets out the steps to restore the plan to full funding and the time period over which it is to be achieved. The 2004 Act contemplates a robust, arm's length negotiation between the employer and the Trustee. This was different from the previous pension legislation in the *Pension Act 1995* (UK) c. 26, under which the employer had unilateral authority to set contribution levels.

[21] In February 2005, the Trustee retained PricewaterhouseCoopers LLP to act as its financial advisor in the funding negotiations. The Trustee's legal advisor was Pinsent Masons LLP, a leading UK pensions firm.

[22] As negotiations progressed, the Trustees became uncomfortable accepting a long-term proposal because they were worried by uncertainty regarding the nature and scope of their obligations and potential liability under the recently enacted 2004 Act. In the result, NNUK and

the Trustee agreed to a 2005 schedule of payments which provided for an immediate contribution by NNUK to the plan of £10 million, annual contributions of £46 million to be made in quarterly installments from 2005 through 2007, and a further 2006 schedule of contributions by NNUK of £85 million from 2006 to 2008.

[23] Eventually a Funding Agreement was made between NNUK and the Trustee dated November 21, 2006 that provided for the 2005 deficit to be paid over seven years from 2005 to 2012. As well, NNL signed a Funding Guarantee on the same date guaranteeing the obligations of NNUK under the Funding Agreement. There is a difference between the parties as to whether NNL has any liability under the Funding Guarantee and, if so, what the obligations of NNUK were that were guaranteed by NNL.

### **Project Swift**

[24] Project Swift resulted from an interest-free loan of some US \$950 million owing on the books of NNUK by NNL to NNUK which had been built up over several years. Because the loan was interest-free, the UK tax authorities had imputed interest to NNUK each year. NNUK had had previous tax losses and therefore had not had to pay tax on the imputed interest. However by 2007 the tax people in EMEA became concerned that the tax losses were running out and that tax may have to be paid in the future for the imputed income to NNUK. They therefore recommended what was known as Project Swift which resulted in a transfer to NNUK in December 2007 of a number of EMEA subsidiary corporations indirectly owned by NNL in return for a reduction in the loan owing by NNL to NNUK in an amount equal to the value of the subsidiaries transferred to NNUK.

[25] Valuations of the subsidiaries were carried out by the parties to ensure that adequate value was provided to NNUK in return for the loan to be reduced. One of the subsidiaries intended to be transferred to NNUK was NNSA, the French Nortel subsidiary. However concerns arose as to the value of NNSA due to a tax audit by the French tax authorities. NNUK



wanted that problem to be dealt with and a new valuation undertaken of NNSA before it was transferred to NNUK. In the result, an 8.83% minority interest in NNSA held by NNIF (a Netherlands company) was transferred to NNUK based on an evaluation of that interest, and the balance of the 91.17% of NNSA owned by NNL was not transferred in December, 2007 at the time of the other transfers and the amount of the loan owing by NNL to NNUK that was repaid was reduced by the value that had been ascribed to that interest in NNSA.

[26] The issues at NNSA were not resolved by the time of the CCAA filing on January 14, 2009 and the 91.7% interest of NNL was never transferred to NNUK. The UKPC contends that this failure to transfer the remaining interest of NNSA to NNUK is an important consideration in the FSD, oppression and unjust enrichment claims.

[27] One of the Trustee's concerns regarding Project Swift was that exchanging NNUK's loan for EMEA Nortel subsidiaries would detrimentally impact the amount of recoveries that would accrue to the UK Plan in the event NNUK failed. As a result, the Trustee sought a guarantee from NNL to cover the value gap to the UK Plan if NNUK failed after Project Swift was implemented.

[28] A USD\$150 million guarantee dated December 21, 2007 (the "Swift Guarantee") was signed by NNL. There is a difference between the parties as to whether NNL has any liability under the Swift Guarantee. The UKPC say further that issues regarding the Swift Guarantee are to be taken into account in the oppression and unjust enrichment claims.

### **Claims made by UKPC**

[29] The Trustee of the UK Plan and The Board of the Pension Protection Fund established under the 2004 Act (together the UK pension claimants or "UKPC") assert a number of claims in these CCAA proceedings against NNC and NNL.

[30] They claim (i) under the 2004 Act for what it says NNC and NNL would have been required to pay under the FSD regime set up under the 2004 Act, (ii) under the 2006 Funding Guarantee by NNL, (iii) under the Swift Guarantee, (iv) for oppression, and (v) for unjust enrichment. NNC and NNL contend that there is no basis for any of these claims to succeed.

[31] In this case the Monitor is acting under what is now referred to as a “super monitor” order of October 3, 2012 in which the Monitor was authorized to exercise any powers which may be exercised by a board of directors of any of the applicants, which includes NNC and NNL. This order occurred after NNC and NNL were left without any board of directors or management and it was necessary for the Monitor to be appointed to advance the interests of NNL and NNC in this CCAA proceeding. While I will refer to the Monitor, I do so in recognition that the Monitor is advancing the position of the Canadian debtors in this litigation.

### **Financial Support Direction (“FSD”) claim**

[32] Prior to the 2004 Act, the *Pension Act 1995* (UK) imposed a minimum funding requirement i.e. that the assets of the scheme should not be less than the amount of its liabilities. After it came into effect in 1997, there was dissatisfaction with the statutory regime governing occupational pension schemes and in particular with the minimum funding requirement, which came to be recognized as inadequate to ensure pension schemes were sufficiently funded to meet their liabilities.

[33] The 2004 Act came into existence as part of the UK government’s efforts to ensure improved protection of pension scheme benefits, particularly those of members of defined benefit schemes. It introduced a new funding standard for occupational pension schemes. It also established The Board of the Pension Protection Fund (“PPF”) and the Regulator. It also created the FSD regime.

[34] The Board of the PPF is a statutory corporation. The 2004 Act requires it to hold, manage and apply the PPF. The PPF is funded by levies on pension schemes. If an insolvency event occurs in relation to an employer of a particular scheme, the Board of the PPF investigates the scheme during an assessment period to determine whether the scheme qualifies for entry into the PPF. If the scheme qualifies, the PPF assumes responsibility for the scheme. What is to be assessed is whether the value of the assets of the scheme is less than the benefits that would be payable by the PPF and whether a scheme rescue is not possible. If the PPF assumes responsibility for the scheme, the scheme's pension assets will be transferred to the PPF.

[35] In the case of NNUK, an insolvency event occurred by reason of it entering into administration in 2009. The Board of the PPF has not yet determined whether it will assume responsibility for the NNUK pension scheme and thus the assessment period has not yet expired.

[36] With the establishment of the PPF, there was a concern that employers might organize their affairs in a way that might end up requiring the PPF to fund the pension liabilities of the employer or that the trustees of pension plan might choose to invest in a higher risk portfolio than appropriate, with the same result. The FSD regime was seen as a way to prevent this "moral hazard" by enabling the Regulator to issue FSDs and Contribution Notices to target companies associated with the employer. This was described by Lord Neuberger in *Nortel and Lehman Brothers v. Pension Regulator* (2013), [2014] A.C. 209 as follows:

It was perceived that the creation of the PPF might encourage some employers to arrange their affairs so as to throw the burden of pension scheme deficiencies upon the PPF, which would unfairly burden other schemes by increasing the amount of the levies. An example of such an arrangement is where a group of companies uses a single company (a "service company") to employ people who then work for other group companies. In such a case, the employees' pension rights could be regarded as unfairly prejudiced if, by comparison with the resources of other group companies, the service company had very limited resources to meet a section 75 debt.

The FSD regime was designed to mitigate such problems. In a nutshell, it enables the Regulator in specified circumstances (i) to impose, by the issue of an FSD to some or all of the other group companies (known as "targets"), an obligation to provide reasonable financial support to the under-funded scheme of the service company or insufficiently resourced employer, and (ii) to deal with non-compliance with that obligation by imposing, through a Contribution Notice, a specific monetary liability payable by a target to the trustees.

[37] The Regulator is a UK governmental agency. Its chairman is appointed by the Secretary of State and at least five other members are chosen by the Secretary of State after consulting with the chairman. The Regulator consists of an executive arm and a Determinations Panel, which is separate from the executive arm and consists of a chairman and no fewer than six members who are not members of the Regulator or its staff. It is the Determinations Panel that may issue an FSD or a Contribution Notice. Its members are not judges.

[38] If the Determinations Panel issues an FSD or a Contribution Notice, there is an appeal by way of rehearing as of right to the Tax and Chancery Chamber of the Upper Tribunal (the "Upper Tribunal"), a court of record created by Parliament. Decisions in the Tribunal are taken by legally qualified judges or members appointed by the Lord Chancellor. All members are required to take the judicial oath, are independent, and are specialists in the area of law that they cover.

[39] The hearing before the Upper Tribunal is a new hearing and it approaches the issue before it afresh rather than by way of reviewing the decision of the Regulator or the Determinations Panel. The UKPC in their brief describe the hearing as being on a de novo basis. The Upper Tribunal may consider any evidence relating to the matter whether or not it was available to the Determinations Panel at the material time. It may be slow to disregard findings of fact by the Determinations Panel but it may do so in an appropriate case. It has a fresh discretion to exercise. An appeal lies from the Upper Tribunal to the UK Court of Appeal and then ultimately to the UK Supreme Court.

[40] In this case, the Trustee and the Board of the PPF claim on the basis that the Regulator would have issued an FSD and ultimately a Contribution Notice to NNC and NNL requiring them to provide financial support to the UK Plan.

[41] There are four requirements for the Determinations Panel (or Upper Tribunal on an appeal) to order an FSD or a later Contribution Notice. (i) The scheme must be an occupational pension scheme. (ii) The target companies (NNC and NNL) must be associated with the employer (NNUK). These two requirements are not contested. (iii) A test known as the “insufficiently resourced test” (IR test) must be passed. (iv) The Determinations Panel (or Upper Tribunal) must determine that it would be reasonable to issue an FSD or later a Contribution Notice. These last two requirements are contested.

[42] Before an FSD or Contribution Notice can be issued to a target company, the Regulator must in each case first send a warning notice to the target. In this case, on September 4, 2009, the Regulator wrote to NNC advising that it was considering issuing a warning notice seeking an FSD against NNC and other members in the Nortel Group. On September 16, 2009 NNC advised the Regulator in writing of the stay of proceedings provided for in the Initial Order under the CCAA. In spite of that, on January 11, 2010, the Regulator issued a warning notice to NNC, NNL and 27 other companies in the Nortel Group.

[43] On March 18, 2010, Justice Morawetz held that the proceedings started by the Regulator against NNC and NNL were in breach of the stay contained in the Initial Order and he declared that for the purposes of these proceedings all acts taken by the Regulator in the purported exercise of rights and in commencing any proceedings against any of the applicants without leave of the court were null and void and should be given no force or effect or otherwise recognized as creating or forming the basis of any valid or enforceable rights, remedies or claims against the applicants or any of their assets, property or undertaking in Canada. His order was upheld by the Court of Appeal on June 22, 2010, which agreed that the warning notice was a nullity.

[44] It is only the Regulator that has the right to begin a claim in the FSD process provided for in the 2004 Act, although the Trustee and the PPF have a right to participate in the proceedings once commenced by the Regulator. The Regulator has not sought leave in the CCAA process to pursue an FSD claim in the UK under the 2004 Act, nor has it filed a proof of claim in the CCAA process. It is the Trustee and the Board of the PPF who have filed a proof of claim against NNC and>NNL in this CCAA proceeding, asserting a contingent claim based on what they contend would have been achieved in the UK from the Determinations Panel or on review from the Upper Tribunal.

[45] In spite of the order of Morawetz J., the Regulator proceeded in the UK before the Determinations Panel on an uncontested or default proceeding basis that was heard on June 2, 2010 and on June 25, 2010 the Determinations Panel issued a determination to issue FSDs to NNC and>NNL. The FSDs were subsequently issued to NNC and>NNL on April 1, 2011. The Regulator did not later send a warning notice to NNC or>NNL that it would be seeking a Contribution Notice, a prerequisite for requesting the Determinations Panel to issue a Contribution Notice. No Contribution Notice was ever issued to NNC or>NNL.

[46] A number of defences to the FSD claim have been asserted. I now turn to them.

**(a) Is the FSD claim an exercise of sovereign authority and one which will not be enforced by this Court?**

[47] The Monitor asserts that it has long been recognized that Canadian courts should not enforce claims emanating from the sovereign authority of a foreign state. The rule against enforcing foreign judgments grounded in penal, revenue or other public law is but one example of this general principle.

[48] The Monitor refers to *United States v. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370 (C.A.) and other cases and emphasizes the factual difference between *Ivey* and this case. I have considerable

difficulty with the argument of the Monitor in several respects, and considerable difficulty with some of the extreme assertions of the UKPC in their reply brief. In the end, I do not need to deal with this contention.

[49] The Monitor in argument contended that an FSD claim is a long arm statute authorizing the UK to claim in other countries in global insolvencies, and if such a claim were recognized, every country involved in international insolvencies would have no choice but to do the same thing by creating a similar regime. I understand the argument but it would seem to me to be a policy issue for Parliament to deal with rather than the courts.

**(b) Are these proceedings intended to impermissibly reorder and interfere with the rights of the creditors of NNL and NNC?**

[50] The Monitor contends that the FSD claim asserted in this proceeding is intended to interfere with the *pari passu* principle that creditors be treated equally. The Monitor also contends that the FSD claim is an attempt to reorder the rights of the creditors of NNC and NNL simply because of the insolvency of NNC and NNL and that under Canadian insolvency law no one is permitted to cause a reordering the rights of creditors. I do not accept these contentions of the Monitor.

[51] The Monitor relies on a statement of Justice Farley in *Re Teleglobe Inc.*, (2005), 10 C.B.R. (5th) 120 that a claim under an order by the Superintendent of Corporations in Columbia that Teleglobe Canada should repay to its Columbian subsidiary money obtained by it from its subsidiary in Columbia should not leapfrog over the claims of the creditors of Teleglobe Canada which was in CCAA protection.

[52] I do not see the *Teleglobe* case as being of any application. It did not concern recognizing a claim but was an application for payment. In that case, the claim of the Columbian subsidiary was a claim in the Canadian CCAA proceedings and an application had been made to Farley J. to

order the payment to be then made to the Colombian subsidiary which was also in insolvency protection in Columbia. The claim filed by the Colombian subsidiary was an unsecured claim and if it had then been paid it would indeed have leapfrogged in front of the other creditors of Teleglobe Canada. Farley J. stated:

8. ... it does not seem to me that it would be appropriate to stretch the doctrine of comity or the principles of *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077 (S.C.C.) or *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72 (S.C.C.) in such a way that the claim of TCol is leapfrogged over the queue of the other unsecured creditors of TCan. What has to be appreciated is that TCan is also in insolvency and given the protection of the CCAA order for the benefit of its estate. This is not a situation where there is only a foreign insolvency — namely TCol — which would be a completely different situation — but there is also a Canadian insolvency — namely TCan. The Canadian insolvency court must protect the rights of all creditors, foreign or domestic; however, it would be contrary to the doctrine of equal treatment of creditors to prefer — or advance — the interest of foreign creditors over the interests of domestic creditors.

[53] If the claim of UKPC is a proper claim in the CCAA proceeding, I do not see how it would be any different from any other foreign creditor with a claim. There would be nothing impermissible about it as somehow ignoring the *pari passu* principle of equal distributions to creditors. Moreover, the claim would not be caused by the insolvency of NNC or NNL but rather by the establishing of grounds under the 2004 Act for the issuance of an FSD and then a Contribution Notice.

**(c) Does the UKPC lack status to bring the FSD claim?**

[54] The Monitor asserts that only the Regulator has the power to initiate an FSD proceeding and that neither the Trustee nor the Board of the PPF have any power to direct the Regulator to commence an FSD proceeding. If the Trustee and PPF have no status to commence FSD proceedings in the UK, it is said that they can have no status to be the claimants in this proceeding. It was open to the Regulator to seek leave of this Court to recommence FSD



proceedings against NNL and NNC or to simply file a proof of claim in this claims process. The Regulator has exercised its discretion not to do either.

[55] The UKPC assert that the decision of Morawetz J. in declaring the warning notice a nullity and the decision of the Court of Appeal in upholding that order made clear that the UKPC has standing. I do not agree. Neither Morawetz J. nor the Court of Appeal purported to rule on such matters. Morawetz J. said the claim of the Trustee has to be considered a contingent claim. He did not at all discuss whether the Trustee had standing to make the claim or otherwise deal with the merits of the claim. The Court of Appeal stated that the order of Morawetz J:

“...should not operate so as to preclude the UK Trustee and/or the Pension Protection Fund from seeking to assert, by way of amendment to the Proof of Claim, if necessary, a claim in the Companies' Creditors Arrangement Act process for pension contribution shortfalls, including for the relief they would have been able to establish in the UK Financial Support Direction process”.

[56] By saying that the UKPC can seek to assert a claim can in no way can be taken as a judgement by the Court of Appeal on the status or right of the UKPC to make such a claim. In the vernacular, the Court of Appeal was saying no more than “you can give it your best shot”. I would note that the Court of Appeal seems to have been under the misapprehension that the Trustee and the PPF were the parties to establish a case before the Determinations Panel rather than the executive arm of the Regulator that has the exclusive right to commence an FSD claim, which makes it clear that they were not giving any considered thought to the status of the Trustee or PPF to make a claim in this CCAA proceeding.

[57] However, the 2004 Act provides in section 49(3) that any amount specified in a Contribution Notice is to be treated as a debt due from the target to the trustee of the pension scheme. It also provides in section 49(5) that during the assessment period the rights of a trustee with respect to money owing to them by virtue of a Contribution Notice are exercisable by the Board of the PPF and in section 49(6) that any money received by the Board of the PPF during

the assessment period is to be paid to the trustee of the scheme. It seems clear therefore that it would be the Trustee of the NNUK pension scheme that would have the economic interest in any FSD proceeding rather than the executive arm of the Regulator who would be responsible for pursuing the claim before the Determinations Panel and the Upper Tribunal.

[58] If the executive arm of the Regulator were to file a proof of claim in this proceeding, it would be seeking to establish a claim that would, if successful, result in a claim payable to the Trustee. The Regulator could not itself claim to be a creditor, contingent or otherwise, of NNC or NNL. So far as standing is concerned, the Regulator would be in no better position than the Trustee in making the claim. In light of the Trustee being the party with the economic interest in the claim in this proceeding, I conclude that the UKPC has standing to file the claim.

[59] This is not to say, however, that there may not have been some benefit in the executive arm of the Regulator being the claimant in this proceeding. Issues in the FSD claim include whether the Regulator would proceed to assert a contested FSD claim against NNC or NNL before the Determinations Panel, whether if an FSD were issued by the Determinations Panel the Regulator would accept a settlement and in what amount, and whether the Regulator would request the Determinations Panel to issue a Contribution Notice against NNC or NNL and in what amount. These would be discretionary matters for the Regulator to consider, and its presence in this proceeding may have shed some light on what its thinking would have been.

**(d) What is the contingency to be measured and is it a provable claim?**

[60] Under the 2004 Act, the Regulator must choose a date on which the insufficiently resourced test is applied. In this case, the Regulator chose June 30, 2008. The 2004 Act at the time stipulated that the relevant time for the insufficiently resourced valuation date had to fall within two years prior to the Determinations Panel's decision to issue the FSD. Thus the Determinations Panel had until June 30, 2010 to decide whether to issue an FSD to NNC or NNL. It did so on June 25, 2010.

[61] However, Morawetz J. in his order of March 18, 2010 declared that the Warning Notice issued to NNC and NNL by the Regulator on July 11, 2010 was null and void as being contrary to the stay in the Initial Order and that all acts taken by the Regulator without leave of the court should be given no force or effect or otherwise recognized as creating or forming the basis of any valid claim. The 2004 Act now stipulates that the relevant time for the IR valuation date must fall within two years prior to the issuance of a Warning Notice. No new Warning Notice has been issued by the Regulator and, if one were, the date on which the IR test would have to be performed would have to be within two years of the issuance of the Warning Notice, long after the June 30, 2008 date that had been chosen by the Regulator to perform the IR test.

[62] The Monitor contends that even if the UKPC has status to make this FSD claim, there must still be a valid FSD proceeding underpinning the claim being advanced by the UKPC. As no valid Warning Notice has been issued by the Regulator, there is no preceding two year period yet during which the IR test must be satisfied. Therefor it is contended that without knowing the date on which the IR test is to be satisfied, there is no valid FSD claim that can be asserted by the UKPC.

[63] UKPC contend that the Monitor's position contains a misunderstanding of the nature of the contingent claim being made. As a contingent claim, what has to be determined is what the chances were, as of the date of NNC and NNL's CCAA filing on January 14, 2009, that an FSD and Contribution Notice would have been issued by the Determinations Panel or the Upper Tribunal. This determination is not dependent on an actual Warning Notice having been issued, or a relevant Time (i.e. an IR valuation date) having been selected by the Regulator, by January 14, 2009 or any other date. This is because, as at the date NNC and NNL filed for CCAA protection, they were also contingently exposed to a liability based on NNUK being insufficiently resourced at dates including but not limited to June 30, 2008.

[64] I accept this position of the UKPC. It is then necessary to first consider what standard should be applied to assess the contingency and then consider what the steps are in an FSD claim

leading to a Contribution Notice being issued and whether they can be measured in a way that meets the standard to be applied.

**(i) Standard to be applied**

[65] Pursuant to section 2 of the CCAA, a Claim is defined as:

... any indebtedness, liability or obligation of any kind that would be a claim provable within the meaning of section 2 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

[66] Section 2 of the BIA defines a “Claim” as:

... any claim or liability provable in proceedings under this Act by a creditor.

[67] Section 121 of the BIA defines a claim as:

**Claims Provable**

121. (1) All debts and liabilities, present or future, to which the bankrupt is subject on the day on which the bankrupt becomes bankrupt or to which the bankrupt may become subject before the bankrupt's discharge by reason of any obligation incurred before the day on which the bankrupt becomes bankrupt shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

**Contingent and unliquidated claims**

121. (2) The determination whether a contingent or unliquidated claim is a provable claim and the valuation of such a claim shall be made in accordance with section 135.

**Determination of provable claims**

135. (1.1) The trustee shall determine whether any contingent claim or unliquidated claim is a provable claim, and, if a provable claim, the trustee shall value it, and the claim is thereafter, subject to this section, deemed a proved claim to the amount of its valuation.

[68] *AbitibiBowater Inc., Re*, [2012] 3 S.C.R. 443 recently dealt with the subject of contingent claims in an insolvency. In that case Justice Deschamps for the majority of the Court stated:

**26** These provisions highlight three requirements that are relevant to the case at bar. First, there must be a debt, a liability or an obligation to a *creditor*. Second, the debt, liability or obligation must be incurred *before the debtor becomes bankrupt*. Third, it must be possible to attach a *monetary value* to the debt, liability or obligation.

[69] Deschamps J. also reiterated the test for a contingent claim to be that it must not be too remote or speculative. She stated:

**34** Unlike in proceedings governed by the common law or the civil law, a claim may be asserted in insolvency proceedings even if it is contingent on an event that has not yet occurred (for the common law, see *Canada v. McLarty*, 2008 SCC 26, [2008] 2 S.C.R. 79, at paras. 17-18; for the civil law, see arts. 1497, 1508 and 1513 of the Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64). Thus, the broad definition of "claim" in the BIA includes contingent and future claims that would be unenforceable at common law or in the civil law. As for unliquidated claims, a CCAA court has the same power to assess their amounts as would a court hearing a case in a common law or civil law context.

**36** The criterion used by courts to determine whether a contingent claim will be included in the insolvency process is whether the event that has not yet occurred is too remote or speculative: *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* (1997), 96 O.A.C. 75. In the context of an environmental order, this means that there must be sufficient indications that the regulatory body that triggered the enforcement mechanism will ultimately perform remediation work and assert a monetary claim to have its costs reimbursed. If there is sufficient certainty in this regard, the court will conclude that the order can be subjected to the insolvency process. (Underlining added).

[70] Exactly what makes a claim too remote or speculative, or what is a sufficient certainty, is not easily discerned. *Confederation Treasury Services Ltd. (Bankrupt), Re* referred to by Deschamps J. held that a test for a valid contingent claim requiring a need for probability of liability, i.e. establishing on a balance of probabilities, arising from the court proceedings in

question imposed too high a threshold. How much below that one goes to determine whether a claim is too remote or speculative must depend on the facts of the case.

**(ii) Application of the “too remote or speculative” standard**

[71] The Monitor contends that whether a Contribution Notice would ultimately be issued in this case and in what amount is too remote and speculative. UKPC say it is not. I have come to the conclusion that the Monitor is correct. Even assuming that the IR test were met, it would be speculative in the extreme to conclude that a Contribution Notice could or would be issued. In many respects, to put a percentage chance on what the executive arm of the Regulator, the Determinations Panel or the Upper Tribunal would do in regards to decisions to be taken would be uninformed guess work. My reasons for coming to this conclusion that the FSD claim is too remote or speculative to be admitted as a claim follow.

[72] There are several steps in an FSD claim proceeding leading to a binding Contribution Notice. They include (i) whether the Regulator would seek leave of this Court to issue a Warning Notice that it is considering asking the Determinations Panel to issue an FSD, and whether the Court would grant leave permitting the Regulator to proceed to a hearing of the Determinations Panel; (ii) what date the Regulator would choose to determine the IR test; (iii) whether the Determinations Panel would find that the IR test has been met such that it would be open to the Determinations Panel to issue an FSD; (iv) whether the Determinations Panel would determine that it was reasonable to issue an FSD; (v) whether if the Determinations Panel decided that it was reasonable to issue an FSD what the Upper Tribunal on an appeal would decide with respect to steps (iii) and (iv); (vi) if the Upper Tribunal upheld the decision of the Determinations Panel to issue an FSD, whether the target would be able to come to some settlement with the Regulator on the level of financial support to be provided to the underfunded pension plan; (vii) assuming no agreement, whether the Regulator would issue a Warning Notice that it was considering asking the Determinations Panel to issue a Contribution Notice and what amount the Regulator would seek from the Determinations Panel; (viii) whether the Determinations Panel would

determine that it was reasonable to issue a Contribution Notice; (ix) what amount the Determinations Panel would determine should be required in the Contribution Notice to be paid; (x) whether the Upper Tribunal would uphold a decision of the Determinations Panel to issue a Contribution Notice and, if so, in what amount.

[73] With respect to the date that the Regulator would likely choose to undertake the IR test, the UKPC say that evidence of the date the Regulator actually chose (June 30, 2008) is compelling evidence of the date the Regulator would have likely chosen in a hypothetical regulatory action against NNC and NNL. The Monitor concedes that if the UKPC have standing to assert a claim and if the claim can be asserted in the absence of an actual Warning Notice, it would be reasonable to assume that the Regulator would have selected June 30, 2008 as the date for the IR test, being the only date for which valuation evidence is available.

[74] The Monitor says that the threshold question of whether the IR test has been met is not a contingency issue as it involves applying the IR test on a retrospective basis as of June 30, 2008 and does not depend on future events unfolding and thus is a question to be determined in this Court on a balance of probabilities. The UKPC have not contended otherwise. For the purposes of considering whether an FSD or Contribution Notice is too remote or speculative, I will assume that the date for the IR test is June 30, 2008 and that the IR has been met.

[75] The Regulator did not seek leave from this court to issue a Warning Notice after the Warning Notice that it did deliver to NNC and NNL was declared by Morawetz J. to be null and void. It just proceeded without regard to that order. It is unknown so far as any evidence in this case is concerned whether it would seek leave to issue a new Warning Notice. So far as to whether leave would be granted, I note that Mr. Legge Q.C., the expert witness for the Monitor on UK law said in his report that he has been asked to assume that such leave would be given. I will make the same assumption.

[76] The next contingency would be whether the Regulator would issue a Warning Notice and then seek to have the Determinations Panel issue an FSD. In light of the Regulator having taken those steps, it would not be too remote or speculative to think that the Regulator would proceed that way if it sought and obtained leave to do so in what Mr. Barrack referred to as this hypothetical exercise of considering the contingency.

[77] Whether, assuming that the IR test has been met, the Determinations Panel would conclude that it was reasonable to issue an FSD, or whether the Upper Tribunal would do so on a rehearing, are certainly contingencies that must be assessed.

[78] Whether the Determinations Panel (or on review the Upper Tribunal) would issue an FSD would depend on whether it was reasonable to do so. The 2004 Act provides in section 43(7) that the Determinations Panel must have regard to such matters as it considers relevant, including a number of particular matters, as follows:

43(7) The Regulator<sup>5</sup>, when deciding for the purposes of subsection (5)(b) whether it is reasonable to impose the requirement of a financial support direction on a particular person, must have regard to such matters as the Regulator considers relevant including, where relevant, the following matters –

(a) the relationship which the person has or has had with the employer (including, where the employer is a company within the meaning of subsection (11) of section 435 of the Insolvency Act 1986 (c. 45), whether the person has or has had control of the employer within the meaning of subsection (10) of that section),

(b) in the case of a person falling within subsection (6)(b) or (c), the value of any benefits received directly or indirectly by that person from the employer,

(c) any connection or involvement which the person has or has had with the scheme,

(d) the financial circumstances of the person, and

---

<sup>5</sup> Under the 2004 Act, a decision of the Determinations Panel is a decision of the Regulator. The 2004 Act specifies what acts of the Regulator must be made by the Determinations Panel rather than the executive arm of the Regulator. The reference to the Regulator in section 47(3) is a reference to the Determinations Panel.



(e) such other matters as may be prescribed.

[79] It is agreed by the experts on both sides that this list is not exhaustive. The section states that the Determinations Panel must have regard to such matters as it considers relevant. Mr. Ham Q.C., the expert witness on UK law for the UKPC, said, and in this Mr. Legge concurred, that the issue of reasonableness is to be determined “in the round”. That is an attractive phrase but gives little guidance to a foreign judge in considering what matters the Determinations Panel would consider relevant.

[80] There have been only four cases before the Determinations Panel dealing with an FSD<sup>6</sup> and none by the Upper Tribunal. Mr. Ham testified that the Determinations Panel is not particularly expert. There has been no judicial guidance at all from the Upper Tribunal or higher appellate authority on the issue of reasonableness under section 43(7).

[81] Mr. Ham in his report asserted that there was a “significant body of case law” on what would be considered to be reasonable. However on cross-examination he acknowledged that there is going to be very little guidance to be taken from the reasonableness determinations in the few existing FSD cases because these cases are highly fact-specific and independent. I accept the opinion of Mr. Legge that very little reliance can be placed on the decisions thus far reached by the Determinations Panel. Mr. Legge also pointed out that apart from the uncontested Nortel decision, the other cases involved service companies that had few if any assets and the reasonableness factors would be applied differently to them. Commonly such groups have assets in another jurisdiction as a way of avoiding tax in the UK.

[82] One of the factors listed in section 43(7) is “the value of any benefits received directly or indirectly” by the target (in this case NNC or NNL) from the employer (NNUK). The UKPC contends that there have been benefits received by NNL from NNUK such as an interest free loan, a contribution holiday to the UK pension plan when it was in surplus and from alleged

---

<sup>6</sup> Only one concerned a FSD for an insufficiently resourced company, being the undefended Nortel case.

defects in the transfer pricing agreement made by NNUK with other companies in the Nortel Group. The Monitor contests all of these assertions of the UKPC but goes on to assert that there were other offsetting benefits that have to be taken into account such as (i) a £700 million infusion of cash into NNUK in January 2001 by NNL paid for by NNL; (ii) extremely valuable research and development done and paid for by NNL that was to the benefit of NNUK and (iii) very high rates of return paid to NNUK for its distribution functions. The Monitor contends that as a whole there were no net benefits flowing from NNUK to NNC or NNL.

[83] This issue of offsetting benefits is no small matter considering the integrated way in which Nortel operated. Significant benefits flowed to NNUK from the intercompany arrangements of the Nortel Group, which would not have been available to NNUK as a stand-alone entity. These included access to R&D and technology on an exclusive basis in its territory on a royalty-free basis without incurring substantial up-front costs, rights to sell Nortel technology developed anywhere in the world, diversified territories and customers from which NNUK could derive revenue, opportunities to derive revenues from intercompany sales, tax efficiencies, and access to liquidity through financing, recapitalization, and treasury services by NNL. NNUK could not have operated as a stand-alone entity. NNUK's fortunes were tied to NNL's continued existence.

[84] NNUK was a regular recipient of intercompany financing. For example, between approximately 2000 and 2003, NNUK was a net borrower of over \$1 billion from NN Ireland, Nortel Matra Cellular (predecessor to NNSA), NN Australia, NN Singapore, NN Europe Sales, H.O.C. (a Hungarian financing subsidiary) and NNI. The loans from NN Ireland and NN Singapore, a relatively small amount of this total, were interest-free. I was pointed to no evidence that NNUK made any cash outlay for any interest on these loans, and in light of the way in which Nortel operated its cash management system, I would not assume that it did.

[85] The £700 million infusion of cash into NNUK in January 2001 by NNL at no cost to NNUK this was by way of a capital infusion. Dr. Reichert, a transfer pricing expert called by the

Monitor points out that external financing was primarily obtained through debt issuances by Nortel entities in Canada and the United States, and these entities bore the interest costs of this financing. An examination of Nortel's financial data for 2001-2008 indicates that NNL bore 82% of the external financing costs, and NNI bore 10% of the costs. However, other Nortel entities including NNUK benefited from the debt financing as it was a source of capital for the entire Nortel Group. Although it had access to cash from NNL when cash was needed, NNUK never paid a dividend back to NNL. Dr. Reichert concluded that NNL effectively relieved NNUK of the burden of interest bearing financing despite NNL having significant interest costs on its external debt capital.

[86] The evidence disclosed that the rate of return to NNUK on its sales and distribution function was 23.6% in the 2001-2005 period, and a 15% markup on excess SG&A expenses from 2006 onwards. Dr. Reichert testified that these returns were far higher than market. He said that in his entire career as a transfer pricing economist, he had never seen a routine return to distribution anywhere close to those figures. Dr. Felgran, the transfer pricing expert called by the UKPC, did not testify on this issue at trial but in his deposition testified that in his 20 years of experience, he would expect to see routine returns to distribution somewhere in the range of 1-5%, and confirmed that he has never seen routine returns in excess of 20%. Dr. Reichert estimated that NNUK had been overcompensated in relation the market pricing by some US\$231 million just for the period 2001 to 2005. This is much greater than the interest not paid on the loan from NNUK to NNL estimated to be US\$135<sup>7</sup> million that the UKPC says should be considered a benefit to NNL.

[87] The UKPC says that there is no room for this argument of the Monitor of offsetting transfers of benefits to NNUK as offsetting benefits are not listed as a factor in section 47(3). It contends that it is "emphatically not" a requirement that the Regulator can demonstrate that a net benefit flowed from a UK employer to a target. It points to statements of the Determinations

---

<sup>7</sup> I accept this figure of Dr. Reichert correcting the calculation of Dr. Felgran.

Panel in three cases. I do not read them as dealing generally with offsetting benefits but rather dealing with UK employer service companies and services provided by them to a target and what was paid for the service by the target.

[88] Be that as it may, if one could establish that offsetting benefits were provided to NNUK by NNL, one might ask why that could not be argued by NNL as a factor that the Determinations Panel or Upper Tribunal could take into account in considering whether it was reasonable to issue an FSD or Contribution Notice. Mr. Ham said on his cross-examination that it would be incumbent on the Regulator to consider the benefits coming back to the employer, but whether he is right or wrong on this is unknown. There is no guidance on this from the few cases dealt with by the Determinations Panel and absolutely no guidance from any judicial authority in the UK on the point, either from the Upper Tribunal or higher appellate authority.

[89] Should these factors raised by the Monitor be considered and weighed in the balance in determining whether an FSD or Contribution Notice would be reasonable? In my view, and contrary to the assertion of the UKPC, these factors should be considered and they should add considerable weight to the side of the scales that militates against an FSD or Contribution Notice being reasonable. But that is not the issue. The issue is whether I am in a position to make a determination that the Determinations Panel or Upper Tribunal would think these issues should be considered and weighed in the balance and what effect the factors would have on their decision. I am not in a position to make such a determination other than to speculate.

[90] As stated, the UKPC contend that the transfer pricing regime established in the Nortel Group was faulty and that the faults caused benefits to be provided by NNUK to NNL. There was much competing expert evidence led on this issue before me. It is not an easy subject. Mr. Ham, the UK expert on English law, stated with reference to the procedures under the 2004 Act that the Determinations Panel strives to be quick and that the duration of hearings is nearly always measured in days rather than weeks. The contested hearing on the Lehman case took two days. The uncontested Nortel case took one day. One may ask whether it was intended that

complicated issues of transfer pricing involving competing experts were intended to be dealt with by a Determinations Panel with no expertise at all in either transfer pricing or the law of transfer pricing. Again, there is no judicial guidance at all on such an issue, either in the Upper Tribunal or higher appellate authority.<sup>8</sup>

[91] Assuming that an FSD were issued by a Determinations Panel or the Upper Tribunal, a key contingency would be whether the executive arm of the Regulator would ask the Determinations Panel to issue a Contribution Notice to NNC or NNL and in what amount. If it decided to seek a Contribution Notice, the Regulator would first have to provide a warning notice to NNC and NNL. It is no easy matter to conclude that that the Regulator would take these steps.

[92] What the regulator would decide would likely involve matters of policy taken by the executive arm of Regulator, which is a UK governmental agency. That could well involve value judgments, particularly in a situation as this in which to a great extent the Regulator would be seeking payment effectively from Canadian employees of Nortel who have extremely large claims for deficiencies of \$3 billion. While it is not known how much of any recovery from Canada would actually go to the PPF rather than former employees of NNUK, it could be a considerable portion.

[93] What is known is that in spite of the order of Morawetz J. of March 18, 2010 declaring the warning notice sent by the Regulator to NNC and NNL to be contrary to the stay in the Initial Order and declaring that all steps taken by the Regulator without leave were null and void and of no force and effect, the Regulator proceeded to a hearing of the Determinations Panel on June 2, 2010 and on June 25, 2011 the Determinations Panel issued a notice that it intended to issued FSDs to NNC and NNL. These were sent by the Regulator to NNC and NNL on April 1, 2011.

---

<sup>8</sup> I am aware that in the uncontested Nortel case, the Determinations Panel made a finding that the Nortel transfer pricing system did not adequately compensate NNUK for the benefits it provided to the Nortel group. However, this was based on an expert report that was not challenged and involved no real analysis by the Determinations Panel other than to accept the conclusions in the report.

They directed NNC and NNL to secure financial support within the meaning of section 45 of the 2004 Act within six months.

[94] Although neither NNC nor NNL took steps to comply with the FSDs, the Regulator took no steps to send a warning notice to NNC or NNL that it was considering asking the Determinations Panel to issue a Contribution Notice to either NNC or NNL, a prerequisite of pursuing a Contribution Notice against them.

[95] The UKPC say that the Regulator did not proceed to seek the issuance of a Contribution Notice because of the stay of proceedings in the CCAA proceedings and the fact that any Contribution Notice would not be enforceable. I cannot accept this submission. First, the Regulator could have sought leave in the CCAA process to pursue a claim in the UK for an FSD and a Contribution Notice but it did not do so<sup>9</sup>. Second, there is no evidence at all as to why the Regulator took no steps to seek a Contribution Notice. There is nothing more than the assertion by the UKPC. Third, the argument runs counter to what the Regulator did regarding seeking FSDs against NNC and NNL. It proceeded to do so in the face of the earlier declaration of Morawetz J. that any such steps were a nullity and incapable of being enforced, and it later issued the FSDs and sent them to NNC and NNL.

[96] Thus it would be speculative indeed to attempt to put odds on the chances that the Regulator would want to proceed to seek a Contribution Notice from either NNC or NNL.

[97] The issue becomes cloudier when one considers whether it would be reasonable for the Determinations Panel to issue a Contribution Notice setting an amount to be paid by the target. The factors to be considered are set out in section 47(4) and are the same as the factors in section 43(7) plus the addition of a factor “whether the person [the target] has taken reasonable steps to

---

<sup>9</sup> On April 19, 2010 the UKPC, not the Regulator, filed a motion in the CCAA proceeding for an order that the FSD proceedings in the UK before the Determinations Panel could go forward against NNC and NNL. The motion was later withdrawn.

secure compliance with the financial support direction”. This would bring into play whether NNC or>NNL had any capacity to secure compliance with the financial support direction.

[98] An FSD when issued does not state what steps are to be taken by the target to comply with it other than that the target is to provide financial support to the employer’s pension scheme. Section 45 of the 2004 Act sets out the meaning of financial support. It is quite difficult to discern what a company under CCAA protection in Canada could do. Section 45 provides:

**45. Meaning of “financial support”**

(1) For the purposes of section 43 (financial support directions), “financial support” for a scheme means one or more of the arrangements falling within subsection (2) the details of which are approved in a notice issued by the Regulator.

(2) The arrangements falling within this subsection are—

(a) an arrangement whereby, at any time when the employer is a member of a group of companies, all the members of the group are jointly and severally liable for the whole or part of the employer’s pension liabilities in relation to the scheme;

(b) an arrangement whereby, at any time when the employer is a member of a group of companies, a company (within the meaning given in section 736 of the Companies Act 1985 (c. 6)) which meets prescribed requirements and is the holding company of the group is liable for the whole or part of the employer’s pension liabilities in relation to the scheme;

(c) an arrangement which meets prescribed requirements and whereby additional financial resources are provided to the scheme;

(d) such other arrangements as may be prescribed.

[99] Subsection 2 (a) could not apply as all companies in the Nortel Group are not jointly and severally liable for>NNUK’s pension liabilities and it is inconceivable that they would be

permitted to agree to that in their insolvent conditions in the UK, the USA. or in Canada. There are arrangements prescribed under subsections 2(b) (c) and (d) but it is difficult to conceive that they could apply to NNC or NNL. Regulations 13 and 14 provide:

**Prescribed arrangements**

12. The requirements prescribed for the purposes of section 45(2)(b) and (c) are that–

- (a) the party or parties to the arrangement consent to the jurisdiction of the courts of England and Wales, and
- (b) where there is more than one party to the arrangement, those parties enter into a legally enforceable agreement.

14. An arrangement is prescribed for the purposes of section 45(2)(d) if–

- (a) the party or parties to the arrangement consent to the jurisdiction of the courts of England and Wales, and
- (b) where there is more than one party to the arrangement, those parties enter into a legally enforceable agreement.

[100] Would it be reasonable to expect NNC or NNL under CCAA protection to consent to the jurisdiction of an English court, or perhaps more importantly, would the Determinations Panel or the Upper Tribunal hold it reasonable for NNC or NNL to agree to that? The Monitor, who represents NNC and NNL under a super-Monitor order, also has a fiduciary duty to the creditors of NNC and NNL who are suffering a shortfall in their benefits.

[101] There is absolutely no guidance on this issue of the reasonableness of issuing a Contribution Notice from either a Determinations Panel or the Upper Tribunal and the consideration of “whether the person [the target] has taken reasonable steps to secure compliance with the financial support direction”. It too would involve uneducated guess work as to what might be ordered.



[102] Lastly, what amount might be sought by the Regulator or ordered by a Determinations Panel or Upper Tribunal would also be uneducated guess work. Counsel for the UKPC could not state what amount would be asked for by the Regulator or ordered by a Determinations Panel or Upper Tribunal. The reason for this is said to be that it is not known how the \$ 7.3 billion will be allocated amongst the Canadian, US and EMEA estates. Taken that fact, it begs the question as to what amount the Regulator would request, if it decided to request a Contribution Notice, and what amount a Determinations Panel or Upper Tribunal would order. That issue, again, would involve uneducated guess work.

[103] Mr. Ham in his report gave evidence as to what the Regulator might do in this case. That evidence may not be admissible as it goes to the ultimate issue. In any event, whether or not it is admissible, it is in large part simply argument to support the UKPC's case and I disregard it. Mr. Ham is qualified to express an opinion on what the English law is regarding the 2004 Act, but he should not be expressing any opinion on what the Regulator might do in applying the Act. I agree with the statement of MacFarland J. (as she then was) in *Web Offset Publications Ltd. v. Nagoya Venture Ltd.* [1999] O.J. No. 587:

Vickery has deposed that he is an attorney licensed to practice law in the State of New York and, in my view, that is sufficient to enable him to state the law of the State of New York for the benefit and assistance of the court. Such an expert however, must confine his evidence to a statement of what the law is and how it applies generally. Such an expert is not to express his opinion on the very facts in issue before the court. It is the sole function of the court to apply the law as the expert has stated it to the facts as the court finds them. See *Hunt v. Hunt* (1958), 14 D.L.R. (2d) 243 and 246.

[104] I do not fault Mr. Ham particularly. He was asked to express his views and he did so. But he should not have been asked to do so.

[105] Having said that, one submission Mr. Ham made in his report was that although it would be difficult before the allocation dispute was determined to ascertain the respective financial positions of NNUK and NNC/NNL, "the Regulator might decide that it was fair to put the UK

Plan into the position it would have been in had the assets and liabilities of the integrated business been distributed equally between those participating in the business”.

[106] Apart from the fact that this statement as to what the Regulator might do is sheer guess work, it is asserting the position taken by the UKPC in the allocation trial that the \$7.3 billion proceeds of the asset sales of the Nortel Group should be distributed on a pro rata basis so that every creditor receives the same percentage of their claim. I am in no position to try to come to some judgment as to the probability that the executive arm of the Regulator would seek such a remedy in this FSD claims process that could alter the outcome of the allocation trial so far as NNUK and NNC/NNL were concerned or as to the probability of the Determinations Panel or the Upper Tribunal going down that route.

[107] I conclude that the claim of the UKPC under the 2004 Act is too remote and speculative to constitute a claim in this CCAA process.

**(e) Reason for the Nortel failure and Issues raised by the UKPC to support its FSD claim**

[108] I will deal with the allegations of the UKPC as to the benefits they allege were received directly or indirectly by NNC or NNL and whether in my view they should support the issuance of an FSD or Contribution Notice and what affect the other factors raised by the Monitor should have. I will do so in light of the evidence called and arguments made by the parties. If the claim were not too speculative or remote, I would have been inclined to dismiss it. But I again say it is not my view that counts, but rather the views of the Determinations Panel or Upper Tribunal.

**(i) Reason for Nortel failure**

[109] I think it worthwhile to first consider the circumstances of the UK Plan and the reasons for the deficit in it as calculated by the plan’s actuary. The first deficit appeared in the report of

December 19, 2002 and was made as of April 5, 2002. It was a deficit of £177 million. Prior to that, NNUK had a contribution holiday because of surpluses in the plan. Payments were then made by NNUK, first on an ad hoc basis. Mr. Stocker, the actuarial expert called by the Monitor, has concluded that these ad hoc payments were higher than would have been paid under a typical UK recovery plan at the time. There is no basis not to accept that conclusion and I accept it. Payments were then made under a 2005 funding agreement with the Trustee. The next actuarial valuation was dated April 4, 2006 and made as of April 5, 2005 and it indicated the deficit had increased to £356 million. The 2006 Funding Agreement was then made by NNUK with the Trustee providing for the deficit to be reduced by 2012. At the next annual review as of April 2007 the deficit had been reduced to £172 million. However by July 2008 the actuary calculated the deficit to be £479 million.

[110] Mr. Stocker has analyzed the reasons for the deficits and why they grew or reduced. His analysis has not been questioned. His conclusion is that the main sources of the deficit were the low investment returns of the UK Plan's assets and the changes to actuarial assumptions, mainly in 2008, used to value the liabilities of the UK Plan to its retirees. The reasons for the decrease of the deficit from 2006 to 2007 were the contributions made by NNUK pursuant to the 2006 Funding Agreement, investment gains and a negative change in financial assumptions. At that stage, NNUK was ahead of the timetable for the elimination of the deficit by 2012 as set out in the 2006 Funding Agreement. The dot com bubble burst and the adverse markets in the early 2000s contributed to the investment losses that occurred up to 2005 and the financial meltdown in 2007-2008 contributed to the large investment losses disclosed in the July 2008 actuarial study.

[111] The change to actuarial assumptions regarding mortality experience, which increased the UK Plan's actuarial liabilities as people were living longer, and the investment losses of the UK Plan under the investment responsibility of the Trustee were outside of NNUK's control. They were not caused by NNL, NNC or NNUK setting out to arrange their affairs so as to throw the

burden of pension scheme deficiencies upon the PPF, which was the “moral hazard” risk that led to the 2004 FSD regime in the first place.

[112] The failure of the Nortel business affected all members of the Nortel Group. From 2001 to 2008 the number of employees of Nortel world-wide dropped from in excess of 90,000 to approximately 30,000. NNUK was not permitted to fail to the benefit of NNC, NNL or any other member of the group. All failed at the same time due to the same economic and business circumstances. Is it reasonable to have an FSD and Contribution Notice issued in these circumstances that will negatively affect the former employees of other members such as NNC or NNL in order to profit the UK former employees, or more likely, the PPF? The Monitor says it would not be. I share that view.

[113] The 2006 Funding Agreement made by NNUK with the Trustee was a negotiation in which the Trustee was advised by outside legal and financial advisors. The Trustee felt that it fulfilled its fiduciary duties to the plan members in arriving at the terms under which the deficit was to be retired. In the negotiations, a balance had to be struck taking into account the funding requirements and the ability of the plan sponsor NNUK to afford the deficit repair payments to be made. Mr. Davies, the chairman of the Trustee, agreed in his evidence that the Regulator had made it very clear to the pension industry that the parties should find such an appropriate balance and the Trustee was of the same view.

[114] During the negotiations leading to the 2006 Funding Agreement, representatives of the Trustee, NNUK and NNL met with the Regulator. The parties reviewed with the Regulator their respective negotiating positions and the proposed agreement. After hearing the parties' positions, the Regulator did not consider it necessary to intervene in the negotiations. Although the Regulator would not provide the guidance and comfort the Trustee was seeking as the 2004 Act did not formally apply, a representative of the Regulator told Nortel informally following the meeting that it was doing exactly as the Regulator would have expected it to do.

[115] In his report Mr. Stocker referred to an analysis by the Regulator in its Orange Book that indicated that funding levels for most UK pension plans fell during 2008. The Regulator commented that the worsening funding levels were linked to adverse market conditions since mid-2007 and that recovery plan lengths for the plans might reflect the difficulties experienced by plan sponsors during the turbulent market conditions. The Nortel UK Plan was not alone in its experience.

**(ii) Contribution holiday**

[116] The UKPC say that the contribution holiday under which employer contributions by NNUK were not made was a benefit to NNL and NNC and should weigh in favour of an FSD and Contribution Notice. I have difficulty with this concept. First, I have difficulty with it being a benefit if the payments were not required to be made. Second, if it were a benefit, it would be a benefit of NNUK, not of NNC or NNL.

[117] The Monitor concedes that significant contributions to the UK Plan could not have been made without the concurrence of Nortel's global management and that to the extent that any funding decisions made with respect to the UK Plan are considered to have been improper, NNL's degree of involvement in those funding decisions would be a factor militating in favour of the issuance of an FSD. I understand that concession but in my view no funding decision regarding the UK Plan was improper.

[118] In the period 1989-2002, it was accepted practice in the UK for employer sponsors of defined benefits plans to suspend contributions to a balance of costs plan if the plan was in surplus. This was part of the *quid pro quo* for the employer being responsible for eliminating deficits. Requiring employers to make contributions despite a surplus in the plan would be economically irrational, as it could divert funding from their profit and income-earning activities at a time when the employer had already over contributed to the plan. Further, the UK government discouraged the accumulation of surpluses because they could be used as a tax

haven by employers and by regulations adverse tax consequences would be imposed if a pension plan's surplus grew too large.

[119] When Nortel acquired STC in 1991, the UK Plan was in surplus and had been since 1988. Mr. Gardener, the chairman of the Trustee of the plan at that time, testified that it was normal practice in those circumstances to have a contribution holiday and it was he who recommended it to the board of STC. As a result, STC suspended its contributions with effect from May 1, 1989. The UK Plan actuary considered the contribution holiday at each triennial valuation. On each valuation until 2002, the actuary confirmed to the Trustee that a contribution holiday could be taken. From 1988 until the early 2000s, while the contribution holiday was still in effect, the Trustee continued to advise plan members that the UK Plan was in a well-funded position. The Trustee also approved benefit improvements, including discretionary improvements, under the plans. This, along with other factors, had the effect of reducing the surplus.

[120] It is difficult to see how in these circumstances the Trustee can now take the position in effect that the contribution holiday should not have been taken and was a benefit that should weigh in favour of an FSD and Contribution Notice. It does not appear to be reasonable.

[121] So far as the benefit said to be obtained by the contribution holiday from 1989 to 2009, Mr. Bowie, the actuarial expert called by the UKPC, put the figure at £350 million. The actuarial expert Mr. Stocker called by the Monitor accepted as reasonable the plan actuary's estimate of £292 million. He disagreed with Mr. Bowie's figure because Mr. Bowie calculated the amount using the most conservative economic basis of growth in the plan's assets, which was not used in the industry in the UK Plan. Mr. Bowie agreed that he never recommended to clients this economic basis of forecasting. I accept Mr. Stocker's opinion on this, as well as his criticism of the effect the figure would have been to 2009 and to 2013 calculated by Mr. Bowie.

[122] So far as who might have received the benefit of the contribution holiday, assuming it can be regarded as a benefit, there is no evidence that anyone other than NNUK used the funds

available due to the contribution holiday. The cash may have been used by NNUK for other of its purposes. If cash was transferred in some way, there is no evidence of who the recipient may have been. Cash in Nortel was managed on a global basis and inter-company relationships or agreements might be revoked, reinstated or extinguished at any time depending on what was most advantageous from a global cash and tax management perspective. Cash went where it was needed.

**(iii) Interest free loan**

[123] The UKPC say that the interest-free loan was a benefit to NNC or NNL to be taken into account in considering an FSD or Contribution Notice.

[124] The fact that the books of NNUK reflected a loan to NNL is no proof that NNL used the cash for its own purposes. Cash was moved throughout the Nortel Group as required. The loan reflected allocations to NNUK under the MRDA derived from the profit split method used by the MRDA to allocate total Nortel residual profits to the participants. Pursuant to the MRDA, transfer pricing adjustments for the participants, which included NNUK, were administered by NNL. Article 3(d) provides:

(d) NNL agrees to administer this Agreement and the determinations under the RPSM as contemplated in this Agreement with respect to its interest and the interests of the Participants, and in particular, to compute the amount of any R&D Allocation to, and payment due from, each Participant on a periodic basis. Each Participant will be supplied with a copy of the calculations required under the RPSM as set forth in Schedule A. Any payment to, and payment from, a Participant will be reflected in the intercompany accounts of the affected Participant as a payable or a receivable, whatever the case may be and may be netted pursuant to the standard NNL practice for managing inter-company accounts.

[125] The board of NNUK was a strong board which understood its fiduciary obligations to NNUK. The directors were of the view that the intercompany loans and their interest free nature

were in the best interests of NNUK. They received independent legal advice from leading UK pension solicitors that:

Given the importance to NNUK of its parent company NNL and, as we understand it, the other members of the group, we would not have thought that it should be difficult for the directors of NNUK to conclude that the making of the loans is in the best interest of NNUK.

[126] This issue is discussed more fully under the oppression claim part of these reasons. The point is that what was of benefit to Nortel was also a benefit to NNUK.

[127] The UKPC contend that any benefit to any subsidiary in the Nortel Group was a benefit to NNC and NNL. There is a certain circularity to this argument that if NNUK loaned money to any particular subsidiary in the Nortel Group that must have been an indirect benefit to NNL and NNC because benefiting a subsidiary would be a benefit to the parent NNC and to the operating parent NNL. If it benefited the parent, it also benefited NNUK, which was part of the Nortel Group and depended on a strong Nortel for its own existence. This is not a situation such as the *Lehman* case before the Determinations Panel. The UKPC rely on reasoning of the Determinations Panel in that case:

As the ultimate parent company of the group LBHI obtained, directly and indirectly, substantial benefits from LBL's operations in supporting the Lehman group generally. Everything that the subsidiaries benefited from ultimately benefited LBHI, albeit the benefit might be indirect and diluted.

[128] The UKPC left off the final sentence of the paragraph: "However, we consider that the value of the benefits received by LBHI from LBL were considerable". It is not clear that the Determinations Panel thought that the benefits received from LBHI were entirely indirect. However, the UK *Lehman* case was a service company providing services to the entire Lehman organization. Benefits provided to the rest of the Lehman group did not benefit in any way the UK service company. That is to be contrasted with NNUK which was an operating company



operating in the matrix organization of Nortel and which benefited in so many ways from being part of the Nortel Group, as discussed. The stronger the Nortel Group, the stronger NNUK.

[129] While it may have been a benefit to whatever company used the cash from the loan not to pay interest on it, and thus an indirect benefit to NNL and NNC, it was also a benefit to NNUK to make the loan. I would not view this factor as being very strong in favour of an FSD or Contribution Notice.

#### **(iv) Transfer pricing**

[130] The UKPC contend that the Nortel transfer pricing arrangements failed to compensate NNUK for the true contributions that it was making to the Nortel Group. In particular they contend that the transfer pricing failed to properly compensate NNUK for its restructuring costs and its pension costs.

[131] Transfer pricing is the act of assigning a monetary value, or price, to movements of resources or economic contributions that occur within a multinational enterprise across different taxing jurisdictions. Against the risk that companies attempt to use transfer pricing to increase operating income (and therefore taxable income) in jurisdictions with low income tax rates and correspondingly to decrease operating income in high-tax jurisdictions, tax authorities around the world have instituted regulations governing intercompany transfer pricing. These regulations centre on the arm's length principle. The arm's length principle necessitates that intercompany transactions be priced in a manner consistent with the way in which similarly situated uncontrolled parties bargaining at arm's length would price the transactions i.e., within an arm's length range.

[132] Nortel employed a residual profit split method (or RPSM) to allocate operating profit among the entities of the Nortel Group. The residual profit split method is designed to allocate operating profit to the activities and/or assets that cause it. The RPSM was contained in the

MRDA to which NNUK and the other residual profit entities were parties. Schedule A to the MRDA contained the details as to how the residual profits of the Nortel Group were to be allocated. It recited the fact that in 2002 Nortel made a submission to the tax authorities in Canada, the United States and the United Kingdom and that the RPSM was adopted at the request of the tax authorities as the most appropriate method for determining the arms' length compensation for each of the participants for the R&D activity to be provided pursuant to the MRDA. The RPSM was prepared by Horst Frisch, a highly regarded and leading transfer pricing firm in the United States.

[133] Transfer pricing is technical to be sure. There are guidelines that assist the authorities and regulations enacted to be followed. The Organization for Economic Cooperation and Development ("OECD") has established OECD Transfer Pricing Guidelines for multinational Enterprises and Tax Administrations ("the OECD Guidelines"). They were first published in 1995 and revised in 2010. They carry formal legal force insofar as they are incorporated into a country's legislation and regulations. Section 164 of *Taxation (International and Other Provisions) Act*, the UK's transfer pricing regulations, directly references the OECD Guidelines as does the Canadian CRA's information circular pertaining to international transfer pricing.

[134] The OECD Guidelines provide in section 1.64 and 1.65 that an examination of a controlled transaction should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them except in two exceptional cases. The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner. In short, so long as the agreement is economically rational, and form and substance cohere, then the agreement stands and the role of the transfer pricing expert is to price the transaction as agreed.

[135] Restructuring costs and pension costs were provided for in the MRDA and treated in accordance with it. Dr. Reichert, the transfer pricing expert called by the Monitor, reviewed both the restructuring costs and pension costs as dealt with in the RPSM contained in the MRDA. He concluded that neither of the exceptional cases referred to in the OECD Guidelines existed and thus in accordance with those guidelines the MRDA should stand and was dispositive of the issues. In his reports Dr. Felgran, the transfer pricing expert called by the UKPC, made no reference to the MRDA and said on his deposition that he did not do so as he did not find it useful. I accept the opinion of Dr. Reichert that the MRDA is dispositive of the transfer pricing issues raised by the UKPC.

[136] Regarding restructuring costs, Nortel as a group wrote off US\$5.5 billion for restructuring costs from 2001 to 2008. Approximately 80 % of this amount, or US\$4.5 billion was written off in 2001 and 2002 after the dot com bubble burst. The expert evidence of Dr. Felgran is that an extra US\$662 million should have been allocated to NNUK for restructuring costs and of that US\$262 million should have been borne by NNL with the remainder borne by the other RPE's.

[137] The MRDA is explicit that restructuring costs are to be borne individually by each RPE, including NNUK, and are not to be shared. The UKPC contend that they should have been shared by all RPEs as NNUK paid a disproportionate share of the overall restructuring costs.

[138] The evidence of Dr. Reichert and Dr. Felgran conflicts. I much prefer the evidence of Dr. Reichert for several reasons, including the fact that the evidence of Dr. Felgran in parts lacked substance and appeared superficial.

[139] In his analysis of restructuring costs, Dr. Felgran ignored the MRDA. He did not follow the OECD Guidelines and start with the arrangement agreed to by the parties in the MRDA and then consider whether one of the two exceptions existed. On his deposition he said that one starts

with the economic substance and then looks to see if the legal form follows the economic substance. That is the opposite of what the OECD Guidelines call for.

[140] Dr. Felgran stated, and the UKPC emphasize in their argument, that while regional management had a certain level of autonomy in restructuring, final or ultimate decision-making for closing facilities and reducing head count were controlled by NNL. I accept Dr. Reichert's opinion that this is irrelevant and that Dr. Felgran's approach is contrary to the very purpose of a transfer pricing analysis which is to determine how the parties would interact absent the existence of control. The question should be assuming these entities are uncontrolled, and in light of their functions, risks, and assets, how should profit be allocated? Section 9.28 of the OECD Guidelines defines "control" as "the capacity to take on risk" and that "As far as risks over which neither party has significant control are concerned, control would not be a helpful factor in the determination of whether their allocation between the parties is arm's length." In this case, the vast majority of the reconstruction costs occurred in 2001 and 2002 following the dot-com collapse and I accept Dr. Reichert's opinion that these costs were really outside the control of the parties within the meaning of the OECD Guidelines.

[141] Dr. Felgran asserted that the Nortel Group restructuring costs were designed to benefit the entire group including the RPEs which would take the greater share of profits. Therefore he said they should have been considered part of Nortel's ordinary, usual and recurring operating costs for transfer pricing purposes. He relied on the opinion of a US accounting expert who stated that auditors in considering the consolidated 2002 financial statements would likely have considered the accounting for these charges and that in his opinion NNC appropriately treated the costs in accordance with GAAP as normal operating expenses.

[142] These expenses were referred to as "special charges" in the 2001 to 2006 Form 10-K filings of Nortel that contained the consolidated financial statement, and "exceptional" in the 2001 to 2006 audited NNUK financial statements. In the 2001 and 2002 10-K statements Nortel explained that it underwent an unprecedented period of business realignment in those years.

Apart from that, there is a fundamental error in this assertion of Dr. Felgran. What he has done is look at events after the time when the arrangements were made by the parties in the MRDA. As Dr. Reichert explained, Chapter 9 of the OECD Guidelines explicitly frames the issue of restructuring costs and benefits as a question of *ex ante* risk allocation by way of an intercompany contract, rather than an *ex post* examination of who should bear the realization of a risk (i.e., restructuring costs).

[143] In Dr. Reichert's view, the criterion of "ordinary, usual, and recurring" used by Dr. Felgran is not the right question and does not appear anywhere in the transfer pricing guidance or regulation. The proper question is what the parties' arrangement called for regarding the risk of restructuring, and whether that arrangement was commercially rational and consistent with its substance. The question should not be whether an expense is an operating expense under GAAP, but whether the restructuring costs give rise to the revenue associated with the intangible. The residual profit split method in the MRDA did not provide for a sharing of operating expenses. Rather, the parties agreed to incur costs individually in exchange for a share of the residual profits. In accordance with the OECD Guidelines, Dr. Reichert's view was that the agreement of the parties should govern.

[144] Dr. Reichert also examined what third parties did in contractual arrangements and settings similar to the Nortel RPSM. Dr. Felgran did not conduct such a study. Dr. Reichert identified 162 joint development agreements. He concluded from this evidence that the third party agreements were consistent with the parties' allocation of risk in the MRDA.

[145] Dr. Reichert also pointed out that the primary source of the restructuring costs was the optical business of NNUK. Under the cost sharing agreement amongst the parties before the MRDA, NNUK realized most or all of the economic benefits from its optical business during its boom years pre-2001. Yet Dr. Felgran asserts that NNUK should be entitled to require the other parties to the MRDA to share the restructuring costs.

[146] In sum, I would not find that the treatment of restructuring costs in the MRDA was contrary to transfer pricing principles. I accept the opinion of Dr. Reichert to the opposite effect.

[147] The UKPC contend that not all of the pension costs were properly shared by the participants to the MRDA. The net periodic pension costs were included as an expense within the RPSM formula and thus the transfer pricing model factored in such items and had the economic effect of sharing those costs among the RPEs. The UKPC contend however that not all pension costs are required by US GAAP to flow through the income statement on an annual basis and that some costs are deferred and recorded in the balance sheet as Other Comprehensive Income (“OCI”). They contend that this OCI was not included within the RPSM formula and was thus a cost for which NNUK was not compensated under the transfer pricing arrangements.

[148] Dr. Felgran’s argument derives from accounting treatment of pension costs, a subject in which he is not an expert. He understood that under US GAAP accounting standards, net periodic pension costs were written for going concern enterprises and assumed that assets necessary to settle pension obligations would be afforded long periods of growth. He referred to concerns about Nortel’s longevity being raised at least as early as 2006 and the opinion of Mr. Bowie, the actuary called by the UKPC, that an economic basis for calculating the future pension obligations would have been appropriate given NNUK’s weak financial position.

[149] Dr. Reichert is of the view that Dr. Felgran has impermissibly looked at the situation by rationalizing on an *ex post* basis. I agree. There was no thought of Nortel insolvency at the time of the MRDA.

[150] Dr. Felgran stated that in order for transfer pricing models to reliably reflect arms-length equivalent dealings, true economic costs must be properly measured and compensated. The reference to economic costs was a reference to Mr. Bowie’s statement. But funding a plan on an economic basis (the most conservative growth of asset assumption) was not used by pension plans at the time and Mr. Bowie never recommended to his clients to do so.

[151] Dr. Reichert's opinion is that there was no basis to include a balance sheet item in allowable pension costs for transfer pricing purposes and in his experience, balance sheet items that pertain to future periods are never included in the determination of operating profit for the residual profit split method. Dr. Felgran pointed to no case in which that had occurred. I accept Dr. Reichert's opinion on this.

[152] Dr. Reichert also looked at the 162 comparable arrangements for pension treatment. None of them identified pension-related balance sheet items as a cost that uncontrolled parties agreed to share. He concluded that the behaviour chosen by the parties to the MRDA was consistent with third party behaviour, and thus the arm's length principle and that it should be respected. He concluded that Dr. Felgran's assertion that in order for transfer pricing models to reliably reflect arm's-length equivalent dealings, true economic costs must be properly measured and compensated, was unsupported and not proven.

[153] In this case, the RPSM in the MRDA required operating profits to be accounted for in accordance with US GAAP, which do not include an economic measure of pension costs. Dr. Reichert's opinion, which I accept, is that the treatment of pension costs in the MRDA was commercially rational and did not impede tax authorities.

[154] The Monitor says that the UKPC has cherry picked its issues and not considered other related issues. In this I think the Monitor is right.

[155] The evidence disclosed that the rate of return to NNUK on its sales and distribution function was 23.6% in the 2001-2005 period, and a 15% markup on excess SG&A expenses from 2006 onwards. These returns were paid under the MRDA. Dr. Reichert, the transfer pricing expert called by the Monitor, testified that these returns were far higher than market. He said that in his entire career as a transfer pricing economist, he had never seen a routine return to distribution anywhere close to those figures. Dr. Felgran, the transfer pricing expert called by the UKPC, did not testify on this issue at trial but in his deposition testified that in his 20 years of

experience, he would expect to see routine returns to distribution somewhere in the range of 1-5%, and confirmed that he has never seen routine returns in excess of 20%. Dr. Reichert estimated that NNUK had been overcompensated in relation the market pricing by some US\$231 million just for the period 2001 to 2005.

[156] Dr. Reichert has accepted the primacy of the MRDA in accordance with the OECD Guidelines. However, if one were not to do that and rather do what the NNUK's expert Dr. Felgran did, it would be logical to consider the high rates of return paid to NNUK on its sales and distribution function. The over compensation, for example, of US\$231 million is much greater than the interest not paid on the loan from NNUK to NNL estimated to be US\$135<sup>10</sup> million that the UKPC says should be considered a benefit to NNL.

[157] I do not find that the treatment of pension costs in the MRDA was contrary to transfer pricing principles. I accept the opinion of Dr. Reichert to the opposite effect.

#### **(v) Conclusion**

[158] My view is that issuing an FSD or Contribution Notice to NNC or NNL would not be reasonable. However, whether the Determinations Panel or Upper Tribunal would agree is another matter which I have found to be too remote and speculative to determine.

#### **(f) Was NNUK Insufficiently Resourced?**

[159] The Insufficiently Resourced Test ("IR test") prescribed by section 44(3) of the 2004 Act has two components:

- (a) Is the value of the employer's resources less than 50% of the estimated section 75 debt? and

---

<sup>10</sup> I accept this figure of Dr. Reichert correcting the calculation of Dr. Felgran.



(b) If so, is the value of the target's resources greater than the difference between the value of the employer's resources and 50% of the estimated section 75 debt?

[160] A target can be any company that is an associate of NNUK. In this claim, the targets are NNC and NNL. The IR test is a threshold test. It must be passed in order for an FSD to be issued.

[161] Taking June 30, 2008 as the relevant date, NNUK would be insufficiently resourced if at that date the value of its resources were less than 50% of the estimated section 75 debt. The section 75 debt is defined in the *Pension Act 1995* (UK) and is the amount required to buy an annuity that would be sufficient to pay the scheme's pension liabilities at the relevant date. For example, if the capital amount necessary to fund the scheme's pension liabilities was estimated at June 30, 2008 to be £100 million, the employer NNUK would be insufficiently resourced if its resources were valued at less than £50 million, say only £40 million. In that case, if the resources of the target NNC or NNL were sufficient to fund the shortfall, i.e. were at least £10 million, the insufficiently resourced test would be met and NNC or NNL could be issued an FSD or a later Contribution Notice if the Determinations Panel or Tribunal considered it to be reasonable to do so. If the resources of NNC or NNL were not at least £10 million, no FSD or later Contribution Notice could be issued as the IR test would not have been met.

[162] The Monitor contends that NNUK was not insufficiently resourced at June 30, 2008 because the value of its resources at the relevant time was at least 50% of the estimated section 75 debt. If the Monitor is not successful on this point, it does not contest that the value of the resources of NNC or NNL would be sufficient to bring the total value of their resources and of NNUK's resources up to 50% of the estimated section 75 debt, and that in that case the IR test would be met.

[163] For purposes of the insufficiently resourced test, the executive arm of the Regulator is to estimate the section 75 debt at the relevant date, here being June 30, 2008. It is a different exercise than the scheme actuary certification of the section 75 debt at the insolvency date. The

scheme actuary's certification cannot be challenged under the statute. However, I accept Mr. Legge's evidence that the Regulator's estimate of the section 75 debt for the purposes of the IR test can be challenged and that whether the IR test has been met is a matter of fact for the Determinations Panel or Upper Tribunal.

[164] In this case, the Regulator estimated the section 75 debt as at June 30, 2008 to be £1.777 billion or US\$3.534 billion. The threshold of 50% of the estimated debt on the Regulator's estimate is therefore £888.5 million or US\$1.767 billion. The Regulator relies on the scheme actuary, Mr. Neil Mobbs, for this estimate.

[165] Mr. Mark Stocker, an actuarial expert called by the Monitor, testified that there is an uncertainty in the estimate of Mr. Mobbs for a number of reasons and that the threshold of 50% of the estimated debt could be overstated by as much as £250 million, which if the case would make the threshold of 50% of the estimated debt to be £1.527 billion or US\$1.518 billion. This presumably would have to be decided as a factual matter at the Determinations Panel or Upper Tribunal.

[166] I will proceed on the assumption that the estimate of the Regulator of the section 75 debt at June 30, 2008 is correct and that the threshold to be used to determine if NNUK was insufficiently resourced is £888.5 million or US\$1.767 billion.

[167] The valuation exercise is not to value the shares of NNUK but rather to value the resources of NNUK. The 2004 Act does not itself define what the "resources" are, but the regulations do. Regulation 7 says that the resources constitute "all those aspect of the entity that would be taken into account when arriving at the entity value". The "entity value" is defined in regulation 2 as "the fair value of the entity" and "fair value" is defined as "the amount for which an asset could be exchanged, or a liability settle, between knowledgeable, willing parties in an arm's length transaction".

[168] Regulation 9 states that the value of the resources is to be calculated in accordance with the regulation. It provides for a three stage process. The first stage is to calculate the net assets based on the entity's accounts (net book value), add pension liabilities or subtract pension deficits and then add subordinated liabilities. The second stage is to add to stage one any identifiable fair value difference between the fair value of an asset or liability and the value of that asset or liability as recorded in the entity's accounts (adjusted book value). The third stage is to calculate the difference between the entity value and the aggregate of the entity's net assets as set out in the entity's accounts and add that to the amount of the second stage calculation. If after the first or second stage the entity and the Regulator agree that the IR test has not been met, the third stage calculation need not be carried out.

[169] The entity value is to be a notional open market valuation involving an arm's length transaction between a willing seller and willing buyer who are knowledgeable. It should be assumed to be a sale that takes place in the real world. The no hindsight principle is applicable to the valuation in that events after the date of valuation are not to be taken into account in the valuation unless they were foreseeable expectations at the time and would have affected what a reasonable purchaser would pay. However improbable it is that there would ever be a sale of the asset in the real world, for example because of restrictions attached to the asset, the sale must be treated as capable of being completed, the purchaser then holding the asset subject to the same restriction (the *Crossman* principle). Both experts on English law agree on these principles.

[170] In the case of NNUK, its profits were calculated under the MRDA to which it and>NNL, NNI and other companies in the Nortel Group that did research and development work were parties. The MRDA was not assignable, but it is agreed that because of the *Crossman* principle, it was to be treated as assignable by NNUK to a purchaser in the valuation exercise but not further assignable by that purchaser.

[171] The opinion evidence of Mr. Soren Reynertson was the evidence relied on by the UKPC to contend that the value of NNUK's resources was less than the threshold of 50% of the

estimated section 75 debt of £888.5 million or US\$1.767 billion. The Monitor challenges Mr. Reynertson's qualifications to be an expert witness and says that even if he is qualified, his opinion should be given little weight.

[172] In *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, Justice Sopinka stated that an expert witness must be someone who is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify.

[173] Mr. Reynertson describes himself as an investment banker. He admittedly has had no education or training as a valuator, is not accredited by any professional association of valuers, has not taken any course work with a view to being accredited, has never published or taught on the subject of valuation, and has never practised in the field of valuation. The focus of his career has been primarily working with distressed companies and their creditors. He said that in his practice, he does not refer to textbooks and that he relies on his experience in having bought, sold, financed and restructured business for the past 20 years.

[174] Mr. Reynertson does have experience in restructuring transactions. I accept him as an expert in so far as his experience may provide cogent support for his opinions. I must say, however, that I have considerable difficulty with much of his evidence. In the end, I do not accept his evidence that the value of NNUK's resources was less than 50% of the estimated section 75 debt and I find that the insufficiently resourced test has not been met.

[175] In this case, Mr. Reynertson was instructed to give his opinion on the stage three calculation on the assumption that there would be no agreement between NNUK and the Regulator as to the use of book values or adjusted book values in the first and second stage. It was Mr. Ham's view that in a case such as this it is a certainty that there would be no agreement with the Regulator that would excuse the need for a stage three calculation. Whether he is right or wrong is a matter of conjecture. Mr. Legge's view is that the Regulator should be reasonable

if it accepts the net book value or adjusted net book value as a reflection of the true reflection of the minimum value of the entity.

[176] Mr. Reynertson valued NNUK separately from its subsidiaries.

[177] For NNUK, the valuation methodology used by Mr. Reynertson was a revenue multiple method in which he looked at the market capitalization of NNC (the number of outstanding common shares times the trading price per share) and allocated to NNUK a portion of that market capitalization equal to NNUK's proportionate share of global revenues. He arrived at a value of US\$453.1 million for NNUK. He then applied a 35% risk downward adjustment, to get a "Base Case of US\$294.5 million and an "Adjusted Case" without the discount of US\$453.1 million.

[178] For the subsidiaries of NNUK, Mr. Reynertson valued them on a liquidation value basis on the theory that no purchaser would pay more than liquidation value for them. He arrived at a "Base" value for all of the subsidiaries of US\$316.2 and an "Adjusted" value of 343.5, the difference being caused by the different assumed liquidation costs of either 10% or 15%.

[179] Mr. Reynertson then added cash and cash equivalents for NNUK and net intercompany assets and arrived at a total "Base" value of US\$1.393 billion for NNUK and its subsidiaries and an "Adjusted" value of US\$1.579 billion. These values were either US\$374 million or US\$188.2 million less than the threshold figure for 50% of the section 75 debt of US\$1.767 billion resulting in NNUK being insufficiently resourced by those amounts.

[180] I will deal first with the revenue multiple method used by Mr. Reynertson to value NNUK. Mr. Berenblut was called by the Monitor to give opinion evidence. He is a highly qualified business valuator. His evidence was that it is well understood that a revenue multiple approach as used by Mr. Reynertson is inappropriate as a principal valuation methodology and should only be used as a secondary methodology. Revenue multiples should normally be

afforded little, if any, weight. In the case of Nortel, his evidence was that because of the RPSM used to allocate profits, NNUK's operating profit (and hence its cash flows) was a significantly different proportion of its revenues than was the case for NNC. His opinion was that the revenue of a particular entity in the Nortel Group was not a reasonable indicator of its profitability because operating profits were not directly proportional to sales revenues. His view was that the value to revenue model used by Mr. Reynertson was not appropriate for determining the value of NNUK.

[181] Mr. Reynertson agreed that the profitability of a business is what ultimately determines its value and that a revenue model can be useful to the extent it is a reliable indicator of what the profits will be. On his deposition, he said that for NNUK, he could not say if there was a historical correlation between its revenue and profitability but acknowledged that revenue was not a key metric in allocating profits under the RPSM used by Nortel. He also said that going forward there would be no correlation between revenues within NNUK and its allocation of profits under RPSM. The fact that there may be some uncertainty in the future regarding research and development spending, and thus the allocation of profits under the RPSM, does not detract from the fact that Mr. Reynertson could not say there was going to be some correlation between NNUK's revenues and profits.

[182] I accept Mr. Berenblut's opinion that the revenue model should not have been used by Mr. Reynertson as the basis for his valuation for NNUK. The use of such model to value NNUK casts serious doubt on Mr. Reynertson's opinion.

[183] Mr. Berenblut's opinion is that when a market approach to value is being used, which is one of the standard approaches to value used by valuers, two multiples that are used if an appropriate comparable can be located, and in his view NNC is an appropriate comparable, and which are more appropriate than revenue multiples are a value-to- operating profit multiple and a value-to-book multiple.

[184] Mr. Berenblut did these calculations. In 2007 NNUK's operating profits (excluding those of its subsidiaries) were approximately 28% of NNC's total operating profits. Using all other assumptions used by Mr. Reynertson, including Mr. Reynertson's valuation of the subsidiaries on a liquidation basis, Mr. Berenblut arrived at a value of all of NNUK's resources at US\$3.3 billion, far in excess of the threshold IR test of US\$1.767 billion. The result of using a comparison of book values of NNC and NNUK, using all of Mr. Reynertson's other assumptions, resulted in a value for all of NNUK's resources of US\$3.1 billion, again far in excess of the threshold IR test of US\$1.767 billion.

[185] I accept this evidence of Mr. Berenblut. He is a qualified valuator, something that Mr. Reynertson is not, and there is no expert evidence to contradict his views on this. It was put to Mr. Berenblut on cross-examination that he should not have used just one year's results in this comparative exercise, but he did not agree. I accept his explanation for the reason given by him. The acceptance of these values alone means that the IR test has not been met.

[186] These valuations by Mr. Berenblut using Mr. Reynertson's valuation method for the NNUK subsidiaries but changing only the value of NNUK by using profit and book value comparisons rather than a revenue comparison alone indicate that Mr. Reynertson's analysis for his IR test is unreliable and not to be accepted. Mr. Reynertson is not a business valuator. His evidence of the use of a revenue model was not based on any experience he said he had used or seen used in the marketplace, which experience is the only basis upon which he was qualified to give opinion evidence.

[187] Mr. Reynertson also deducted 35% from his values for NNUK. He said he was doing this to reflect three factors. The first was that he assumed that at least some portion of customers of NNUK would judge it advantageous after a sale of NNUK's business to be a customer of the larger Nortel Group. The second was that after such a sale, the Nortel Group's growth prospects would have been greater than NNUK's and therefore revenue comparability might not be the same. The third is an assumption by Mr. Reynertson that a buyer would discount the value of

NNUK based on a contingency that there might be a challenge to the MRDA, noting the current litigation in the allocation proceeding indicates that the rights under the MRDA are controversial.

[188] Mr. Reynertson said the 35% figure was a subjective judgment call of his based on his experience. He said that he had worked on a number of transactions over the years where there had been illiquidity discounts, minority discounts and the like. It was not a mathematical calculation but his judgment. He said he could look at no transaction in particular that would lead to that figure.

[189] Mr. Reynertson's assumption about litigation over the MRDA being one of the factors leading to his figure of 35% involves hindsight information not available at the time of the notional valuation date of June 30, 2008. The allocation litigation was much later and should have played no role in his notional valuation. How much of the 35% was attributed to that factor was not said except it was one of three factors. Regarding continuing revenues at NNUK, he also acknowledged that since NNUK would remain a fully integrated member of the Nortel global business after the notional sale, the Nortel Group would be incentivized to maintain sales support, marketing and customer relationships so that customers would be just as confident about Nortel as they were before the sale. While I accept that Mr. Reynertson has had experience in the marketplace with discounts, it is hard in the circumstances to know what weight, if any, should be given to unsupported subjective views.

[190] Mr. Reynertson valued the subsidiaries of NNUK on a liquidation basis, calculating liquidation values and deducting any liabilities the subsidiaries had and liquidation costs. He did this on the assumption that a buyer would have assumed the subsidiaries could not have continued to operate as going concerns as the Nortel Group would have likely set up a separate set of distribution entities post-sale to compete with their former subsidiaries. Thus the buyer would have assumed that the subsidiaries would have to be liquidated to realize value.

[191] There are a number of concerns regarding this analysis.



[192] Mr. Reynertson admitted that the notional sale transaction he posited is destructive of value. Yet this is not what English valuation principles permit. The *Crossman* principle for example requires that any restriction on alienation which may significantly reduce value is to be ignored. *Marks v. HMRC* [2011] UKF.T.T. 221, was a tax valuation case in which the open market standard was applicable. One of the two business being valued, a retail business, had no right to sell the French Connection brand manufactured by the other business, both owned by the same person. It was argued that a buyer of the retail business would have no right to sell the brand and would have to find alternative goods to sell, which would have lowered the value of the retail business. It was held, however, that the owner of the business could be a buyer of the business in the notional sale and that he would value it on the basis that the business would continue as before. This was the method chosen by the tax court to ensure value was not destroyed on a notional open market valuation by assumptions used that would destroy value.

[193] Mr. Reynertson assumed that a buyer would suppose that Nortel would establish a new distribution network throughout Europe and put the subsidiaries out of business. He himself believed that is what likely would have happened in a notional sale at that time. There are problems with this. One obvious problem is to explain where Nortel would have found the money to build a new distribution network and whether it would have been better for Nortel to continue to employ the NNUK distribution subsidiaries to distribute their products. When it was put to Mr. Reynertson that Nortel had spent hundreds of millions of dollars to set up the network, he said he could not say how much was spent by Nortel to build its distribution network in Europe and Africa but agreed it would have been sizeable. He admitted that he had no basis for knowing what the cost of setting up a new distribution network would be or what profits it would yield for the Nortel Group. He admitted that he was simply speculating that Nortel would set up a competing distribution network.

[194] This speculation of Mr. Reynertson that Nortel would set up a competing distribution network is directly contrary to the contention of UKPC that Nortel could not be considered to be

a special purchaser in the notional sale of NNUK's business because given the onset of the credit freeze and its impending global insolvency, it could not afford to do so. I have difficulty with accepting Mr. Reynertson's speculation as to what a purchaser would assume regarding Nortel setting up a competing distribution system. Grounding for his speculation is far from apparent.

[195] There is another aspect to what would happen in a notional sale. The evidence is that a purchaser would want some assurance that the business it was buying would remain as it was and not have to compete with NNUK or its parent. Mr. Berenblut testified that as a matter of valuation principles, it would be assumed that a non-competition covenant would be given if the vendor or its principals had the ability to compete with the purchaser. In this he is well supported by leading valuation texts. Mr. Reynertson agreed that in the real world that would happen. However he said he was instructed by Mr. Ham that he could not assume such a non-competition clause because that would be adding to or embellishing the asset to be sold.

[196] Mr. Ham in his reply report said that it seemed to him that Mr. Berenblut's assumption of a non-competition covenant would amount to an embellishment of the asset being valued, improperly inflating its value. However, on cross-examination this position was softened. Mr. Ham acknowledged that the notional sale would contain the normal and customary terms in a sale of that type and that it is a factual issue for the valuers to decide as to what the terms of the notional sale would be<sup>11</sup>. This could include a parent providing support for the transaction going forward because it would be in its interests to see its subsidiary get enhanced proceeds of the sale. Mr. Reynertson agreed that from a valuation perspective, this support would be given in a notional sale of NNUK's resources.

[197] Mr. Legge's evidence was essentially to the same point. He said that the asset in the hypothetical sale should be the same asset in fact owned by the vendor, and that it is a question

---

<sup>11</sup> In his report, Mr. Ham made a number of assertions that appeared to be on issues of valuation rather than on issues of the legal principles to be applied. I realize that there may be a fine line between the two, but I have read his statements regarding valuation with caution.

of fact and valuation for the tribunal. He said that while the same asset has to be sold in the notional sale, what is done in the market is a question of fact.

[198] It seems to me that in so far as a non-competition covenant is concerned, for NNL or any other hypothetical vendor to say they will not do anything to change the business being sold from what it was prior to the sale is not embellishing the asset being sold and it is clear from the evidence as a matter of fact that such a term would be provided. It would be in NNUK's interest to ask its parent to do that and in its parent's interest as well to do that. It also seems that it is consistent with the *Crossman* principle and the assumption caused by it in this case that the MRDA can be sold or assigned, something which under the MRDA could not happen, in order to fetch a market price not destructive of value. It is also consistent with the *Marks* case in which assumptions were made to have a market value not less than the value of the business as it existed at the time of sale. I find that such a covenant would be given and that it would be a reasonable term that would not change the asset being sold, being the distribution business of NNUK.

[199] Mr. Berenblut did not agree that the subsidiaries should be valued on a liquidation basis. He calculated the results if the distribution subsidiaries of NNUK are valued at the valuation date not on liquidation values but using Mr. Reynertson's inappropriate revenue comparison basis with NNL. That results in a value of resources of NNUK of US\$2.3 billion. If the comparison to NNL is based on what Mr. Berenblut considers to be the better comparable, the operating profits method, it results in a value of resources of NNUK of US\$3.010 billion. If the comparison to NNL is based on the book value of the NNUK subsidiaries rather than their liquidation value, the resulting value of resources of NNUK is US\$2.1 billion. All of these amounts result in the failure of the IR test. I accept the validity of Mr. Berenblut's calculations. They establish that if the value of the NNUK subsidiaries is based not on a liquidation basis, the IR test has not been passed even if Mr. Reynertson's values for the parent NNUK are used.

[200] Mr. Berenblut also did other calculations to determine if the IR test had been met. He concluded that it was not met. He first calculated the net book value of NNUK. Net book value, or the asset approach to value, is one of three accepted valuation approaches. He acknowledged that what he did was undertake the first stage of the three stage requirements of Regulation 9 that sets out how the value of resources of an entity is to be calculated. That net book value was US\$2.2 billion which, with pension liabilities of US\$451 million added, resulted in a value of resources of NNUK of US\$2.7 billion at the valuation date, far in excess of the threshold for the IR test to be met. Mr. Berenblut noted that because NNUK was required to prepare its financial statements under US GAAP and carry assets on its balance sheet at the lower of cost or realizable value, it meant that the realizable values as verified by its auditors KPMG were at least as much as its book values.

[201] The UKPC in their written argument attack Mr. Berenblut's opinion regarding the June 30, 2008 book value analysis. Most of it is argument derived from snippets of accounting information without any expert valuation analysis. It appears to be a lawyer's analysis of accounting information without expert valuation evidence backing it. For example, an attack is made on a said lack of firm evidence that the NNUK auditors did an impairment analysis of the balance sheet as at June 30, 2008 in considering the goodwill figure on it. Mr. Berenblut's opinion, which I accept, is that the auditors of the NNUK December 31, 2007 financial statements had to be satisfied that there was no impairment of the assets in order to provide their audit opinion and that as their audit opinion was dated August 4, 2008 they had to be satisfied that nothing material had occurred since the end of 2007 that would affect the audited financial statements. The goodwill in question was acquired goodwill when NNUK acquired a business in late 2007, and it would be surprising that there would have been impairment in it in such a short time.

[202] I accept Mr. Berenblut's opinion that valuing the resources of a company by using net book value is an accepted valuation method and that the net book value of NNUK was US\$2.2 billion<sup>12</sup>.

[203] To test the reasonableness of this conclusion, Mr. Berenblut used a market approach based on the market capitalization of NNC and compared NNUK to NNC based on its percentage of operating profits to NNC's operating profits. The resulting value of resources for NNUK was US\$3.3 billion, which provided confirmation for him that the value of resources of NNUK of US\$2.7 billion based on net book value was a conservative estimate of NNUK's value of resources at the valuation date. He also did a comparison of NNUK to NNC based on its percentage of book value to NNC's book value. The resulting value of resources for NNUK was US\$3.1 billion. I accept Mr. Berenblut's opinion that his use of a comparison of operating profits and book values to the market capitalization of NNC is a valid valuation technique and accept his resulting value of resources of NNUK at US\$2.7 billion as being conservative.

[204] The UKPC is critical of Mr. Berenblut because he did not undertake the second and third stage of Regulation 9 and contends that this should have been done as there was no agreement by the Regulator to the valuation of NNUK's resources by using only the first or second stage of Regulation 9. Mr. Berenblut's response to this is that because the realizable values if NNUK as verified by its auditors can be no lower than the net book value calculated under stage one, there is no point in doing stages two or three as the IR test has failed, i.e. cannot be met, on the net book value alone. Both sides acknowledge that stage two makes no difference as no fair value adjustments have been requested to the accounts that set out the net book value for stage one. Mr. Berenblut's view was that since the entity value difference contemplated in stage three can

---

<sup>12</sup> The UKPC say that net book value can be less than market or fair value as witnessed by the price obtained by Nortel in liquidating its assets as against the net book value derived from its financial statements. That however is not a legitimate comparison. The issue in this case is the value of the resources of NNUK as at June 30, 2008 when the Nortel Group was a going concern, not the price achieved from 2009 to 2011 after the Nortel world-wide insolvency had occurred. Also, I accept Mr. Berenblut's opinion that price actually obtained in the market place is a different concept than value in a notional transaction as price can be affected by unequal ability or knowledge or financing. What happened from 2009 to 2011 is also impermissible hindsight information.

only be a positive adjustment to the amount resulting from the first two stages, there is no need to go to step three if the IR tests have already not been met in the first two stages.

[205] There is no evidence as to whether the Regulator would agree to stopping after stage one or two, i.e. what its views would be as to whether the IR test had failed by virtue of the adjusted book value of NNUK being more than 50% of the estimated section 75 debt<sup>13</sup>. Thus whether it can be said that Mr. Berenblut was required to undertake the third stage set out in Regulation 9 is unknown. In the end, I do not think it matters. Even if Mr. Berenblut's evidence of the net book value was not sufficient to satisfy Regulation 9, his evidence regarding the invalidity of Mr. Reynertson's approach in using a revenue based comparison to NNC, which I have accepted, and his evidence of the effect of a profit and net book value comparison with NNC, which I have also accepted, means that it has not been established that NNUK was insufficiently resourced at June 30, 2008.

[206] In the result, I find that the UKPC has failed to establish that the IR test has been met. Thus there would be no basis for an FSD to be issued against NNC or NNL.

### **The Funding Agreement and the Funding Guarantee**

[207] The 2005 triennial valuation for the UK Plan was finalized by the plan's auditor on April 4, 2006. It disclosed an ongoing deficit of £356 million (the "2005 Deficit"). Under the 2004 Act, NNUK and the Trustee were required to negotiate and agree to a recovery plan that set out the steps to restore the plan to full funding and the time period over which it was to be achieved.

[208] Eventually a Funding Agreement was made between NNUK and the Trustee dated November 21, 2006 that provided for the 2005 Deficit to be paid over seven years from 2005 to

---

<sup>13</sup> Mr. Ham stated in his report that in a contested case, it is virtually certain that one will get to the third stage. That is speculation on what the Regulator will do in any case. That is not a legal issue and I do not accept Mr. Ham's unsupported view of what the Regulator may in fact do.

2012. This seven year period was a compromise between a five year period proposed by the Trustee and a ten year period proposed by NNUK. As well, NNL signed a Funding Guarantee on the same date guaranteeing some of the obligations of NNUK under the Funding Agreement.

[209] The Funding Agreement is not an entirely easy document to read. It provided for NNUK to pay off the 2005 Deficit by April 5, 2012. Part of the complexity of the Funding Agreement was caused by the need for the statutorily required 2008 triennial valuation and how the deficit reduction payments were to be adjusted to reflect the deficit disclosed by the new valuation. In simple terms, payments to reduce the deficit in an agreed amount were to be made by NNUK to April 5 2008, and adjusted payments to reflect the deficit revealed by the 2008 valuation were to be made by NNUK from April 6, 2008 until April 6, 2012, so long as the deficit was measured “using actuarial methods and assumptions consistent with the actuarial methods and assumptions” used by the actuary in arriving at the 2005 Deficit. Any larger deficit caused by a “full” 2008 valuation not using those measurements was to be funded by NNUK in accordance with a recovery plan over a period of time to be negotiated.

[210] The reason for the two different 2008 valuations was that NNL agreed in the Funding Guarantee to guarantee certain of the payments required by the Funding Agreement but was only prepared to agree to pay that part of the deficit measured in the 2008 valuation using actuarial methods and assumptions consistent with the actuarial methods and assumptions used by the actuary in arriving at the 2005 Deficit. NNL was not prepared to guarantee any larger deficit disclosed by the 2008 valuation because in its mind to do so would have exposed it to an indeterminate liability for indeterminate reasons.

[211] The Funding Agreement also provided for current contributions to be made by NNUK, and there is no issue that these contributions were paid to the commencement of its administration in January 2009.

[212] The payments up to April 2008 to reduce the 2005 Deficit were paid as agreed. What is at issue in these proceedings are the obligations from April 2008 under clause 3.3 of the Funding Agreement, which provides that:

[NNUK] shall make further Past Service Deficit Contributions to the Scheme in the period between 6 April 2008 and 5 April 2012 on the following basis:

(a) Past Service Deficit Contributions in quarterly instalments equal to 1/16th (6.25%) of the value of the April 2008 Deficit shall be paid; and

(b) such Past Service Deficit Contributions will be paid to the Scheme by quarterly cash instalments in arrears, payable on 4 January, 4 April, 4 July and 4 October of each year, beginning from 4 July 2008 until the April 2008 Deficit is reduced to zero or until this Agreement otherwise terminates,...

[213] The 2008 Deficit is the deficit as at April 5, 2008 measured by the valuation “using actuarial methods and assumptions consistent with the actuarial methods and assumptions”.

[214] The relevant provisions of the Funding Guarantee are:

#### Section 1.1

“Guaranteed Obligations” means the payment obligations and liabilities of [NNUK] to the [Trustee] under or in connection with clauses ... 3.3 ... of the Funding Agreement ...”;

[215] Section 2.1 of the Funding Guarantee provides that the guarantee is triggered if (a) a “Trigger Event” occurs; and (b) a “Demand” is subsequently delivered; and

Section 1.1 defines “Trigger Event” as:

[NNUK] failing to pay any amount payable by it to the Beneficiary when contractually due pursuant to the terms of clauses ... 3.3 ... of the Funding Agreement within a period of 10 Business Days following receipt of a written notification from the Beneficiary that such payment is overdue.



[216] Before January 14, 2009, NNUK made every payment as it fell due under the Funding Agreement. Accordingly NNL did not incur any Funding Guarantee obligations with respect to that period.

[217] As a result of NNUK being under administration, the UK Plan was placed in an assessment period in accordance with chapter 3 of the 2004 Act. During the assessment period, the PPF is to determine whether the UK Plan has sufficient assets to provide the level of funding the PPF guarantees. The Board of the PPF has not yet made any decision and the assessment period has not yet terminated.

[218] The Monitor contends that as a result of the assessment period continuing, no amounts are payable by NNUK under the Funding Agreement because the 2004 Act prevents any payments of contributions during the assessment period and any payments actually made are void. Section 133 of the 2004 Act provides in part:

**133 Admission of new members, payment of contributions etc**

(3) Except in prescribed circumstances and subject to prescribed conditions, no further contributions (other than those due to be paid before the beginning of the assessment period) may be paid towards the scheme [i.e., the UK Plan] during the assessment period.

(4) Any obligation to pay contributions towards the scheme during the assessment period ... is to be read subject to subsection (3) and section 150 (obligation to pay contributions when assessment period ends).

(10) Any action taken in contravention of this section is void.

[219] The UKPC contends that the prohibition against making contributions during the assessment period provided for in section 133(3) of the 2004 Act should be construed as applying only to future current service contributions and not to contributions for past deficits. Mr. Ham said in his supplemental report of March 14, 2014 that he considered this position to be

“well arguable” on the basis that the purpose of section 133(3) was to prevent further liabilities accruing in a scheme during the assessment period so as to protect the PPF, although he agreed on cross-examination that no one to his knowledge has asserted this position to date. This argument was contrary to his evidence on his deposition in which he testified in effect that neither current service contributions nor past service contributions could be paid as a result of section 133(3). He said that both of those would be revived at the end of the assessment period. His view is that the obligation to make contributions revives at the end of the assessment period if the scheme emerges from the assessment period without the PPF assuming responsibility for it.

[220] The Monitor relies on a regulation made under the 2004 Act to support its interpretation of section 133(3), which exempts prescribed circumstances from the prohibition against making contributions. Regulation 14(a) made in 2005 provides an exemption for “contributions” payable to the scheme that relate to the employer’s liability for a section 75 wind-up debt:

14. During an assessment period in relation to an eligible scheme, the prescribed circumstances in which further contributions may be paid to the scheme by an employer in relation to the scheme are where those contributions relate to—

(a) all or any part of that employer’s liability for any debt due from him to the scheme under section 75 of the 1995 Act which has not yet been discharged;

[221] Pursuant to section 75 of the *Pensions Act 1995* (UK), upon a scheme’s employer suffering an insolvency event, a statutory debt is imposed on the employer in an amount equal to the scheme’s funding deficit calculated on a “buy-out” basis at that date, i.e. the amount that it would cost to go into the insurance market and purchase annuities to secure the members’ benefits. The scheme’s actuary must issue a certificate quantifying the estimated Section 75 debt. There is no dispute that NNUK’s entry into administration on January 14, 2009 qualified as an insolvency event triggering the imposition of a section 75 debt on NNUK measured as at that date. The UK Plan’s actuary, Mr. Mobbs, has still not issued his formal section 75 debt certificate.

[222] Mr. Ham agreed on his cross-examination that if section 133(3) prohibited only current service contributions and not contributions for past deficits, there would have been no need to specify a section 75 debt as an exception to section 133(3) and regulation 14(a) would be redundant. The UKPC acknowledges this redundancy, but says that regulations made contemporaneously with primary legislation cannot control the meaning of the legislation.

[223] The Monitor refers to a case of *PNPF Trust Co. Ltd. v. Taylor*, [2010] EWHC 1573, a decision of Mr. Justice Warren in which reference by Mr. Ham in argument in that case was made to a regulation under the 2004 Act as supporting his position. Justice Warren stated in para. 746 that the answer to the particular issue would depend not only on the language of the 2004 Act but also on the regulations, but he was careful to say in para. 751 that the regulations would not be determinative of the meaning of the statute although its effect was critical. I take it from all of this that under English law timely regulations reasonably contemporaneous with the legislation under which they are made can be looked at as guidance but cannot be determinative of the meaning of the legislation. I think it fair to say that regulation 14(a) is consistent with the interpretation of section 133(3) advanced by the Monitor.

[224] The UKPC also contend that section 137(2) of the 2004 Act assists in their interpretation of section 133. That section gives to the Board of the PPF the powers of the Trustee during an assessment period. It states:

During the assessment period, the rights and powers of the trustees...of the scheme in relation to any debt (including any contingent debt) due to them by the employer, whether by virtue of section 75 of the Pensions Act 1995 or otherwise, are exercisable by the Board...

[225] The UKPC contend that the words “or otherwise” can be explained if past service deficit contributions to be paid to a scheme remain payable notwithstanding section 133, i.e. if section 133(3) does not prevent their payment during an assessment period. I do not see why the words “or otherwise” necessarily would include past deficit amounts. It could include other payments

of the kind articulated by the Monitor such as missed payments for amounts owing before the assessment period. I accept Mr. Legge's view that the words "or otherwise" is a catch-all phrase<sup>14</sup>. The section was not aimed at defining what payments may continue to be paid during an assessment period but rather to give the trustee's powers to the PPF during the assessment period over any debt owed to the trustee.

[226] I was not referred to the principles of statutory construction in England, and I take it therefore that they are the same as in this country. Today in Canada there is only one principle or approach to statutory interpretation, namely, the words of a statute are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object of the statute and the intention of Parliament. See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[227] I take the plain language of section 133(3) and (4) to mean to mean in its ordinary sense that no contribution of any kind can be paid into the scheme during the assessment period. That includes both contributions for past deficits and for current funding obligations. Therefore NNUK has not been under any requirement to pay any contributions since it went into administration.

[228] The UKPC contend, however, that even if payments for past deficits may not be paid during the assessment period, NNUK remains liable to pay them and that NNL is in breach of its obligations under the Funding Guarantee.

[229] Section 133(3) says that no contributions may be paid during the assessment period. Mr. Ham said in his supplemental report that while a contribution payment made contrary to section 133(3) is void, the obligation to make that payment is not made void and that if the scheme emerges from an assessment period without the PPF assuming responsibility for it, the obligation

---

<sup>14</sup> The fact that Mr. Legge could not readily recall on cross-examination what other liabilities might be does to mean there could not be other liabilities. It is plain that there could be.

will revive pursuant to section 150 of the 2004 Act. In this I think Mr. Ham is wrong so far as contributions for past deficits are concerned.

[230] Apart from the fact that the odds of the PPF not assuming responsibility for the UK Plan are low indeed (the Monitor says it is clear that the PPF will assume responsibility for the plan taken the size of the deficit, said by the UK Plan actuary to be at least £2.12 billion), I do not read section 150 as saying the contribution payments not made during the assessment period will revive. Section 150(5) and (6) provide for the making of regulations dealing with benefits that could not accrue to members during the assessment period because of section 133(5) that prevented that accrual, and regulations dealing with contributions that would have been payable by an employer during the assessment period but for section 133.

[231] The only regulation made under section 150 dealing with this is regulation 20 of the Pension Protection Fund (Entry Rules) Regulations 2005 being regulation SI 2005/590. That regulation applies when an assessment period comes to an end by virtue of the PPF no longer being involved in a scheme and permits a member of the scheme with active service during the assessment period to afterwards have benefits accrue so long as the member pays the contributions for that member's period of active service during the prior assessment period. If the member pays those contributions, contributions shall also become payable to the scheme by the employer in respect of that period of the member's employment during the assessment period.

[232] Thus there is no provision in section 150 or the regulations for past deficit payment contributions reviving after the assessment period ends where the PPF does not assume responsibility for the scheme.

[233] Mr. Ham did not state what happens to the contribution payments not made if the UK Plan is taken over by the PPF other than to say that in his view the liability of NNUK to make the schedule of contributions is not extinguished by section 133.

[234] Mr. Legge in his report said that during the assessment period, the only liability of NNUK is its section 75 liability. In his evidence, he said that the effect of the section 75 debt is to replace the employer's schedule of contributions because if that were not the case, the employer would be paying twice over as the section 75 debt payments are effectively past service contributions not paid. He also testified that while the 2004 Act does not say that the schedule of contributions are over once there is a section 75 debt, or upon the scheme entering the PPF, it would be very peculiar if the two liabilities could coexist because both relate to funding the scheme and are in substance the same thing. Because the section 75 debt is calculated on a buyout basis, it is going to be more than the schedule of contributions.

[235] I understand the logic of the argument and it makes sense that two different obligations for the same amount could not be imposed on NNUK. However, the 2004 Act does not state that the contributions that cannot be paid during the assessment period cease to exist once the assessment period is over or are overtaken by the section 75 debt. Any payment by NNUK of the section 75 debt could be credited to the contributions required to be paid by NNUK, which Mr. Legge agreed was the practice, and presumably vice versa.

[236] I agree with the UKPC that section 133(3) does not say that the employer, in this case NNUK, is not under any liability to make the payments. Section 133(4) says that any obligation is subject to subsection (3), i.e. the obligation to pay cannot be called upon during the assessment period. It does not say that the obligation is extinguished. Nor does section 133(10) extinguish the liability. It merely says that any action, i.e. a payment contrary to subsection (3), is void.

[237] The Monitor relies on section 3.6(b) of the Funding Guarantee to say that it has no liability under the guarantee. That section provides:

### **3.6 No Double Recovery or Greater Recovery**

- (b) For the avoidance of doubt, nothing in this Agreement entitles the Beneficiary [the Trustee] to recover from the Guarantor [NNL] any amount which the Company [NNUK] is not liable to pay as part of, or for failing to perform, the Guaranteed Obligations and any limitations on the Company's liability under the Funding Agreement will equally apply to the Guarantor's liability under this Agreement.

[238] I do not see this section as assisting NNL. It is aimed, as the heading says, to the quantum of recovery, and states that nothing in the agreement entitles the Trustee to recover "any amount" which NNUK is not liable to pay under the Funding Agreement. NNUK remains liable for those payments to be made under the Funding Agreement guaranteed by NNL. It is just not free to make them during the assessment period while the Board of the PPF considers whether to assume responsibility for the UK Plan.

[239] The UKPC contends that an indemnity in clause 2.3 of the Funding Guarantee renders NNL liable for payment. That section states:

2.3 (a) In addition to its guarantee under Clause 2.1 (and subject at all times to Clauses 2.2 and 3.6), [NNL] indemnifies the Beneficiaries against any loss or liability properly suffered by the Beneficiaries if any of [NNL's] payment obligations under the guarantee contained in Clause 2.1 become unenforceable, invalid or illegal.

(b) The amount of the loss or liability under this indemnity will be equal to the amount the Beneficiaries would otherwise have been entitled to recover (including, but without limitation, pursuant to clause 9 had such guarantee obligations not become unenforceable, invalid or illegal (as the case may be).

(c) For the avoidance of doubt, nothing in this indemnity shall entitle the Beneficiaries to recover (i) any sum from [NNL] that relates to a Guaranteed Obligation that has ceased to exist or (ii) any amount which [NNUK] is not liable to pay as part of, or for failing to perform, the Guaranteed Obligations.

[240] Clause 2.3(a) provides that NNL indemnifies the Beneficiaries against loss suffered by the Beneficiaries if NNL's (not NNUK's) payment obligations under the guarantee become

unenforceable, invalid or illegal. “Beneficiaries” is not a defined term. “Beneficiary” is defined as Nortel Networks UK Plan Pension Trust Limited, i.e. the Trustee. NNL’s payment obligations under the guarantee are to pay amounts that are to be paid by NNUK under the Funding Agreement, under which NNUK agreed in clause 3.3 to make payments in cash to the Scheme, i.e. to the pension plan. Whether the cheque would be payable to the Scheme or to the Trustee would make no difference as the money is to go to the Scheme. If those payments were not made, the Trustee would suffer no loss.

[241] If NNL’s payment obligations under the guarantee become unenforceable, invalid or illegal, an indemnity by NNL requiring it to pay its unenforceable obligations makes no sense. I read the reference to “Beneficiaries” in clause 2.3(a) to be to the individual members of the Trustee and clause 2.3(a) to be protection for those individual members against their personal liability should they be liable for entering into the agreements with NNL if NNL becomes not liable under its guarantee because of any unenforceability, invalidity or illegality.

[242] In any event, it has not been argued that NNL’s payment obligations have become unenforceable, invalid or illegal. What is at issue is whether NNL has any payment obligation in the first place. Therefore even if the interpretation put forward by the UKPC and Mr. Ham were correct and that the indemnity was another obligation by NNL to make payments into the scheme, which is not an interpretation I share, the clause would have no application.

[243] In any event, I do not know what benefit the indemnity could have except perhaps to give the Trustee some right of set-off. If the obligation of NNL is unenforceable, it is unenforceable and would not give rise to a claim to enforce it.

[244] The Monitor contends that the question whether NNUK may be required in the future to pay contributions after the assessment period terminates is irrelevant because the assessment period, and thus the prohibition against NNUK paying further contributions to the UK Plan, did not end before the Funding Guarantee expired on June 30, 2012. The Funding Guarantee



provides that no demand may be made under it after the expiry date. Therefore the Monitor contends that NNL has no liability under the Funding Guarantee.

[245] In order for NNL to be liable under the Funding Guarantee, a Trigger Event must have occurred. Clause 1.1 defines “Trigger Event” as:

[NNUK] failing to pay any amount payable by it to the Beneficiary when contractually due pursuant to the terms of clauses ... 3.3 ... of the Funding Agreement within a period of 10 Business Days following receipt of a written notification from the Beneficiary that such payment is overdue.

[246] There would be no issue of NNL being liable but for the assessment period and the prohibition under section 133(3) of the 2004 Act from paying contributions. In one sense, it can be said that these contributions are not “payable...when contractually due” because section 133(3) has prohibited their payment. The question is whether that was the intent of the guarantee. I think that other provisions of the guarantee, namely clause 2.6(g), indicate a different intent and that if the amounts were not payable because of the insolvency of NNUK, the guarantee was enforceable.

[247] It is clear that the Funding Agreement and the Funding Guarantee were negotiated in 2006 against the backdrop of the 2004 Act. It is referenced throughout the Funding Agreement. A potential insolvency of NNUK and the effect of an assessment period on NNUK’s obligations would have been something known to the advisors of both sides. Mr. Poos of Nortel was aware that insolvency was one of the factors that could have caused the discontinuance of funding under the Funding Agreement.

[248] Clause 2.6(g) of the Funding Guarantee is at the end of a long list of a Waiver of Defences clause which contains the usual provisions that would prevent a change in the underlying obligation of the debtor from releasing the guarantor, such as an extension of time granted to the debtor, etc. Clause 2.6 provides in part:

## 2.6 Waiver of defences

Subject to Clauses 2.2 and 3.6, the obligations of the Guarantor under this Clause will not be affected by any act, omission or thing which, but for this provision, would reduce, release or prejudice any of its obligations under this Clause. This includes:

(g) any unenforceability, illegality, invalidity or non-provability of any Guaranteed Obligation due in any such case to the insolvency, bankruptcy, reorganisation, or liquidation of the Company.

[249] The entering into administration by NNUK was an insolvency event under the 2004 Act. It is section 133 of the 2004 Act that has prevented NNUK from making the contributions called for in the Funding Agreement. By virtue of clause 2.6 of the Funding Guarantee, the obligations of NNL are not to be affected by the unenforceability of a guaranteed obligation of NNUK due to the insolvency of NNUK. That would include the unenforceability of the obligation to make contributions to the Trustee under the Funding Agreement caused by section 133(3) of the 2004 Act. If the parties had wanted to exclude that section from the clause they could have done so. Without any carve out of the effect of section 133(3) of the 2004 Act, the language of clause 2.6 must be taken to include the effects of that section and prevent those effects from reducing, releasing or prejudicing the obligations of NNL under the Funding Guarantee.

[250] I conclude therefore that NNL has a liability under the Funding Guarantee.

## Quantum of Funding Guarantee

[251] If there is liability under the Funding Guarantee, the parties differ markedly as to what that amount is. It arises from different actuarial views of what is to be done to calculate the April 2008 deficit measured “using actuarial methods and assumptions consistent with the actuarial methods and assumptions” used by the UK Plan actuary to calculate the deficit in 2005.

[252] The UK Plan actuary in 2005 was Mr. Daniel Harrison of Watson Wyatt Limited. He retired and was replaced by Mr. Neil Mobbs of the same firm. Neither gave evidence at the trial. Mr. Ronald Bowie of Hymans Robertson LLP was called as an expert actuary witness by the UKPC and Mr. Mark Stocker of Buck Consultants Limited was called as an expert actuary witness by the Monitor. Both Mr. Bowie and Mr. Stocker are highly qualified and experienced actuaries.

[253] In the UK a triennial valuation of a pension scheme is required by statute to be done by the scheme's actuary and certified. That was done as at April 5, 2005 and it disclosed a deficit of £356 million. The Funding Agreement provided that the 2005 Deficit was to be paid off by NNUK in seven years by April 5, 2012. When the Funding Agreement was agreed in 2006, it was known that the next triennial valuation would have to be done as at April 5, 2008 and that the 2005 Deficit would need to be adjusted to reflect the 2008 valuation of the plan's deficit

[254] NNL agreed in the Funding Guarantee to guarantee that NNUK would pay off the 2005 Deficit of £356 million over seven years and recognized that while that deficit figure would change in the 2008 valuation, it was not prepared to guarantee the entire amount that would be disclosed by the statutory valuation in 2008 but only something representing some adjustment of the 2005 deficit.

[255] The Funding Agreement therefore provided for two valuations to be carried out in 2008. The one valuation was to be a full or "deep dive" valuation provided for in clause 8.2 of the Funding Agreement and to be certified by the UK Plan actuary as provided for in the 2004 Act. Under clause 8.2 of the Funding Agreement, it was to be carried out using actuarial methods and assumptions to be agreed between NNUK and the Trustee. It was not guaranteed by NNL.

[256] The other valuation was the April 2008 Deficit, which is the valuation in dispute, and which was guaranteed by NNL in the Funding Guarantee. It was provided for in clause 3.3 of the Funding Agreement. The April 2008 Deficit was to be calculated on a different basis from the

valuation under clause 8.2. The April 2008 Deficit was defined as the Current Deficit which was defined as:

the Deficit [£356 million], as reduced by all contributions, other than Current Service Contributions made to the Scheme after 6 April 2005...measured as at the next Valuation using actuarial methods and assumptions consistent with the actuarial methods and assumptions used by the Actuary to calculate the Deficit.

[257] That is, this deficit was to be measured using actuarial methods and assumptions consistent with the actuarial methods and assumptions used by Mr. Harrison in calculating the deficit of £356 million as at April 5, 2005.

[258] The meetings between NNUK and the Trustee to agree on the actuarial methods and assumptions for the full or clause 8.2 valuation began in late November 2008 but were not concluded by the time that NNUK went into administration on January 15, 2009. Therefore there was never a completed clause 8.2 valuation.

[259] Mr. Mobbs, however, had prepared three different valuations of the Current Deficit required by clause 3.3, being deficits of £479 million, £545 million and £619 million. The UKPC claim that the correct deficit is the £545 million figure which when reduced by contributions made by NNUK after April 5, 2008 comes to £491.75 million.

[260] The Monitor claims that the correct deficit is £390 million which when reduced by contributions made by NNUK after April 5, 2008 comes to £339.75 million.

[261] The dispute is really a dispute as to the meaning of the agreement and a dispute amongst actuaries as to what using actuarial methods and assumptions consistent with the actuarial methods and assumptions used by Mr. Harrison in 2005 means. It is a technical subject to be sure and one on which any judge would want to tread carefully. Both experts had many good points to make, supported by graphs, charts and technical terms, and the cross-examinations were little

different. Mr. Bowie in his report said that the deficit in question to be measured is subject to conjecture due to being “ill defined” in the Funding Agreement. I think that to be a fair comment.

[262] Mr. Bowie’s evidence was that Mr. Mobbs calculations in 2008 were consistent with the methods and assumptions used by Mr. Morrison in 2005. Mr. Stocker testified that they were not. In the end, and with no disrespect to Mr. Bowie, I prefer the view of Mr. Stocker that supports the figure contended for by the Monitor. His conclusion was consistent with the conclusion of Mercers, an actuary firm retained to advise NNUK on the issue.

[263] The UKPC contend that it was the UK Plan actuary who was responsible for “drawing up” the revaluation in 2008. I do not think this is correct. The UK Plan actuary was responsible under the Funding Agreement for doing and certifying the clause 8.2 valuation as required by the 2004 Act. But the Funding Agreement did not say that anyone in particular was to calculate the valuation required by the definition of Current Deficit that is now in dispute. That definition simply said that the revised deficit was to be measured by the same actuarial methods and assumptions consistent with the actuarial methods and assumptions used by Mr. Harrison in 2005.

[264] Thus I do not think it can be said that there is any onus to displace what Mr. Mobbs, the UK Plan actuary in 2008, did in arriving at his three different valuations.

[265] The two key assumptions affecting the calculation of a deficit are (i) financial assumptions and (ii) mortality assumptions. The financial assumptions made by Mr. Mobbs in 2008 have not been challenged by the Monitor. Mr. Stocker was asked by the Monitor to consider whether the mortality assumptions used by Mr. Mobbs in 2008 were consistent with the mortality assumptions used by Mr. Morrison in 2005. Mr. Stocker’s view was that mortality assumptions used by Mr. Mobbs were not consistent with the 2005 mortality assumptions.

[266] This is explained in some detail in his report and it is not necessary to describe all of that detail. In essence, Mr. Stocker said that while the financial assumptions should and were updated by Mr. Mobbs, the mortality assumptions should not have been changed.

[267] He stated that there are four main factors that were commonly used in 2008 when setting a mortality assumption: (i) the underlying standard mortality table; (ii) the allowance for mortality improvements up to the valuation date (including any underpin to the assumed rate of annual improvement); (iii) the age rating to apply to the standard mortality table; and (iv) the allowance for future mortality improvements after the valuation date (including any underpin to the assumed rate of annual improvement).

[268] Mr. Stocker was critical of Mr. Mobbs in that while he used the same baseline actuarial table used in 2005, his assumptions for 2008 did not simply project forward the baseline from 2005 to 2008, but rather Mr. Mobbs derived a new baseline table from analysis of the UK Plan's experience up to 2008. The disparity of the different values arrived at by Mr. Mobbs in 2008 was caused by different assumptions used by Mr. Mobbs for future mortality improvements.

[269] Mr. Stocker's opinion is that many UK pension plans ask their actuary to calculate the plan's updated funding position on an actuarial basis that is consistent with the previous valuation basis. He stated that in doing so, he would update the financial assumptions such as interest rates and inflation from the previous valuation but he would use exactly the same demographic assumptions such as mortality assumptions. The reason for updating the financial assumptions is that the calculation of the plan's liabilities would need to be assessed against the current market value of the plan's assets, and so there is a need to maintain comparability between these two figures. The market value of the assets will be affected by expectations of price inflation and government bond yields, and these indicators also affect the financial assumptions used for the liability calculation.

[270] Mr. Stocker's evidence in his report and on cross-examination was that it would be appropriate for the plan actuary to take into account any new developments and the plan's recent experience when doing a full valuation as required by the 2004 Act and clause 8.2 of the Funding Agreement. His view was that it would not have been typical actuarial practice to take them into account when setting a mortality assumption consistent with the 2005 valuation as required by clause 3.3 of the Funding Agreement.

[271] His evidence was that a mortality assumption consistent with the 2005 valuation would have used the 2005 baseline mortality table, using the same standard table but bringing the medium cohort (a technical term) improvement projections up to 2008. This was the approach recommended by Mercers, the NNUK actuary, who estimated the resulting deficit at £390 million. Mr. Stocker agreed with that figure.

[272] Mr. Bowie in his report and evidence said that Mr. Stocker had ignored the updated plan's experience from 2005 to 2008 and that it would be unusual for an actuary to adopt an assumption that he or she knew to be materially inconsistent with empirical evidence. He said that what Mr. Stocker did in choosing a mortality assumption in 2008 which disregarded the information available in 2008 could not be considered consistent with the principle of incorporating the plan membership experience established in 2005.

[273] There is an important document that assists in the interpretation of the meaning of the definition of Current Deficit and the phrase "consistent with the actuarial methods and assumptions used by" the plan's auditor in 2005. That document was an interim annual review of the UK Plan done by Watson Wyatt as at April 5, 2006. The review stated that it was an "Ongoing assessment following a consistent methodology as adopted at the previous formal investigation". That assessment updated the financial assumptions and kept the non-financial assumptions unchanged.

[274] This annual review is dated June 23, 2006. It was no doubt provided to NNUK. It is a few months before the Funding Agreement of November 21, 2006 was made. I see it as a critical part of the factual matrix. It is not, as contended by the UKPC, a subjective understanding of the November 21, 2006 Funding Agreement. It is evidence of what the parties were aware of when the Funding Agreement was made. While an annual review did not normally involve an update of mortality assumptions due to the prohibitive cost, that does not detract from the fact that the parties were told by the plan actuary that a review that did not change the mortality assumptions was consistent with the 2005 valuation. I agree with the Monitor that this informs the parties understanding of what was meant by “consistent actuarial assumptions” as found in the Funding Agreement.

[275] Regarding this annual review, Mr. Bowie said that it was not appropriate to look at it because the legislation makes no reference to any need for these annual update calculations to be made on a consistent methodology and assumptions as the previous valuation. That may be, but the fact of the matter is that this 2006 annual review stated expressly that it was an assessment following a consistent methodology as adopted at the previous formal investigation.

[276] Mr. Bowie was of the view that what Mr. Mobbs did in 2008 with his revisions to the mortality assumptions were well within actuarial practice at the time and in line with that typically adopted for funding valuations. He referred to a chart that he had prepared which showed the mortality assumptions for the valuations prepared by Mr. Mobbs and by Mr. Stoker as compared to the life expectancy assumptions of 30 of the largest UK pension plans. He stated that Mr. Stoker’s view of a consistent mortality assumption was materially out with the range used by the other plans participating in the 2008 survey. However, the valuations by the other large UK pension plans were done for normal or full valuations, not for a valuation within the dictates of clause 3.3 of the Funding Agreement.

[277] There is some evidence that Mr. Mobbs was not just doing a valuation of the Current Deficit as required by clause 3.3 by attempting to determine what assumptions were consistent



with the 2005 valuation, but rather was taking a cue from the Trustee to help in negotiations with NNUK. A minute of the working party of the trustees dealing with actuarial issues and Mr. Mobbs dated July 24, 2008 to discuss the work of Mr. Mobbs stated that the assumptions to be used by him had been “agreed for use” at an earlier meeting held on May 20, 2008. The result of the use of those assumptions resulted in a deficit of £479 billion. The minute stated that Mr. Davies, the chairman of the Trustee, would set up a meeting with NNUK on August 11 or 14, 2008 to discuss the results of the work of Mr. Mobbs.

[278] Mr. Davies unfortunately was somewhat less than forthcoming about this minute, querying what was meant by the phrase “agreed for use”. However, a further note of Mr. Mobbs dated August 5, 2008 stated again that the approach to calculating the Current Deficit was put forward by Mr. Mobbs and agreed by the Trustee at its meeting on May 20, 2008. The minute of July 24 went on and stated that the working party discussed the assumptions and which ones could be challenged by NNUK and stated that the valuation basis should be acceptable, i.e. the basis for the valuation of the deficit at £479 billion should be acceptable to NNUK. Mr. Davies however asserted that the valuation was only an interim valuation and that one could not draw from the minutes that the assumptions were what the Trustee thought was fair and would be put to NNUK.

[279] The note of Mr. Mobbs of August 5, 2008 stated that it had been prepared by the Actuary and agreed by the Trustee and that it was intended to be provided to NNUK “to facilitate agreement over the application of clause 3.3 of the Funding Agreement”. It went on to contain three different valuations of the Current Deficit, being £479 billion, £545 billion and £619 billion. I can only conclude from this evidence that the Trustee and Mr. Mobbs thought that the £479 billion was the right calculation and that the other two figures were put forward for negotiating purposes and did not represent what even Mr. Mobbs thought was required by clause 3.3 of the Funding Agreement.

[280] All of this leaves a question as to what Mr. Mobbs was about. Why in these circumstances the UKPC say that the correct figure is the middle figure calculated by Mr. Mobbs of £545 billion is quite unclear.

[281] In the end, I find that the adjusted 2005 Deficit, referred to in the Funding Agreement as the 2008 Current Deficit and to be calculated in accordance with the definition of Current Deficit, is £390 million which when reduced by contributions made by NNUK after April 5, 2008 comes to £339.75 million.

### **Claim on the Swift Guarantee**

#### **(a) English principles of construction of an agreement**

[282] The Swift Guarantee is governed by English law. The UKPC say that properly interpreted, NNL is liable under the guarantee.

[283] This involves understanding English law in so far as it governs the interpretation of contracts. I will review it briefly, but can say that the law is remarkably close to Canadian common law save for a debate in English law, as yet unsettled, as to whether a mistake in an agreement can be corrected by way of interpreting the agreement rather than in an action for rectification.

[284] In its recent decision in *Marley v. Rawlings*, [2014] UKSC 2, at para. 19 the President of the UK Supreme Court, Lord Neuberger, summarized the current state of UK law regarding contractual interpretation as follows:

19. When interpreting a contract, the court is concerned to find the intention of the party or parties, and it does this by identifying the meaning of the relevant

words, (a) in light of (i) the natural and ordinary meaning of those words, (ii) the overall purpose of the document, (iii) any other provisions of the document, (iv) facts known or assumed by the parties at the time that the document was executed, and (v) common sense, but (b) ignoring subjective evidence of any parties intentions.

[285] In *Rainy Sky SA v. Kookmin Bank*, [2011] 1 W.L.R. 2900 Lord Clarke stated that the exercise of construction was a unitary exercise in which the court must consider the language used and what a knowledgeable reasonable person would have understood the parties to have meant, and if there were two possible constructions, the one consistent with business common sense could be preferred. If the language was unambiguous, the court could not rewrite it to conform to business common sense. He stated:

21. The language used by the parties will often have more than one potential meaning. I would accept the submission made on behalf of the appellants that the exercise of construction is essentially one unitary exercise in which the court must consider the language used and ascertain what a reasonable person, that is a person who has all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract, would have understood the parties to have meant. In doing so, the court must have regard to all the relevant surrounding circumstances. If there are two possible constructions, the court is entitled to prefer the construction which is consistent with business common sense and to reject the other.

23. Where the parties have used unambiguous language, the court must apply it. This can be seen from the decision of the Court of Appeal in *Co-operative Wholesale Society Ltd v. National Westminster Bank plc* [1995] 1 EGLR 97. The court was considering the true construction of rent review clauses in a number of different cases. The underlying result which the landlords sought in each case was the same. The court regarded it as a most improbable commercial result. Where the result, though improbable, flowed from the unambiguous language of the clause, the landlords succeeded, whereas where it did not, they failed. The court held that ordinary principles of construction applied to rent review clauses and applied the principles in *The Antaios (Antaios Compania Naviera SA v Salen Rederierna AB)* [1985] AC 191. After quoting the passage from the speech of Lord Diplock cited above, Hoffmann LJ said, at p 98:

"This robust declaration does not, however, mean that one can rewrite the language which the parties have used in order to make the contract conform to business common sense. But language is a very flexible instrument and, if it is capable of more than one construction, one chooses that which seems most likely to give effect to the commercial purpose of the agreement."

[286] As to the background of the contract, or the factual matrix, English law excludes evidence of negotiations and declarations of subjective intent. In *ICS v. West Bromwich*, [1988] 1 WLR 896 Lord Hoffman stated:

(1) Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.

(2) The background was famously referred to by Lord Wilberforce as the "matrix of fact," but this phrase is, if anything, an understated description of what the background may include. Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties and to the exception to be mentioned next, it includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man.

(3) The law excludes from the admissible background the previous negotiations of the parties and their declarations of subjective intent. They are admissible only in an action for rectification. ...

[287] In *Charterbrook Limited v. Persimmon Homes Ltd*, [2009] 1 AC 1101, it was argued that the law should be changed to permit evidence of pre-contractual negotiations. Lord Hoffman reviewed in some detail the principles of construction and concluded that the rule excluding pre-contractual negotiations should not be departed from. He stated:

41. The conclusion I would reach is that there is no clearly established case for departing from the exclusionary rule. The rule may well mean, as Lord Nicholls has argued, that parties are sometimes held bound by a contract in terms which, upon a full investigation of the course of negotiations, a reasonable observer

would not have taken them to have intended. But a system which sometimes allows this to happen may be justified in the more general interest of economy and predictability in obtaining advice and adjudicating disputes. It is, after all, usually possible to avoid surprises by carefully reading the documents before signing them and there are the safety nets of rectification and estoppel by convention...

41. The rule excludes evidence of what was said or done during the course of negotiating the agreement for the purpose of drawing inferences about what the contract meant. It does not exclude the use of such evidence for other purposes: for example, to establish that a fact which may be relevant as background was known to the parties, or to support a claim for rectification or estoppel. These are not exceptions to the rule. They operate outside it.

[288] There were other statements made by Lord Hoffman in *Charterbrook* which have given rise to the debate as to whether a mistake can be corrected in English law by construing the agreement without a rectification action. The comments were *obiter* as rectification was ordered. What Lord Hoffman said was:

22. In *East v Pantiles (Plant Hire) Ltd* (1981) 263 EG 61 Brightman J stated the conditions for what he called "correction of mistakes by construction":

"Two conditions must be satisfied: first, there must be a clear mistake on the face of the instrument; secondly, it must be clear what correction ought to be made in order to cure the mistake. If those conditions are satisfied, then the correction is made as a matter of construction."

23. Subject to two qualifications, both of which are explained by Carnwath LJ in his admirable judgment in *KPMG LLP v Network Rail Infrastructure Ltd* [2007] Bus LR 1336, I would accept this statement, which is in my opinion no more than an expression of the common sense view that we do not readily accept that people have made mistakes in formal documents. The first qualification is that "correction of mistakes by construction" is not a separate branch of the law, a summary version of an action for rectification. As Carnwath LJ said (at p. 1351, para 50):

"Both in the judgment, and in the arguments before us, there was a tendency to deal separately with correction of mistakes and

construing the paragraph 'as it stands', as though they were distinct exercises. In my view, they are simply aspects of the single task of interpreting the agreement in its context, in order to get as close as possible to the meaning which the parties intended."

24. The second qualification concerns the words "on the face of the instrument". I agree with Carnwath LJ (at pp 1350-1351) that in deciding whether there is a clear mistake, the court is not confined to reading the document without regard to its background or context. As the exercise is part of the single task of interpretation, the background and context must always be taken into consideration.
25. What is clear from these cases is that there is not, so to speak, a limit to the amount of red ink or verbal rearrangement or correction which the court is allowed. All that is required is that it should be clear that something has gone wrong with the language and that it should be clear what a reasonable person would have understood the parties to have meant. In my opinion, both of these requirements are satisfied.

[289] In *Marley v. Rawlings*, *supra*, another rectification case, Lord Neuberger took up the debate as to whether it was possible to correct a mistake by construction of the document. He said it was not necessary to decide "this difficult point", as follows:

36. This contention raises a point of some potential importance and difficulty. In *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, 912H-913E, Lord Hoffmann set out the principles which the court should apply when interpreting documents in five propositions. Most of the content of that passage is unexceptionable, although, in one or two places, the language in which the propositions are expressed may be a little extravagant; thus, the words "absolutely anything" in his second proposition required some qualification from Lord Hoffmann in *Bank of Credit and Commerce*, para 39.
37. However, the second sentence of Lord Hoffmann's fifth proposition in *Investors Compensation* is controversial. That sentence reads, so far as relevant, "...if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had".
38. Lord Hoffmann took that approach a little further in *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] 1 AC 1101, paras 21-25. Having observed that the exercise of

interpretation involves "decid[ing] what a reasonable person would have understood the parties to have meant by using the language which they did" and referring to the "correction of mistakes by construction", he said this:

"[T]here is not, so to speak, a limit to the amount of red ink or verbal rearrangement or correction which the court is allowed. All that is required is that it should be clear that something has gone wrong with the language and that it should be clear what a reasonable person would have understood the parties to have meant."

39. In a forcefully expressed article, *"Construction" and Rectification after Chartbrook* [2010] CLJ 253, Sir Richard Buxton has suggested that Lord Hoffmann's approach to interpretation in these two cases is inconsistent with previously established principles. Lewison on *The Interpretation of Contracts* (fifth ed (2011), para 9.03, footnote 67, in an illuminating chapter dealing with mistakes) suggests that Sir Richard has made out "a powerful case for the conclusion that the difference between construction and rectification has reduced almost to vanishing point", if Lord Hoffmann's analysis is correct.
40. At first sight, it might seem to be a rather dry question whether a particular approach is one of interpretation or rectification. However, it is by no means simply an academic issue of categorisation. If it is a question of interpretation, then the document in question has, and has always had, the meaning and effect as determined by the court, and that is the end of the matter. On the other hand, if it is a question of rectification, then the document, as rectified, has a different meaning from that which it appears to have on its face, and the court would have jurisdiction to refuse rectification or to grant it on terms (eg if there had been delay, change of position, or third party reliance). This point is made good in relation to wills by the provisions of section 20(2) and (3).
41. In my judgment, unless it is necessary to decide this difficult point, we should not do so on this appeal. Interpretation was not the basis upon which the courts below decided this case and it was not the ground upon which Mr Ham primarily relied. Furthermore, and no doubt because of those points, only limited argument was directed to the issue of whether the issue was one of interpretation or of rectification. For the reasons developed below, I consider that this appeal succeeds on the ground of rectification, so I shall proceed on the basis that it fails on interpretation.

[290] Before leaving this analysis of English law, it should be noted that Lord Hoffman in *Charterbrook* emphasized that English courts do not easily conclude that a mistake was made in an agreement. He stated:

14. It is agreed that the question is what a reasonable person having all the background knowledge which would have been available to the parties would have understood them to be using the language in the contract to mean. The House emphasised that “we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents” ... but said that in some cases the context and background drove a court to the conclusion that “something must have gone wrong with the language”. In such a case, the law did not require a court to attribute to the parties an intention which a reasonable person would not have understood them to have had.

15. It clearly requires a strong case to persuade the court that something must have gone wrong with the language and the judge and the majority of the Court of Appeal did not think that such a case had been made out...

**(b) Analysis**

[291] With these principles in mind, I turn to the construction to be given to the Swift Guarantee. No claim in rectification has been made by the UKPC.

[292] The Swift Guarantee by NNL arose because the Trustee of the UK Plan was concerned that if NNL failed sometime after the Project Swift transaction, the consideration received by NNUK, being the subsidiaries transferred to it, would probably not be worth the amount that the loan from NNUK to NNL was being reduced by the Project Swift transaction. Ultimately a guarantee in the amount of USD\$150 million was signed by NNL in favour of the Trustee.

[293] The language of the Swift Guarantee is important. The obligation of NNL is to arise upon or after the date of the occurrence of an “insolvency event”, defined to be:

**Insolvency Event** means,



- (a) a court making a winding up order or an order for the dissolution or liquidation of [NNUK];
- (b) [NNUK] being dissolved by virtue of or pursuant to any statutory provision or otherwise; or
- (c) [NNUK] passing a resolution for its winding up

following and as a consequence of which the Scheme commences winding up without, for the avoidance of doubt, another body corporate whether before, in contemplation of or after the occurrence of such an event entering into an agreement with the [Trustee] and [NNUK] or its liquidator to perform the obligations of [NNUK] under the Scheme.

[294] The Monitor contends that none of these conditions have been met. It says that NNUK has entered into administration which is not covered by (a) as a court order for winding-up or dissolution or liquidation of NNUK is different from voluntary administration. Nor has the Scheme commenced winding-up following and as a consequence of any of (a), (b) or (c).

[295] The UKPC contend that the clear commercial purpose of the Swift Guarantee was to protect the UK Plan in the event that NNUK entered an insolvency process because the Trustee had been warned by its advisors that the UK Plan would be worse off in such a scenario after the Project Swift transaction than it had been before the transaction. The UKPC rely on a statement of Mr. Ham, their expert on English law, that as a matter of English insolvency law and practice, it is much more common for insolvent companies to go into administration first rather than to go directly into liquidation.<sup>15</sup> Accepting that and taking it as part of the factual matrix that would be known to the parties or their legal advisors, it is still necessary to construe the Swift Guarantee to discern what was intended by it.

---

<sup>15</sup> I disregard the statements (really argument) of Mr. Ham as to what an English court would likely do in construing the Swift Guarantee, for the same reasons expressed in these reasons in the FSD claim.

[296] The UKPC contend as an alternative to their primary argument that the words “or administration” should simply be read into paragraph (a) of the definition of “Insolvency Event” so that it reads as follows, with the consequence that an administration of NNUK would trigger an “Insolvency Event”:

"(a) a court making a winding up order or an order for the dissolution or liquidation or administration of [NNUK];

....

following and as a consequence of which the Scheme commences winding up..."

[297] It is said that this addition of the word administration into the definition can be by way of implication or as a correction of an obvious error given the unitary nature of the exercise of construction under English law. I see no basis to imply that the word “administration” should be added to the clause. I was provided with no English law as to the test to imply a term in an agreement and assume the test is the same as that in our common law. The evidence does not permit it to be said that “it goes without saying” that the word should be added or that the addition of the word is necessary to give business efficacy to the guarantee. Nor do I see the evidence as revealing that something clearly has gone wrong with the language used, even assuming as a matter of English law that a mistake can be rectified by construction rather than by rectification.

[298] The UKPC rely on an internal e-mail sent by Mr. Simon Freemantle, an employee of NNUK, to a number of Nortel personnel on December 17, 2007, including Mr. Michael McCorkle, the interim treasurer of NNL. Mr. Freemantle was negotiating the Swift Guarantee with Mr. Davies, the then Chair of the Trustee. In his e-mail, Mr. Freemantle stated:

Good news this morning. The Trustee Chair called and after a brief discussion we have agreed on a \$150m NNL guarantee which kicks in upon NNUK Administration – actual wording now to be agreed between the lawyers but David and I have agreed in principle.

[299] Three days earlier, Mr. Freemantle had reported internally that the matter in dispute was that the Trustee had wanted the guarantee to be for \$600 million and he had told Mr. Davies in a difficult call that he could not agree to any more than \$150 million.

[300] Mr. Davies said in his evidence that the dispute three days earlier was between the Trustee wanting a guarantee for \$600 million and Mr. Freemantle saying that the guarantee should be limited to \$100 million. He said he was authorized to agree to \$150 million if Mr. Freemantle would agree to that figure. He recalled the conversation with Mr. Freemantle three days later on December 17, 2007 referred to in the e-mail. He testified that it wasn't a particularly long call, that he wasn't sure who made the first move as it involved negotiations and that they agreed at \$150 million. He said that they did not discuss any particular type of insolvency proceedings and that at all stages they just talked generally about insolvency.

[301] It is highly questionable whether the e-mail or Mr. Davies' evidence is admissible under English law. It is evidence of negotiations that preceded the written guarantee. Even if the evidence is admissible, it does not seem to make things clear. Mr. Freemantle used the word "Administration". Mr. Davies says that they just talked generally about insolvency. In light of the fact that the call was to discuss the different positions on the size of the guarantee, it is unlikely that they got into a discussion of what insolvency events were to be covered in the guarantee.

[302] Moreover, Mr. Freemantle's e-mail stated that the actual wording was to be agreed between the lawyers. That suggests that there was no discussion with Mr. Davies about what the wording was to be. Also, the wording of the guarantee was then negotiated between the lawyers after the negotiations between Mr. Freemantle and Mr. Davies.

[303] The Monitor relies on an internal Nortel e-mail between Nortel lawyers regarding the form of the Swift Guarantee after it had been settled between the lawyers acting for the Trustee and NNUK. The e-mail stated:

Bill, you will see the final language when we send the draft of the guarantee through, but in the meantime, and hopefully to provide some reassurance for Gordon, the definition of an insolvency event in the guarantee is limited. The trigger event is the liquidation or dissolution of NNUK. The liquidation of NNUK may be compulsory by way of court order (following petition from NNUK creditors) or voluntary by way of resolution of NNUK's shareholders i.e. NNL. As drafted and agreed, the guarantee does not include more protective forms of insolvency such as voluntary arrangements, receiverships or administrations.

The draft has been agreed in principle by the lawyers, Pinsents are now awaiting authorisation from the Trustees to confirm their agreement.

[304] This e-mail contains evidence of the subjective intention of Nortel lawyers, to whom it was left to draft the guarantee, and in my view it is not admissible as evidence of what the Swift Guarantee should be taken to mean. It is, however, admissible in so far as the argument of UKPC is concerned that something clearly went wrong with the drafting of the guarantee. If this were a rectification case, the evidence would be admissible in an attempt to establish the intention of one side of the agreement. UKPC say that the English way to interpret the guarantee is an approach that permits the guarantee to be rectified by way of interpretation as discussed by Lord Hoffman in *Charterhouse*. The evidence was that the drafting of the guarantee was to be left to the lawyers, and this e-mail is considerable evidence that from the point of view of NNUK that if the interpretation of the guarantee contended for by the Monitor is correct, there was no error in the drafting.

[305] There is other evidence that the drafting was not in error if it has the meaning that the Monitor contends it has. Mr. Michael McCorkle, the interim treasurer of NNL, was involved in the Swift Guarantee process and was responsible for ensuring that the guarantee was acceptable to Nortel's treasury department. Mr. Freemantle who was negotiating the guarantee with the Trustee reported to him. Mr. McCorkle's evidence was that the thing he had in mind regarding the negotiations was that the guarantee would not alarm rating agencies or cause problems with Nortel's existing financiers and future access to capital markets. He said that he was only willing

to recommend a guarantee upon an ultimate wind-up or bankruptcy of NNUK, and not something potentially less terminal, such as administration proceedings.

[306] Mr. David Davies, the chairman of the Trustee at the time, reviewed the final wording of the guarantee. He testified that he must have been satisfied that it was not mistaken and that it reflected the intention of the transaction.

[307] I would not add the words “or administration” to paragraph (a) of the definition of Insolvency Event on the basis that something went wrong with the drafting. The evidence does not support such a conclusion.

[308] The UKPC’s primary argument is that the correct approach to the construction of the definition of insolvency event is that the order made by the English court placing NNUK into administration is “an order for the liquidation” of NNUK because as a result of the administration order NNUK’s business has been liquidated.

[309] Paragraph (a) in the definition of insolvency event includes both a winding up order and an order for liquidation. UKPC says that when referring to liquidation in the legal sense, one refers to a winding up order rather than an “order for liquidation”. Therefore the UKPC contends that the words “order for liquidation” must mean something different from or at the very least are broader than the words “a winding up order”. While I do not think either expert on English law said that expressly, it would seem to make sense as an order for winding up a company is an order to liquidate. So the reference in the paragraph to an order for liquidation might well encompass an order other than a winding up order. An example perhaps of an order for liquidation could be in a receivership after a receiver had been appointed in which a court authorized the receiver to liquidate the assets.

[310] The question in this case is whether it can be said that an order appointing an administrator was “an order for liquidation”. When NNUK went into administration at the same

time that the CCAA and chapter 11 proceeding were commenced in Canada and the United States, the intention was not to liquidate but rather try to restructure the business. The administration order was not initially made for the purposes of liquidation. However, NNUK has now been liquidated and all of its assets have been sold. That this was to happen was clear from at least June 2009 so far as the whole Nortel Group is concerned.

[311] An administrator under English law must perform his functions with a cascade of objectives, including liquidating the assets if in the best interests of the creditors. This was discussed by Lord Justice Rimer in *Key2Law (Surrey) LLP v. De'Antiquis* [2011] EWCA Civ 1567 in which he reviewed the regime for administration of companies in England. In particular, he reviewed Schedule B1 to the *Insolvency Act 1996* (UK) c. 45 and section 3 which deal with the duties of an administrator. It provides:

3. (1) The administrator of a company must perform his functions with the objective of –

(a) rescuing the company as a going concern, or

(b) achieving a better result for the company's creditors as a whole than would be likely if the company were wound up (without first being in administration), or

(c) realising property in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors.

(2) Subject to sub-paragraph (4), the administrator of a company must perform his functions in the interests of the company's creditors as a whole.

(3) The administrator must perform his functions with the objective specified in sub-paragraph (1)(a) unless he thinks either –

(a) that it is not reasonably practicable to achieve that objective, or

(b) that the objective specified in sub-paragraph (1)(b) would achieve a better result for the company's creditors as a whole.

(4) The administrator may perform his functions with the objective specified in sub-paragraph (1)(c) only if –

(a) he thinks that it is not reasonably practicable to achieve either of the objectives specified in sub-paragraph 1(a) and (b), and

(b) he does not unnecessarily harm the interests of the creditors of the company as a whole.

[312] Rimer LJ concluded that the primary objective of an administration is the rescue of the company as a going concern, although often that is not possible. In a high proportion of cases it is recognized before and after the appointment of the administrator that the rescue of a company is not practicable and the business is sold, in whole or in parts. He stated:

It can therefore perhaps be said that the primary objective of an administration appointment is the rescuing of the company as a going concern, an objective which has in mind the saving of the company's undertaking, or a substantial part of it, and in due course the return of the company to its management. This might in some cases require the use of a company voluntary arrangement or a scheme of arrangement. Accepting the existence of such objective, it must also be recognised that in practice a high proportion of appointments of administrators have been and will be made in cases in which it is apparent both before and after the appointment that a rescue of the company in this sense is not reasonably practicable and that the alternative objective that is foreseen as being achievable is the paragraph 3(1)(b) objective. The achievement of that objective will usually involve the sale of the company's business and undertaking, either in whole or in parts. Moreover, this objective must be pursued even if a rescue of the company *is* perceived as practicable but the administrator nevertheless thinks that the paragraph 3(1)(b) objective would achieve a better result for the company's creditors as a whole.

[313] See also *Kaupthing Singer & Friedlander Limited (In Administration)* [2010] EWHC 316 at para. 17.

[314] Thus the appointment of an administrator can lead to the liquidation of the company. Could the reference to an order for liquidation in subsection (a) of the definition of Insolvency Event include an order appointing an administrator? In my view it could and should, for the following reasons.

[315] The commercial reality is that NNL did not want to be called upon under the guarantee if NNUK survived or went through some insolvency process that did not end up in liquidation. Mr. McCorkle said that he was only willing to recommend a guarantee upon an ultimate wind-up or bankruptcy of NNUK. Mr. Gordon Davies, a very senior legal officer in Nortel responsible for obtaining the approval for the guarantee from the board of NNL, thought that the guarantee should not apply if the UK Plan was sold to a third party. He understood that the trigger for the guarantee was limited to liquidation or dissolution.

[316] The concluding language of the definition of an Insolvency Event in the guarantee was protection against NNL being called on the guarantee if the pension plan were taken over by someone else. It provides:

without, for the avoidance of doubt, another body corporate whether before, in contemplation of or after the occurrence of such an event entering into an agreement with the [Trustee] and [NNUK] or its liquidator to perform the obligations of [NNUK] under the Scheme.

[317] The concern not to run into problems with covenants in other loan agreements made by Nortel was met by not having the word “administration” in the definition of Insolvency Event. But the commercial reality is that what Nortel was prepared to agree to in order to be liable on the guarantee has come to pass. There has been a liquidation of the assets.

[318] I have been referred to various English cases dealing with the interpretation of insolvency type clauses in legislation or commercial contracts. Each case of course depends on its facts, none of which are akin to this case.



[319] In *Key2Law*, *supra*, a regulation with the words “bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceedings which have been instituted with a view to the liquidation of the assets of the transferor” was held not to include administration proceedings. Whether “with a view to liquidation” is different from “an order for liquidation” is perhaps debatable. I side with Lord Justice Rimer who in that case referred to the interpretation of the language sufficiently challenging as to lead to despondency if not despair. I think the same can be said of the Swift Guarantee.<sup>16</sup>

[320] In *Kaupthing Singer & Friedlander Limited (In Administration)*, *supra*, the phrase “the rights and claims of the Bondholders will, in the event of the winding up of the Issuer, be subordinated” was interpreted to cover a liquidation under an administration order. The issue was whether the words “winding up” meant only a voluntary or compulsory liquidation. Justice Blair referred to a recent statement by Lord Steyn that there has been a shift from literal methods of interpretation towards a more commercial approach, that the standard of the reasonable commercial person is hostile to technical interpretations and undue emphasis on niceties of language and that the tendency should therefore generally speaking be against literalism. He concluded that the commercial intent was that the bonds were to be subordinated in the event that the company had insufficient assets to pay its creditors, which was the result from the liquidation of its assets while under administration. He concluded that it must have been the intention of the parties that in such a process, the claims of the Bondholders would be subordinated in the same manner as would have been the case in the winding up of a company by way of voluntary or compulsory liquidation. A distinguishing fact is that in this case that the definition of insolvency includes detailed provisions as to what is included, whereas in *Kaupthing*, that was not the case.

[321] Taking into account the commercial purpose of the Swift Guarantee and the statement of Lord Clarke in *Rainy Sky SA* that language is a very flexible instrument and, if it is capable of more than one construction, one chooses that which seems most likely to give effect to the

---

<sup>16</sup> An example is clause 2.6(f) that refers to a bankruptcy of NNUK. Under English law, bankruptcy only applies to an individual and not to a company. See *Key2Law* at para. 83.

commercial purpose of the agreement, I conclude that the words “order for liquidation” in the definition of Insolvency Event in the Swift Guarantee cover an order for administration under which a liquidation of the assets of NNUK has occurred. If a liquidation did not occur, an administration order would not be an insolvency event.

[322] An Insolvency Event as defined means an order for liquidation “following and as a consequence of which the Scheme commences winding up”.

[323] The Monitor contends that even if a liquidation order could encompass an insolvency order under the Swift Guarantee, there still has been no Insolvency Event because the Scheme has not commenced winding up and did not do so before the expiry date of the Swift Guarantee of June 30, 2012.

[324] It is clear that the UK Plan will be wound up. On February 2, 2009 the administrators of NNUK gave notice to the Regulator and to the PPF under section 122 of the 2004 Act that after a review of the activities of the business, it was considered that a scheme rescue was unlikely. On April 30, 2009 the Board of the PPF advised the administrators that the notice given by them became binding on April 27, 2009. As a result, under section 161(2) of the 2004 Act, if the Board of the PPF assumes responsibility for the UK Plan, the scheme will be treated as having been wound up immediately afterwards. If the Board of the PPF does not assume responsibility for the UK Plan, under section 154(1) of the 2004 Act the scheme must be wound up.

[325] The UKPC contend that there can only be one insolvency event, as is stated by the words “Insolvency Event”, rather than two events. What is required for an Insolvency Event to have occurred is that: (a) one of the “events” listed in paragraphs (a) – (c) of the definition has occurred, and (b) at some point “following and as a consequence” of that, the UK Plan will enter winding up, even if it has yet to do so. Thus the UKPC say that the insolvency event, the order for liquidation, occurred before the expiry date of June 30, 2012.

[326] The UKPC also say that it would make no commercial sense for the parties to have required the wind up of the UK Plan by a certain date as it is out of the hands of NNUK and the Trustee. It is dependent on the decision of the Board of the PPF as to when to decide whether to assume the liabilities of the UK Plan.

[327] I accept the position of the UKPC. It is an interpretation open on the language used in the definition of Insolvency Event and makes commercial sense. The fact that the wind up of the UK Plan has not yet occurred makes no difference to the liability of NNL.

[328] The Monitor contends that before there can be liability on the Swift Guarantee, a demand must be made and that an actuarial certificate is required before that can be done. This contention arises from clause 3 of the Swift Guarantee. Clause 3.1(a) provides that after an Insolvency Event occurs, the Trustee shall forthwith instruct the plan actuary to calculate the “Buy Out Deficit” and produce a certificate that certifies the Buy Out Deficit in writing. The Buy Out Deficit is defined as the difference between the Schemes’ liabilities and assets. This amount is needed because the amount guaranteed is the lesser of US\$150 million and the Schemes’ Buy Out Deficit less certain amounts.

[329] Clause 3.1(d)(i) provides that a demand may only be issued once the actuary’s certificate has been provided to NNL, as follows:

3.1(d) Following the occurrence of the Insolvency Event, the Beneficiary may issue a Demand once:

- (i) the Actuary’s Certificate has been provided to the Guarantor in accordance with Clause 3.1(b);

[330] The UKPC says that it has been known for years that the section 75 Debt dwarfs US\$150 million. Therefore the claim filed by UKPC made clear that NNL’s liability under the Swift

Guarantee was obviously US\$150 million and that it would be absurd to defeat the claim because the actuary's certificate has not yet certified the section 75 Debt.

[331] In this case, the UKPC filed a proof of claim on September 30, 2009. While they could have moved for a lifting of the stay of proceedings to serve a demand but did not do so, I accept their argument that filing of a proof of claim was a method of demanding under the guarantee. The question is therefore whether the demand was premature. In my view, it was premature as there had not been an actuary's certificate. That is a requirement of clause 3.1 of the Swift guarantee before a demand can be made. Why that has not happened is a matter of debate in this case. However, there is no basis advanced that would permit that requirement to be overlooked. It is a condition precedent to a demand being made and it is of no fault of NNUK or NNL that the actuary's certificate had not been provided.

[332] The UKPC contend that clause 3.1(d) that states that a demand may be issued once the actuary's certificate had been provided to the guarantor is permissive and is directed to a situation in which the guaranteed obligation is in doubt and needs to be established. They contend that the guarantee does not provide that no demand may be issued in other circumstances where there is no doubt as to the amount of the guaranteed obligation.

[333] I cannot read the guarantee in that way. Clause 3.1 provides for the establishment of the guaranteed obligation and first requires in (a) that upon an Insolvency Event, the Trustee shall forthwith instruct the actuary to calculate the buyout deficit, and it acknowledges that it may take several months for the actuary to complete the relevant calculations. Clause 3.1(b) then provides for the actuarial report to be provided to the guarantor who under clause 3.1(c) may have questions. Clause 3.1(d) then provides that the Trustee may issue a demand once the actuary's certificate has been provided to the guarantor under clause (b).

[334] Clause 3.2 then provides that any payment due from the guarantor shall be due within 10 days following the service of "a Demand under this Agreement" on the guarantor. The only

provision for a demand in the agreement is the demand referred to in clause 3.1(d). It is not possible to read any other potential for a demand into the agreement. Without such a demand after the actuary's certificate, there is no method in the guarantee to establish what the guaranteed amount is or when it is due.

[335] No further demand either in the form of a demand or the filing of a proof of claim was made before the expiry date of the Swift Guarantee of June 30, 2012.

[336] The UKPC make an alternative argument regarding the Swift Guarantee. They contend that if an administration is not an Insolvency Event, a wind up order would be, and as a wind up on NNUK is inevitable, there is a contingent claim for US\$150 million that at the date of filing under the CCAA on January 12, 2009 was clearly not too remote or speculative to be recognized as a valid claim.

[337] The Monitor says that this cannot be the case because the Swift Guarantee expired on June 30, 2012 and thus there is no future event which can impact the claim. I note that the UKPC acknowledged in their reply brief at page 122 that an Insolvency Event must happen before the expiry date and that if it does not the guarantee will not apply. That being the case, I accept the position of the Monitor that there cannot be a contingency claim on the basis of some future wind up of NNUK.

[338] I accept the argument of the Monitor that the demand was premature because there was no actuarial certificate at the time of the demand and that as there was no other demand before the Swift Guarantee expired, there can be no liability of NNL under it. In the circumstances I see no result but that the Monitor's disallowance of the claim on the Swift Guarantee must be upheld.

**Rule in *Ex Parte James***

[339] The UKPC contend that if either the Funding Guarantee or the Swift Guarantee is held to be unenforceable, they should nevertheless be accepted as valid claims by virtue of the rule in *Ex Parte James*. The rule is directed to a court officer acting in an inequitable way. It derives from the case of *Re Condon; Ex p. James* (1874), 9 Ch. App. 609.

[340] In *Re Condon*, an execution creditor had realized on his execution prior to the bankruptcy of the debtor. Under threat of legal proceedings he paid the proceeds of the execution to the trustee in bankruptcy, mistakenly believing that the trustee was legally entitled to demand them. Later, the execution creditor sued the trustee in bankruptcy for the return of the sum paid and was met with the defence that the money, having been paid under a mistake of law, was irrecoverable. This defence was rejected by the English Court of Appeal for the reasons given by James L.J. at p. 614:

With regard to the other point, that the money was voluntarily paid to the trustee under a mistake of law, and not of fact, I think that the principle that money paid under a mistake of law cannot be recovered must not be pressed too far, and there are several cases in which the Court of Chancery has held itself not bound strictly by it. I am of opinion that a trustee in bankruptcy is an officer of the Court. He has inquisitorial powers given him by the Court, and the Court regards him as its officer, and he is to hold money in his hands upon trust for its equitable distribution among the creditors. The Court, then, finding that he has in his hands money which in equity belongs to someone else, ought to set an example to the world by paying it to the person really entitled to it. In my opinion the Court of Bankruptcy ought to be as honest as other people.

[341] In my view, the rule in *Ex Parte James* has no application in this case.

[342] First, it is directed to a court officer acting as such. In this case the Monitor is acting under the “super monitor” order of October 3, 2012 in which the Monitor was authorized to exercise any powers which may be exercised by a board of directors of any of the applicants, which includes NNC and>NNL. If>NNL were still able to act and defend its interests, as is the usual situation in a CCAA proceeding, it would be quite open to>NNL to defend the claims on

the guarantees by arguing that there was no liability under them. I see no reason why the Monitor in this case cannot advance these defences in its capacity as acting in the place of the board of directors of NNL.

[343] Second, the rule prevents a trustee in bankruptcy, as an officer of the court, from claiming or retaining money or property in circumstances where it is inequitable for it to do so. See *Re Appleby Estates Ltd.* (1984), 53 C.B.R. (N.S.) 10 (Ont. C.A.) at para 18. In *Re M.C.C. Precision Products Ltd.*, [1972] 2 O.R. 825 at paras. 31, 33 (S.C. (In Bank.)), Houlden J. (as he then was) stated that: “[...] I do not think that the rule in *Re Condon [Ex parte James]* has ever been applied to a situation where the trustee has not received property or is asserting a claim to property, which is claimed by some other person...”

[344] As in those cases, this is not a situation in which the Monitor has received property or is asserting a claim to property. This is not a case in which NNL has been enriched by NNUK assets that are to be distributed to its creditors, such as in *Re Sefel Geophysical Ltd.* (1988), 70 C.B.R. (N.S.) 97. Nothing has come into the hands of the Monitor to enrich it and thus the rule has no application. See Houlden, Morawetz and Sarra *2013-2014 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Carswell) at F§73.

[345] Third, if the Trustee of the UK Plan has no valid claim under one of the guarantees, the rule in *Ex Parte James* could not operate to make the claim valid. That is not the purpose of the rule and there would be no inequity in the Monitor on behalf of NNL defending the claim.

[346] I have held that the Swift Guarantee is unenforceable because of its terms. I would not make the claim under it valid by virtue of the rule in *Ex Parte James*.

## **Oppression**

[347] The UKPC claim in oppression against NNL under section 241 of the Canada Business Corporations Act. They raise a number of matters which they say constituted an unfair disregard of the interests of the Trustee, a creditor of NNL under the Funding Guarantee and the Swift Guarantee.

**(a) Standing to be a complainant**

[348] The Monitor says that the UKPC has no standing to be a complainant. A complainant is defined in section 238 of the CBCA to mean:

- (a) a registered holder or beneficial owner, and a former registered holder or beneficial owner, of a security of a corporation or any of its affiliates,
- (b) a director or an officer or a former director or officer of a corporation or any of its affiliates,
- (c) the Director, or
- (d) any other person who, in the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part.

[349] I see no basis for the Board of the PPF to be a complainant. The Trustee is a creditor of NNL and asserts that it should be recognized as a complainant. It is well established that a creditor may be a complainant. It is a discretionary matter under (d) as to whether in any case a creditor can be a proper person to make an application under the CBCA. See *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461 (S.C.C.), at paras 48 - 51.

[350] The difficulty in this case in recognizing the Trustee as a complainant is that the Trustee is not complaining that the affairs of NNL, of which it is a creditor, have been disregarded. It complains that the affairs of NNUK have been disregarded. NNUK is wholly owned by NNL and is thus an affiliate of NNL. However, I have not been provided with any case that has recognized a valid complaint by a creditor or security holder of a CBCA corporation because of



oppressive conduct that has affected only an associated corporation that is not the CBCA corporation of which the complainant is a stakeholder.

[351] Section 241 of the CBCA provides:

241. (1) A complainant may apply to a court for an order under this section.

(2) If, on an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates

(a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result,

(b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner, or

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the court may make an order to rectify the matters complained of.

[352] There is authority that at least in so far as a corporation governed by the Ontario Business Corporation Act is concerned, the oppressive conduct must affect the OBCA corporation in which the complainant is a stakeholder. In *PMSM Investments Ltd. v. Bureau* (1995), 25 O.R. (3d) 586, Farley J. held that the oppression in question must affect the interests of the complainant in the OBCA corporation and not in an affiliate of the OBCA corporation. He stated:

It would seem to me that the meaning of this section is clear in that while the activities of affiliates (OBCA or non-OBCA companies) of the corporation (an OBCA company) may be taken into account to see if there has been inappropriate behaviour, it must be such behaviour as affects (is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards) "the interests of any security holder, creditor, director or officer of the corporation [OBCA company]". That is, what is

affected inappropriately must be the interests of those persons *qua* their interests specifically in the OBCA company in question.

[353] See also Kevin Patrick McGuinness, *Canadian Business Corporations Law*, 2nd ed. (Markham: LexisNexis Canada, 2007) at para. 13.84.

[354] The UKPC point to a difference in the language of the OBCA and the CBCA. The OBCA, which was the statute dealt with by Farley J. in *PMSM Investments*, contains the words “that is oppressive of the interests of a....creditor...of the corporation”, whereas the words “of the corporation” are not contained in the language of section 141(2) of the CBCA. Section 248(2) of the OBCA provides:

(2) Where, upon an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates,

(a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects or threatens to effect a result;

(b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are, have been or are threatened to be carried on or conducted in a manner; or

(c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are, have been or are threatened to be exercised in a manner,

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer of the corporation, the court may make an order to rectify the matters complained of. (Underlining added)

[355] I see the reference to “any security holder, creditor, director or officer of the corporation” in section 248(2) of the OBCA as descriptive of the persons to be protected rather than as descriptive of the interests of such persons to be protected. In that regard I differ a little from Farley J. in *PMSM Investments* who seems to have concluded solely from the words “of the corporation” that what is affected must be the interests of those persons *qua* their interests specifically in the OBCA corporation in question. I agree with his conclusion that the interests

that must be affected are the interests of those persons qua the OBCA corporation in which they are a stakeholder, but I would not base it on existence of the words “of the corporation”. The section refers to the interests of a security holder etc. of the corporation, not to the interests of a security holder in the corporation.

[356] I agree with the result of the decision of Farley J. in *PMSM Investments*. The reason has to do with our basic corporate governance principles. For both CBCA and OBCA corporations, the directors and officers owe fiduciary duties to the corporation for which they are directors or officers. See *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise* at paras 34 and 35. See also *BCE Inc., Re*, [2008] 3 S.C.R. 560 at para. 36. They owe their fiduciary duty to the corporation and only the corporation. See *BCE* at para. 66.

[357] For that reason, if the directors or officers of a corporation cause the corporation to act in an oppressive manner that harms the corporation and affects the interests of the stakeholders in that corporation, there are statutory remedies, such as the bringing of a derivative action in the name of the corporation to remedy the harm caused to the corporation, or the bringing of an oppression remedy to give relief to a complainant necessary as a result of the harm caused to the complainant. So far as reasonable expectations that are at the heart of the oppression remedy are concerned, the reasonable expectation of stakeholders is simply that the directors act in the best interests of the corporation. See *BCE* at para. 66.

[358] Does the absence of the words “of the corporation” in section 241(2) of the CBCA make a difference from the result of the jurisprudence under section 248(2) of the OBCA? In this case I think not. The purpose of both sections is the same, to prevent harm to a corporation governed by the legislation and to give a remedy to stakeholders in the corporation for the harm done to that corporation. The purpose of the oppression remedy is to protect complainants from prejudicial acts that affect the corporation in which they are a shareholder, creditor etc.

[359] The UKPC rely on the case of *Manufacturers Life Insurance Co. v. AFG Industries Ltd.* (2008), 44 B.L.R. (4th) 277 at para. 24. I do not see that it assists the UKPC. In that case, the actions of the defendant, a US corporation which was the parent of the Canadian corporation, detrimentally affected the assets of the Canadian corporation to the detriment of the complainant who was a creditor of the Canadian corporation. The complainant was not arguing that the assets of the US corporation were detrimentally affected by the actions of the Canadian corporation.

[360] To hold in this case that NNL was responsible under section 141(2) of the CBCA for actions that did not affect the interests of NNL but of NNUK would mean that NNL had a duty to look after the interests of NNUK. That however, is not our law. A shareholder holds no duty to a corporation to act in the best interests of the corporation. Their interests may well conflict.

[361] If a corporation has a subsidiary, the directors of the parent corporation in the exercise of their fiduciary duties to the corporation must consider how the subsidiary can benefit the interests of the parent corporation. What is done with the subsidiary may be in the best interests of both the parent and the subsidiary, or it may not be. But the duties of the directors and officers of the parent are to the parent, not to the subsidiary. Likewise, the duties of the directors of the subsidiary are to the subsidiary and not to the parent. See *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v Meyer*, [1959] A.C. 324. See also 820099 *Ontario Inc. v. Harold E. Ballard* (1991), 3 B.L.R. 2d 113, per Farley J.

[362] This is not a case such as *Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v Meyer* in which the nominees of the majority shareholder on the board of the subsidiary, who were also directors of the majority shareholder, failed to consider the interests of the subsidiary and instead just did the bidding of the majority shareholder that had nominated them. I recognize an argument under our oppression provisions governing a CBCA corporation that if a majority shareholder of a subsidiary participated through its nominees in those nominees breaching their fiduciary duties to the subsidiary, there may be some responsibility on the majority shareholder as there was in

*Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v Meyer*. However I need not determine that question.

[363] In this case, NNUK had its own distinct board of directors advised by independent solicitors, auditors and financial advisors. The board of NNUK owed fiduciary duties to NNUK and the directors understood that as is clear from the affidavits of Peter Currie, the CFO of NNC and NNL who was a director of NNUK and of Gordon Davies, a very senior legal officer who held various positions in the Nortel organization in Europe and in Canada. The NNUK had senior people on its board and I accept that they were not “yes men” doing the bidding of NNL but rather were fulfilling their fiduciary obligations to NNUK.

[364] There is another reason for not recognizing the Trustee as a complainant. Apart from the claim on the guarantees made by NNL in favour of the Trustee, which I shall discuss, the complaints of the UKPC relate to transactions to which NNUK was a party. Some but not all of the complaints were the subject of claims made by the administrators of NNUK against NNL. These include what the UKPC describes in its brief as the fundamental oppression claims, being (a) the failure of NNL to pay amounts due and payable to NNUK under the MRDA, (b) the failure of NNL to pay interest to NNUK on amounts outstanding under the MRDA, and (c) the managing of world-wide cash by NNL in a manner to keep it out of NNUK. All of the claims of the administrators of NNUK have been settled and releases provided. The claims by the UKPC for these things are essentially derivative claims of NNUK and I would not recognize the UKPC as a complainant against NNL for these matters released by NNUK.

[365] For all of these reasons, I would not exercise my discretion to recognize the UKPC as a complainant.

**(b) Merits of oppression claims**

[366] On the assumption that the UKPC does have standing to claim oppression I will deal with the merits of the claims. There are some facts in general that are important in considering the claims.

[367] Nortel operated as an integrated global business, which benefited all members of the Nortel Group. The integrated structure allowed all members to gain efficiencies by coordinating and centralizing capabilities, areas of expertise and common cost centres. Nortel was organized on a matrix basis, where each entity was integrated into regional and product line management structures to share information and perform R&D, sales and other common functions across geographic boundaries and across legal entities.

[368] As Mr. Currie testified, the regions were responsible for selling and marketing product, the lines of businesses were responsible for developing product, having it manufactured, servicing it after the fact, and the support organizations were responsible to supporting all the organizations whether regions or lines of business, regardless of where they were located in the world.

[369] As a result of Nortel's matrix structure, no single Nortel entity or region, including either NNUK or>NNL, was able to provide the full line of Nortel products and services, including R&D capabilities, on a stand-alone basis. This was well understood by Mr. David Davies, the chairman of the Trustee who testified at the trial of his understanding that none of these entities was a stand-alone entity and they were integrated and depended upon one another. While he did not think about it at any great length, he understood that that the group would allocate capital to where it was needed for the benefit of the whole. He certainly understood that NNUK could not itself survive without the support of the global enterprise.

**(i) Interest-free loans**

[370] The first and second matter raised by the UKPC relates to the large inter-company loan from NNUK to NNL that was interest free. This loan arose from the payments due over time to NNUK under the MRDA which allocated profits to the companies doing research and development on a residual profit split method. Under the MRDA, amounts to be paid were to be paid with interest if not paid within 90 days of notification that they owed. This did not happen in the case of NNUK and others in the group as well.

[371] The UKPC state in their brief that it was reasonable for the UKPC to expect that NNL and NNUK would comply with their own contractual arrangements. The implication of this contention is that it was reasonable for the Trustee to expect that the MRDA payments would be made each year and that, if not, interest would be paid. I cannot accept that in so far as it contended that the Trustee had any expectation that the loans or interest on them would be paid at any time. The amounts under the MRDA were converted by agreement of NNUK into interest free loans, to the knowledge of the Trustee of the UK Plan. It was common in the Nortel Group for that to happen as a result of the need and desire of the group to manage its cash in an efficient manner and to allocate cash as needed to members of the group. The parties agreed in article 3(d) of the MRDA that any payment under the MRDA would be reflected in inter-company accounts payable and receivable and that the payments “may be netted pursuant to the standard NNL practice for managing intercompany accounts”.

[372] No evidence was led by the UKPC that the Trustee expected the loans would be paid at any point in time or that interest would be paid on them. The implication of the complaint of the UKPC is that if the loans or interest had been paid, more money would have been available to put toward the deficiencies in the UK Plan. That is the only interest that the Trustee could have in this matter. That contention ignores the negotiations between NNUK and the Trustee that took place over several years leading to the Funding Agreement in 2006 in which NNUK agreed to make periodic payments to reduce the deficiency by 2012. Mr. Davies, the chairman of the

Trustee since 2007 testified that there was no expectation that NNL would make any payments to the UK Plan other than those provided in the Funding Guarantee and the Funding Agreement. He also testified that the Trustee had to be satisfied before signing off on the Funding Agreement that they had fulfilled their fiduciary duties to the UK Plan. Even if the Trustee's expectations regarding what NNUK would do were relevant, they do not support the claim being made.

[373] The allegation by UKPC also ignores the way in which the Nortel Group operated so far as cash was concerned. One of the functions of Nortel Canada within the Nortel Group was to raise cash as needed by the group and to ensure that it was distributed to the various entities in order to meet their operational, statutory and regulatory requirements. All debt service costs were borne by NNL and did not form part of the accounting or profit split among the subsidiaries. Managing cash in an efficient manner was seen to be in the best interests of Nortel as a whole, and of all the entities within it, and the board of NNUK were of this view. Intercompany loans were a commonly used vehicle for moving cash throughout the Nortel Group. To the extent that any member of the Nortel Group did not generate sufficient funds to support itself through its own operations and was therefore facing a "cash deficit", other entities within the Nortel Group would provide the necessary loans, capital infusions and/or other forms of working cash. Importantly, NNUK was itself a regular recipient of intercompany financing, including interest-free loans, from other Nortel companies.

[374] The intercompany loans on the books of NNUK owed by NNL were approved by the board of directors of NNUK from time to time after debate with the benefit of advice from NNUK employees in the EMEA treasury department and from NNUK's tax, finance and legal personnel as well, on occasion, from outside independent legal advice. Due consideration was given to relevant issues, as is clear from the evidence of Mr. Waida, a director of NNUK who signed loan extension agreements and who testified that the board of NNUK considered the loans to be in the best interest of NNUK. The evidence of Ms. Rolston, a director of NNUK from 2006, was that it was not unusual in any group structure for the companies to seek to utilize cash



in the most effective way for the use of the group as a whole which benefited the group and also the individual companies in the group, and was something the directors of NNUK thought they were doing in approving the loans.

[375] The board of NNUK received briefing notes from senior personnel within NNUK before each loan was approved advising on the various issues, including tax, cash management and legal. In a briefing note to the board dealing with the conversion of the payable owing from NNL to NNUK in October 2003 into a non-interest loan, the following was stated, which indicated that it was understood to be in NNUK's interest to see to the efficient deployment of cash within the Nortel Group:

Treasury (Maggi Fraser) has advised that it is in the best interests of NNUK to enter into the loan transaction. This is because NNUK benefits from intra-group arrangements pursuant to which its activities are and have been, where necessary, from time to time funded by other group companies. Unless each such group company engages with the wider group in a manner that is conducive to prudent cash management, the interests of each such group company (and in this case NNUK) would be irredeemably harmed.

[376] On December 19, 2005, Lovells, the UK solicitors advising the board of NNUK, advised the board on the intercompany loans that it had and was considering increasing. Lovells advised as to the fiduciary obligations of the directors to NNUK and with respect to the intercompany loans stated:

Given the importance to NNUK of its parent company NNL and, as we understand it, the other members of the group, we would not have thought that it should be difficult for the directors of NNUK to conclude that the making of the loans is in the best interest of NNUK.

NNUK's directors will not be in breach of their duties if they authorize loans to group companies, even on interest free terms...provided that they reasonably consider at the time when the loans are made that they are overall in NNUK's own interests, even if the benefit will be indirect.

[377] It is clear from the briefing notes to the board of NNUK that the board of NNUK considered on each occasion whether NNL was good for the money. On each occasion the board was advised that NNL could repay the loan by borrowing from NNI, the main US subsidiary. This would have occurred within the global cash management system utilized by Nortel. I do not accept the contention of the UKPC that there was scepticism as to the ability of NNL to repay the loans. The snippets of the few e-mails referred to by the UKPC do not represent the balance of the thinking at NNUK and they preceded the advice obtained from Lovell's. After the advice from Lovell's, Ms. Chan and Mr. Widdison supported the extension and increase in the loan that year. As well, Mr. Stephens of NNUK testified that despite the fact the loan was repayable on demand between 2003 and 2008, NNUK never demanded repayment on the loan and NNUK was never short of cash during this period. He also testified that the loan served a good business purpose for NNUK by supporting NNL from a cash flow perspective.

[378] The board of NNUK was not a puppet of NNL. After the market crash in September 2008 the NNUK board refused a request by NNL to move surplus cash to Canada by way of an intercompany loan.

[379] There is no cogent evidence from any witness of NNUK that supports the allegation of UKPC regarding these intercompany loans. It is all argument and ignores the business judgment exercised by the board of NNUK from time to time. That business judgment was reasonable and should be given deference in this case. See *BCE* at para. 40.

[380] I find that there was no oppressive conduct by NNL in connection with the intercompany loans from NNUK to NNL on an interest free basis.

## **(ii) Project Swift**

[381] The next matter raised by the UKPC has to do with Project Swift. That project in December, 2007 involved the transfer of subsidiary corporations of NNL in Europe held by

NNIF (a Netherlands company) to NNUK in return for a reduction of the intercompany loan from NNUK to NNL. One of the subsidiaries to be transferred was NNSA, a French subsidiary, held 8.83% by NNIF and 91.17% by NNL. For reasons that I will discuss, NNL's 91.17% interest in NNSA was not transferred and the amount of the intercompany loan from NNUK to NNL that was to be reduced was adjusted so that it did not reflect the transfer of NNL's interest in NNSA. The UKPC contend that the failure to transfer NNL's interest in NNSA was oppressive to the Trustee.

[382] The genesis of Project Swift was that the EMEA tax department wanted to reduce NNUK's exposure to tax liability. Mr. Kerry Stephens, a chartered accountant and a member of the EMEA tax department, was considered the architect of the project. Under UK tax law, interest on the loan from NNUK to NNL was imputed to NNUK. No tax had been paid by NNUK because it had sufficient tax losses against which the imputed interest could be written off. However, the tax loss asset was in danger of running out and in order to deal with that risk, the EMEA tax people proposed writing off the loan in return for the European subsidiaries to be transferred to NNUK. Mr. Davies was aware that one of the purposes of the transaction was to reduce the taxes that would be imputed to NNUK. There were other benefits to the transaction from NNUK's point of view, including rationalizing the EMEA group legal and management structure so that NNUK would become the owner of those entities for which it already exercised significant management responsibilities and replacing the loan, a non-income-producing asset, with the transferred subsidiaries that could produce dividend income. Mr. Davies, the chairman of the Trustee, understood that the project had been proposed by NNUK because they believed it would provide a net benefit to NNUK because of the tax saving and the improvement in the profits of NNUK.

[383] NNUK retained the UK law firm Osborne Clarke to advise it on the transaction. NNUK also retained Ernst & Young UK (EY UK)<sup>17</sup> to provide an independent valuation of the

---

<sup>17</sup> Contrary to the statements in the UKPC brief, it was not NNL that retained E&Y UK.

subsidiaries to be transferred NNUK in order to be satisfied that the value of the subsidiaries to be transferred to NNUK were at least equal to the amount of the loan from NNUK to NNL that was to be reduced.

[384] EY UK was asked to prepare an independent valuation of the Swift Entities on an open market basis. EY UK's open market valuation was done on the basis of a discounted cash flow using multiples to arrive at a terminal value for the European subsidiaries to be transferred to NNUK. EY UK ultimately assessed the value of the subsidiaries at US\$749.5 million. EY UK also prepared a separate valuation report, entitled "Project Eagle", that considered the estimated realizations and potential security value of the subsidiaries for NNUK after Project Swift, under both a going-concern approach and a theoretical insolvency scenario. The insolvency analysis was conducted for comparison purposes on a worst case scenario basis. Mr. Freemantle, a NNUK director, testified that at the time of the project, he did not believe that insolvency was a likely scenario.

[385] Nortel understood that the Trustee would have to be involved in the Swift transaction and NNUK therefore approached the Trustee about it. The Trustee had to agree to it or it could have gone to the Regulator to discuss its concerns. I think it fair to conclude that NNUK would have preferred to avoid that result, but I do not cast aspersions against NNUK, as invited to do so, because of an attempt to avoid the Regulator. I accept the evidence of Mr. McCorkle, the acting treasurer of Nortel at the time who was part of the Project Swift team and to whom Mr. Freemantle reported, that he believed that Nortel should consider going to the Regulator if the Trustees were unable to resolve their concerns about Project Swift because he thought the Regulator would have agreed with Nortel that it was an overall transaction to everyone's benefit.

[386] The Trustee retained its own independent financial advisor, PWC, to analyze and comment on the valuation of the transaction that had been conducted by EY UK. The Trustee also retained Pinsent Masons LLP as its independent legal advisor. The valuation prepared by EY UK was changed following input from PWC.

[387] Both NNL's majority interest and NNIF's minority interest in NNSA were originally intended to be transferred to NNUK in December 2007. However, by mid-November 2007 it had been determined that the transfer of NNL's majority ownership in NNSA would be deferred to an unspecified time, while the transfer of NNIF's minority interest would proceed. The reason was a tax audit by the French tax authorities of NNSA. The intention of the parties was that the transfer of NNL's majority interest in NNSA would take place once the issues surrounding NNSA had been dealt with.

[388] It was NNUK's decision to exclude NNL's interest in NNSA from the Project Swift transaction in December 2007. Mr. Stephens, the architect of Project Swift, testified that NNUK was concerned about whether the ongoing tax audit of NNSA would have an economic impact on the value of NNSA. In order to determine what the consideration should be for NNSA to be transferred, NNUK wanted the tax audit to be resolved and another valuation done to reflect the impact of that settlement on NNSA. Thus, NNUK wanted to have the certainty of the valuation before proceeding with the transfer of NNSA.

[389] A subsequent valuation by EY UK reflected only NNIF's 8.83% in NNSA and this was reported by PWC to the Trustee. This final valuation was used and the amount of the intercompany loan that was reduced corresponded with this value of assets that NNUK received in Project Swift. On December 21, 2007, NNUK acquired the entire issued share capital of NNIF from NNL for £327.6 million (US\$628.9 million), pursuant to the EY UK independent valuation, and the intercompany loan from NNUK to NNL was reduced by that amount. While it was the intention to still pursue a future transfer of NNSA, none of the transaction documents included a contractual obligation to do so and the intercompany loan was not reduced by the amount that had previously been earmarked to be reduced for the 91.17% of NNSA that was not transferred to NNUK.

[390] As late as April 2008, it was still the expectation of the parties that NNSA would be transferred to NNUK, possibly in the first quarter of 2009, once NNSA's tax audit issues had

been resolved and it had been properly valued. Those issues were not resolved prior to the administration proceedings of NNUK on January 14, 2009, as a result of which the valuation of NNL's interest in NNSA was never undertaken and that part of Project Swift never went forward. Without the completed valuation, the amount of the remaining intercompany loan which would be reduced upon the transfer of NNSA could not be determined.

[391] The UKPC contend that the Trustee would not have agreed to Project Swift without the representation that NNSA would be transferred to NNUK and that because of the failure of NNSA to be transferred the reasonable expectation of the Trustee that it would be transferred has been thwarted.

[392] This claim is made in oppression because there was no binding agreement that NNSA would be transferred. The issue is whether NNL has acted oppressively in disregarding the interests of the Trustee. I do not think the evidence supports the allegation. First, it was NNUK and not NNL who decided not to accept the transfer of NNSA because of the tax issues regarding NNSA. The NNUK board considered all of the issues after taking advice and made a reasonable decision to proceed with the transaction in December 2007 without NNL's interest in NNSA being included. The Trustee was well aware of that decision when it became a party to the Swift Guarantee.

[393] The UKPC contend in its reply brief that while reducing the risk of tax liability was plainly in NNUK's interest, that could have been done in ways which were more beneficial to NNUK than Project Swift, such as NNL repaying the loan, or at the very least paying interest payments to NNUK which would have been sheltered by historic tax losses. The latter suggestion ignores the evidence that the tax loss asset was diminished and was the reason for Project Swift. The UKPC then say in their reply brief that the real issue is what options were open to NNUK to address the fact that it was about to start incurring a cash cost on imputed interest, which contradicts the previous point they make.

[394] It is not the test for an oppression action that there were better options for NNUK than Project Swift. If the board of NNUK gave due consideration to the issues before it, and its decision was reasonable, deference should be given to its business judgment. *BCE* at para. 40. In this case the board of NNUK was advised by leading outside legal and financial advisors and there is no evidence that the directors did not consider the issues carefully.

[395] Mr. Davies, the chairman of the Trustee, testified that at the time when the Trustee became party to the Swift Guarantee, if the Trustee had been at all concerned about whether the terms of the transaction provided adequate safeguard for the UK Plan, it could have gone to the Regulator but did not do so. He acknowledged that when the Trustee agreed to the terms of Project Swift, it had to be satisfied that it protected the UK Plan and its members by the terms agreed to, which in this case was the provision of the Swift Guarantee of NNL. Mr. Gilchrist, also a director of the Trustee, testified that if at any time the Trustee felt the UK Plan's interests were imperilled by Project Swift, it could have gone to the Regulator but it never considered that to be necessary. He said that the decision not to go to the Regulator was made by the Trustee on its own, without any influence or direction from NNUK or NNL. It is obviously the case that the Trustee was satisfied with the terms of the Swift Guarantee.

[396] I do not see how in the circumstances the Trustee can now assert that Project Swift unfairly disregarded the interests of the UK Plan or its members. The Trustee was intimately involved in the transaction for several months and was advised by leading solicitors and financial advisors. While it expected the remaining majority interest of NNSA to eventually be transferred to NNUK, it knew that there was no contractual requirement to do that.

[397] In any event, all of the parties to Project Swift expected and intended to have NNL's 91.17% interest in NNSA transferred to NNUK once the tax audit problems at NNSA were worked out and a valuation of NNSA obtained. Through no fault of NNL or NNUK, that did not happen before NNUK filed for administration in January, 2009. The failure cannot be regarded as any failure by NNL to regard the interests of the Trustee that would give rise to relief under

the oppression provisions of the CBCA. Moreover, there has never been a valuation done of NNSA which is in insolvency proceedings in France, and no evidence as to the value lost to NNUK of not having 91.17% of the shares of NNSA as an asset of NNUK. There is no evidence that the value lost by not having NNSA transferred to NNUK was more than the amount of the intercompany loan that was left owing by NNL to NNUK and not retired in December 2007.

[398] The UKPC make another claim regarding the Swift Guarantee. They contend that while it was agreed that the guarantee would be in the amount of US\$150 million, the Trustee wanted a guarantee of US\$600 million but agreed to the lesser amount of US\$150 million on the promise that NNSA would be transferred to NNUK. It is argued that the Trustee would not have agreed to a guarantee of less than US\$600 million had it known that NNSA would not be transferred to NNUK. Because that has not occurred, an oppression remedy ought to be granted allowing the claim of the Trustee at an additional US\$450 million on the Swift Guarantee. I cannot accept this contention.

[399] The evidence of Mr. Davies, the chairman of the Trustee, is that the Trustee was advised that if NNUK failed, the damage to the UK Plan would be US\$150 million. The US\$600 million was recommended by PWC to the Trustee as a negotiating position. The notion was that if the guarantee was for US\$600 million, it would fetch \$150 million in the event of an insolvency of NNL. Mr. Davies testified:

We were concerned that in the event of an insolvency, whatever amount would be awarded would get diluted by so many cents on the dollar. And we wanted to arrive at a figure of 150, which the analysis that had been produced showed to be the detriment to the pension scheme.

[400] For NNL to agree to US\$600 million in these circumstances could have amounted to a preference if NNL became insolvent, and Nortel advised the Trustee of that. Mr. Freemantle, a director of NNUK and someone who was negotiating with the Trustee, stated that to Mr. Davies in an e-mail:



As a result, in order to move the process forward and subject to obtaining all internal approvals, we are willing to consider offering an additional contingent support guarantee from NNL for the identified theoretical "gap" payable in the event of an insolvency of NNUK after a demand is made by the trustees. If exercised, this would be a senior unsecured obligation of NNL, *pari passu* with all other senior unsecured obligations of NNL. As such, we feel it would be totally inappropriate to increase the level of the guarantee beyond the level of the gap in order to create an adjustment factor based on some theoretical assumptions around NNL's ability to honour its commitments. It is paramount that we treat all senior unsecured creditors equally. From a corporate governance perspective, it is therefore difficult for NNL to justify offering mitigation in excess of an identified detriment which could be seen as a preference to one unsecured creditor over others.

[401] Mr. Davies testified at trial that the Trustees had concluded they were not going to persuade NNL to provide a guarantee of anywhere near USD\$600 million and agreed to counter NNL's offer of USD\$100 million with an offer of USD\$150 million and accept that amount if NNL agreed.

[402] The evidence does not support any notion that at the time there was a thought that the harm to the UK Plan in the event of an insolvency of NNUK would be US\$600 million. The US\$150 million detriment to the UK Plan was estimated by EY UK on the assumption that there would be no recoveries from the subsidiaries of NNUK on an insolvency of NNUK. The Trustee did not request a guarantee of US\$600 million on the basis that it was the estimate of harm that would be caused to the UK Plan by an insolvency of NNUK. Mr. Davies was quite open in his negotiations with Mr. Freemantle that the US\$600 million figure was put forward so that on an insolvency of NNL, the amount that would be realized by the Trustee under the Swift Guarantee would be US\$150 million.

[403] Nor is there any evidence that the Trustee would have required a guarantee of US\$600 million if it had known that the 91.17% of NNSA would not be transferred to NNUK. The figure of US\$600 million had nothing to do with NNSA. Mr. Davies' letter to Mr. Freemantle of December 20, 2007, which he said in his affidavit he wrote to record why the Trustee had taken

the points that it had, said nothing about giving up a guarantee of US\$600 million because of the anticipated NNSA transfer. He said the opposite. In his note he stated:

After careful reflection, the trustee became prepared to accept a limited guarantee from NNL (in the amount of \$150m) on the insolvency of NNUK in order for Project Swift to proceed. I would note that whilst it is not and has never been the trustee's intention to frustrate the progress of Project Swift, the company will appreciate that we are obliged to protect the interests of the plan's members. We appreciate that Project Swift will generate tax savings at the NNUK level, however on taking Independent financial and legal advice, it did appear to the Trustee that Project Swift will also have potential downsides which cannot be ignored, and we have shared our concerns with the company in this respect. In particular, whilst admittedly a remote scenario, it does seem clear that following Project Swift, the plan would be materially worse off in a group wide and NNUK insolvency scenario, hence our request for additional security to address this potential weakening in employer covenant.

[404] That is, the extra security of a guarantee of US\$600 million was to cover the eventuality that NNL became insolvent in a group wide insolvency and would be able to pay only so many cents on the dollar, which is exactly what Mr. Davies' evidence was and which the contemporaneous documents disclosed.

[405] Mr. Davies testified that if he had been told that the 91.17% of NNSA held by NNL would not be transferred to NNUK, he would not have agreed not to object to Project Swift. This is the form of the leading question put to him. Even assuming the evidence to be reliable, I do not think it assists the Trustee's case. No one at the time of the closing of Project Swift thought that the interest in NNSA would not be transferred. It was expected that the transfer would eventually take place after the issues in NNSA were sorted out. No one misled Mr. Davies on this. I do not accept that Mr. Freemantle gave him any definite date when the transfer would take place. It was unknown when the problems with NNSA would be concluded and a valuation done. If a fixed date for the transfer was of importance to the Trustee, one might have expected with the legal advice the Trustee was receiving that a covenant regarding timing would have been requested.

[406] In any event, I have difficulty accepting the reliability of this testimony of Mr. Davies. It was not contained in his affidavit and there is no contemporaneous note that refers to the NNSA transfer as being a condition of Mr. Davies' agreeing to the Swift Guarantee. Nor is there any evidence that Mr. Davies thought that the amount of the intercompany loan that was not being retired was less than the value of NNSA. I regard the testimony as being *ex post* rationalization.

[407] Even if there were some basis for concluding that NNL had unfairly disregarded the interests of NNUK in relation to Project Swift, which I do not think the case, I would see no basis to order that the difference of US\$450 million between the negotiating position of the Trustee and the amount settled on in the Swift Guarantee that should be paid by NNL to the Trustee. It would amount to NNUK receiving the 91.17% of NNSA without paying for it.

[408] I find that there was no oppressive conduct by NNL in connection with Project Swift.

### **(iii) Funding and Swift Guarantees**

[409] The UKPC also contend that if the Funding Guarantee or Swift Guarantee that NNL signed in favour of the Trustee are held not to be enforceable, the Trustee had an expectation that they would be enforceable and therefore an oppression remedy should be granted for the amount of those guarantees. I have held that the Funding Guarantee is enforceable but that the Swift Guarantee is not.

[410] I fail to see how this claim has any merit. Either the guarantees by their terms are enforceable or they are not. They are to be interpreted as disclosing the intention of the parties to them. In this case, the Trustee was well advised in connection with both guarantees. Surely the expectation of the parties is derived from the terms of the agreement. In *J.S.M. Corp. (Ontario) Ltd. v. Brick Furniture Warehouse Ltd.* (2008), 41 B.L.R. (4th) 51 (Ont. C.A.) Doherty J.A. stated:

**62** The reasonable expectations of parties to commercial agreements negotiated at arm's length must be those reasonable expectations that find expression in the agreements negotiated by the parties.

[411] I find that there was no oppressive conduct by NNL in connection with the Funding Guarantee or Swift Guarantee.

#### **(iv) Transfer pricing**

[412] While in their initial closing brief the UKPC included claims of \$262 million and \$335 million under their heading Remedial Claims (which included their oppression claim) for alleged improper transfer pricing, they stated in their reply closing brief that no allegation regarding transfer pricing was being made in their oppression claim.

#### **(v) Conclusion**

[413] The Monitor's disallowance of the claim of the UKPC for oppression is upheld.

#### **Unjust Enrichment**

[414] The UKPC make a claim for unjust enrichment for the same matters that are the subject of the oppression claim. In their post-trial brief a claim for a constructive trust was made as well, but this was abandoned in their post-trial reply brief.

[415] The test for unjust enrichment is well established in Canada. There must be (i) an enrichment of the defendant, (ii) a corresponding deprivation of the plaintiff and (iii) an absence of juristic reason for the enrichment. See *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629 at para. 30.

[416] The Monitor takes the position that there can be no claim by the UKPC as the Trustee asserts harm to NNUK and that there must be a direct nexus between the enrichment of the defendant and the deprivation of the plaintiff. As there has been no deprivation of the Trustee, it is said that there is no direct nexus between the enrichment of NNL, assuming there was such an enrichment, and a deprivation to the Trustee, assuming there was such a deprivation.

[417] This principle of the need for a direct nexus between the enrichment of the defendant and the deprivation of the plaintiff is taken from a number of cases dealing with plaintiffs who acquired a product or services from a retailer and sued the supplier to the retailer in unjust enrichment. See *VGI General Partner Inc. v. Ensis Management Inc.*, [2010] ONSC 3766. In that case Justice Perell struck a claim in unjust enrichment in a class action. In the passage relied on by the Monitor, he stated:

**20** With respect to the first two elements, there must be a direct nexus between the enrichment of the defendant and the deprivation of the plaintiff: *Brian Singer v. Schering-Plough Canada Inc.*, [2010] O.J. No. 113 (S.C.J.) at para. 111. In other words, the defendant's enrichment must cause the plaintiff to suffer a corresponding economic deprivation: *Barnabe v. Touhey* (1995), 26 O.R. (3d) 477 (C.A.), revg. (1994), 18 O.R. (3d) 370 (Gen. Div.); *Sharwood & Co. v. Municipal Financial Corp.* (2001), 53 O.R. (3d) 470 (C.A.).

[418] The statement of the need for a direct nexus came from a decision of Strathy J. (as he then was) in *Brian Singer v. Schering-Plough Canada Inc.*, a class action by purchasers of sunscreen against the manufacturer of the sunscreen and not against the retailers from whom the sunscreen was purchased. Strathy J. stated, in part:

111 ...It is equally well-settled that there must be a direct nexus between the enrichment of the defendant and the deprivation of the plaintiff.

112 This issue was discussed by the Court of Appeal in the context of an attack on a pleading in a proposed class action involving a prescription drug: *Boulanger v. Johnson & Johnson Corp.* (2003), 174 O.A.C. 44, [2003] O.J. No. 2218. The plaintiff claimed, among other things, that she was entitled to reimbursement from the manufacturer for the purchase price paid for the drug on the ground of unjust

enrichment. In dismissing the appeal on this issue, the Court of Appeal held that the price paid by the consumer had been paid to retailers and not to the manufacturer. The indirect and incidental benefit received by the manufacturer could not ground a claim for unjust enrichment. The Court of Appeal stated, at paras. 20 and 21:

[T]he appellant seeks to support these paragraphs on the basis of unjust enrichment. In my view this argument also fails. The difficulty is that the purchase price for which the appellant seeks reimbursement was paid to the retailer not to the respondents. Any benefit to the respondents from this payment was indirect and only incidentally conferred on the respondents. Unjust enrichment does not extend to permit such a recovery. In *Peel (Regional Municipality) v. Canada*; *Peel (Regional Municipality) v. Ontario*, 1992 CanLII 21 (S.C.C.), [1992] 3 S.C.R. 762, McLachlin J. said this at para. 58:

To permit recovery for incidental collateral benefits would be to admit of the possibility that a plaintiff could recover twice - once from the person who is the immediate beneficiary of the payment or benefit (the parents of the juveniles placed in group homes in this case), and again from the person who reaped an incidental benefit. [Citations omitted.] It would also open the doors to claims against an undefined class of persons who, while not the recipients of the payment or work conferred by the plaintiff, indirectly benefit from it. This the courts have declined to do. The cases in which claims for unjust enrichment have been made out generally deal with benefits conferred directly and specifically on the defendant, such as the services rendered for the defendant or money paid to the defendant.

115 In my view, the claim based on unjust enrichment does not disclose a cause of action. The purchase of sunscreen by the plaintiff did not result in a corresponding enrichment of the defendants because the plaintiff purchased the products from a retailer and not directly from the defendants.

[419] The UKPC relies on a recent decision of *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corp.*, [2013] 3 S.C.R. 477. In that case, a class action claim in unjust enrichment against Microsoft was made by consumers who acquired Microsoft products from sellers who had purchased the product from Microsoft. The claim alleged that Microsoft had overcharged for its PC operating

systems and applications software. The claim was allowed to proceed. Rothstein J. for the Court stated:

**87** In support of its first argument, Microsoft cites *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762. In *Peel*, McLachlin J. (as she then was) held, at p. 797, that "[t]he cases in which claims for unjust enrichment have been made out generally deal with benefits conferred directly and specifically on the defendant". A claim in unjust enrichment must be based on "more than an incidental blow-by. A secondary collateral benefit will not suffice. To permit recovery for incidental collateral benefits would be to admit of the possibility that a plaintiff could recover twice - once from the person who is the immediate beneficiary of the payment or benefit ... , and again from the person who reaped an incidental benefit" (*Peel*, at p. 797). The words of *Peel* themselves would appear to foreclose the possibility of an indirect relationship between plaintiff and defendant. However, this does not resolve the issue. First, it is not apparent that the benefit to Microsoft is an "incidental blow-by" or "collateral benefit". Second, Pro-Sys relies on *Alberta Elders*, which it says stands for the proposition that an unjust enrichment may be possible where the benefit was indirect and was passed on by a third party. At this stage, I cannot conclude that it is plain and obvious that a claim in unjust enrichment will be made out only where the relationship between the plaintiff and the defendant is direct.

[420] I do not think that the statements in these cases that the relationship between the plaintiff and defendant must be direct, or that it is not plain and obvious that it must be direct, are applicable to this case. All of those cases dealt with plaintiffs who allegedly suffered the damages. There was no issue about that and the courts did not deal with whether someone else who had not suffered the damage could bring the action for unjust enrichment. That is the issue in this case, in which it is alleged that while NNUK suffered the damages, the Trustee may make an indirect claim of unjust enrichment.

[421] It seems to me that one must start with the basic principle that a plaintiff must establish that he or she suffered damage. If any authority is needed for this proposition, see Harvey McGregor, *McGregor on Damages* (Sweet & Maxwell, 19<sup>th</sup> ed.) at para. 2-001 in which it is stated that the object of an award of damages is to give the claimant compensation for the damage, loss or injury he has suffered. The test in an action for unjust enrichment that the

plaintiff must establish a corresponding deprivation does not say anything differently. Thus I do not see any basis in this case for a claim of unjust enrichment by the Trustee for deprivation caused to NNUK.

[422] I will deal briefly with the claims.

**(i) Unjust enrichment claims**

[423] The UKPC is a creditor of NNUK and holds 93% of the accepted claims. It claims:

- (a) 93% of the interest free loan from NNUK to>NNL as at December 20, 2007; and
- (b) 93% of the interest payable on the interest free loan, estimated by its expert to be \$135.6 million.

[424] The UKPC further claim US\$450 million representing the difference in the amount of the Swift Guarantee and the amount sought.

[425] In the event that either of the Funding Guarantee or the Swift Guarantee are held to be unenforceable, the UKPC claim the amount of such guarantees.

**(ii) Interest free loans**

[426] I see no basis for this claim. First, it has not been established that there has been an enrichment of>NNL.

[427] These loans were the result of amounts allocated to NNUK under the profit split method contained in the MRDA. Pursuant to the MRDA, transfer pricing adjustments for the Participants, which included>NNL,>NNI (the US operating subsidiary),>NNUK,>NNSA (the



French operating subsidiary) and Nortel Networks Ireland, were administered by NNL for all of the Participants. Article 3(d) provides:

(d) NNL agrees to administer this Agreement and the determinations under the RPSM as contemplated in this Agreement with respect to its interest and the interests of the Participants, and in particular, to compute the amount of any R&D Allocation to, and payment due from, each Participant on a periodic basis. Each Participant will be supplied with a copy of the calculations required under the RPSM as set forth in Schedule A. Any payment to, and payment from, a Participant will be reflected in the intercompany accounts of the affected Participant as a payable or a receivable, whatever the case may be and may be netted pursuant to the standard NNL practice for managing inter-company accounts.

[428] This provision reflected the way in which the Nortel Group operated. Because Nortel was an integrated global organization in which the various entities had a high degree of interdependence and integration, managing cash in an efficient manner was in the best interests of Nortel as a whole, and all of the entities within it. If surplus cash was left to sit in the account of one subsidiary and could not be moved, and if as a result, tax “leakage” or avoidable financing costs were incurred, every entity in the organization would ultimately suffer. All liquidity decisions were made in compliance with applicable regulatory and legal requirements, and movements of cash were implemented by way of intercompany loans, dividends and equity investments, in accordance with applicable local laws. This included obtaining board approval from the appropriate subsidiaries for the transactions in question.

[429] The fact that the books of NNUK reflected a loan to NNL is no proof that NNL used the cash for its own purposes. Cash was moved throughout the Nortel Group as required. The loan reflected allocations to NNUK under the MRDA derived from the profit split method used by the MRDA to allocate total Nortel residual profits to the participants. The Trustee has not established an enrichment to NNL regarding these loans. The same pertains to the interest free

aspect of the loans. There is no basis to say that under the agreement made by NNUK, NNL was obliged to pay interest.

[430] So far as a corresponding deprivation of NNUK is concerned, there is no proof that had the loans not existed or had interest been paid on them, any of the money would have gone into the UK Plan. Before 2003 when a deficit first appeared in the UK Plan, there was a contribution holiday on NNUK under which payments to the plan were not required. The evidence was that this was the standard practice in the UK and was recommended by the actuaries. The UK Government introduced legislation to prevent the accumulation of surpluses that could be used to avoid taxes by employers. Once the deficit appeared in January 2003, NNUK made periodic payments that were higher than would have been paid under a typical UK Plan recovery plan at the time, and then made payments as agreed with the Trustee under the 2005 and 2006 agreements. The discussions regarding these payments were primarily with Mr. Ken Gardener, the then chairman of the Trustee. Mr. Gardener was not called as a witness.

[431] It cannot be said that there was an absence of juristic reason for the interest free loans. The MRDA and the later agreements made between NNL and NNUK and authorized by the board of directors of NNUK was a juristic reason for the loans. The board of NNUK considered the loans to be in the best interests of NNUK, and there is no basis to ignore the business judgment exercised by the directors.

[432] Thus none of the three elements of unjust enrichment have been established by the UKPC with respect to the interest free loans.

### **(iii) Project Swift**

[433] The UKPC seek recognition of a claim for US\$450 million representing the difference between the amount of the Swift Guarantee of \$150 million and the amount of US\$600 million requested by the Trustee in reliance on representations that all of NNSA would be transferred to NNUK.

[434] I need not repeat all of the findings on this issue made in the oppression claim asserted by the UKPC. The US\$600 million was a negotiating position to arrive at an estimated loss of US\$150 million in the event of a world-wide insolvency of the Nortel Group.

[435] The UKPC has not established any deprivation of NNUK. The value of NNL's 91.17% interest in NNSA was expressly excluded from the amount of the inter-company loan forgiven by NNUK. NNL received no benefit. It just retained its 91.17% of NNSA. There is no evidence that its interest in NNSA was worth more than the amount of the loan retained by NNUK at the time of Project Swift or at any later time. No further valuation was ever done of NNSA.

[436] The size of the Swift Guarantee was agreed between NNL and the Trustee. There is no lack of juristic reason for the size of the guarantee. While all parties intended that NNL's interest in NNSA would eventually be transferred once the issues at NNSA were resolved, there was no binding agreement requiring the transfer and the Trustee was well aware of that at the time it agreed to the Swift Guarantee. The decision to defer the NNSA transfer was made by the board of directors of NNUK. Time ran out before the issues at NNSA were resolved. There is no lack of juristic reason for the inability of NNL's interest in NNSA being transferred before NNUK entered into administration in January, 2009.

#### **(iv) Funding and Swift guarantees**

[437] In the event that either of the Funding Guarantee or the Swift Guarantee are held to be unenforceable, the UKPC claim the amount of such guarantees.

I have held the Swift Guarantee not to be enforceable. However I see no basis for an unjust enrichment claim. The juristic reason for that guarantee not being enforceable is because of its terms which were negotiated between NNL and the Trustee. Moreover, if by its terms it is not enforceable there has been no enrichment of NNL in not paying on the guarantee or deprivation of the Trustee in not receiving payment.

**(v) Conclusion**

[438] The disallowance of the unjust enrichment claim by the Monitor is upheld.

**End Result**

[439] The claim of the UKPC on the Funding Guarantee is allowed in the amount of £339.75 million. The Monitor's disallowance of the other claims is upheld.

[440] If any party wishes costs, they should advise the opposite party and attempt to work out a procedure for settling costs. A 9:30 am appointment may be taken out to discuss the process.

---

Newbould J.

**Released:** December 9, 2014

**CITATION:** Re Nortel Networks Corporation et al, 2014 ONSC 6973  
**COURT FILE NO.:** 09-CL-7950  
**DATE:** 20141200

**ONTARIO**  
**SUPERIOR COURT OF JUSTICE**  
**COMMERCIAL LIST**

**MATTER OF THE COMPANIES'**  
**CREDITORS ARRANGEMENT ACT,**  
**R.S.C. 1985, c. c-36, AS AMENDED**

**AND IN THE MATTER OF A PLAN OF**  
**COMPROMISE OR ARRANGEMENT**  
**OF NORTEL NETWORKS**  
**CORPORATION, NORTEL**  
**NETWORKS LIMITED, NORTEL**  
**NETWORKS GLOBAL**  
**CORPORATION, NORTEL**  
**NETWORKS INTERNATIONAL**  
**CORPORATION and NORTEL**  
**NETWORKS TECHNOLOGY**  
**CORPORATION**

**APPLICATION UNDER THE**  
**COMPANIES' CREDITORS**  
**ARRANGEMENT ACT, R.S.C. 1985, c.**  
**C-36, AS AMENDED**

---

**REASONS FOR JUDGMENT**

---

NEWBOULD J.

**Released:** December 9, 2014



# **TAB 15**

2016 ONSC 8192  
Ontario Superior Court of Justice [Commercial List]

Rizzo, Re

2016 CarswellOnt 21774, 2016 ONSC 8192, 282 A.C.W.S. (3d) 245, 50 C.B.R. (6th) 316

**IN THE MATTER OF THE PROPOSAL OF MARCO RIZZO AND ANGELA  
RIZZO OF THE CITY OF MISSISSAUGA IN THE PROVINCE OF ONTARIO**

Penny J.

Judgment: December 14, 2016<sup>\*</sup>  
Docket: 32-2132473, 32-2132474

Proceedings: additional reasons at *Rizzo, Re* (2017), 2017 ONSC 4234, 2017 CarswellOnt 12497, Penny J. (Ont. S.C.J. [Commercial List])

Counsel: P. Gertler, for Trustee  
M. Harris, for Rizzos  
L. Hansen, for Royal Bank of Canada

Subject: Corporate and Commercial; Estates and Trusts; Insolvency

MOTION by trustee for approval of proposal.

***Penny J.:***

- 1 This is a motion by the Trustee for approval of the joint proposal of the debtors, the Rizzos. The motion is opposed by RBC.
- 2 RBC opposes on the basis that its vote against the proposal was not counted. It is common ground that RBC's vote, if counted, would have defeated the proposal.
- 3 The Trustee says the "vote" of RBC was not valid, that RBC was advised of this and did nothing to file a valid vote. RBC failed to attend the meeting of creditors. Only one creditor voted; it voted in favour of the proposal.
- 4 The threshold question is whether the Trustee was right to reject RBC's purported "vote." There is a secondary issue about whether RBC was served with the proposal and notice of meeting.
- 5 [Section 53](#) provides that any creditor with a proven unsecured claim may indicated assent or dissent *from a proposal prior to* the first meeting of creditors.
- 6 What happened in this case is that the Trustee received a joint NOI from the debtors on June 8, 2016. The Trustee served the NOI on all known creditors by ordinary mail. RBC was served at two addresses: i) legal counsel for RBC; and ii) BankruptcyHighway.com, an agent for RBC. This was sent out on June 9, 2016.
- 7 In response to the NOI, which did not contain any proposal whatsoever, the Trustee received, from Security Recovery Group Inc., another agent for RBC, two proofs of claim, each in the amount of \$438,434.31; one proof for each debtor.
- 8 SRG also sent a voting letter. It asked the Trustee to count RBC's vote "with respect to the proposal" of the Rizzos "against acceptance of the proposal made as of the 08<sup>th</sup> day of June, 2016."



9 As of June 8, or indeed the date of SRG's letter, June 20 and the date of the Trustee's response to SRG on June 22, 2016, There was no proposal filed by the debtors.

10 The Trustee wrote to SRG on June 22, 2016 advising that the Trustee's position was that because no proposal was yet in existence, the RBC/SRG "vote" was invalid and that RBC would have to provide a proper voting letter once the proposal was received. This was also sent to RBC's counsel. The Trustee received no response to this communication.

11 The debtors filed a proposal July 7. The Trustee served the proposal on all creditors. The Evidence is that the Trustee served RBC three ways: i) to RBC's counsel; ii) to SRG; and iii) to BankruptcyHighway.com. This package included not only the proposal by notice of the first meeting of creditors and forms for proof of claim and a voting letter.

12 The Trustee received nothing further from RBC. The meeting provided proceeded on July 27. RBC did not attend. One creditor, with a claim of \$278,561.29, attended and voted for the proposal. The Proposal was deemed to have been accepted. Consistent with its position, the Trustee did not count the RBC June 22 "vote".

13 RBC claims its vote was valid and ought to have been counted. While I would not go so far as to say a creditor could never lodge a valid vote against a proposal before receiving it, in this case, I find the vote was not valid. The Trustee was correct in not counting it.

14 [Section 53](#) permits a creditor to assent or dissent "from a proposal" before a meeting. [Section 54](#) says the creditor may accept or refuse "the proposal" at the meeting. The statutory scheme for creditor voting assumes there *is* a proposal.

15 SRG's purported "vote" was on its face defective. It tells the Trustee to lodge RBC's vote "against the proposal of June 8." There was no proposal of June 8.

16 The "vote" was defective. It purports to vote on a proposal that did not exist and which by definition RBC or its agent SRG had never seen. The Trustee was right to reject an obviously defective "vote".

17 The Trustee made its position abundantly clear to RBC's agents. RBC had every opportunity to cure the defect. It failed to do so. This conclusion is consistent with the rehabilitative purpose of the proposal provision of the [BIA](#). The Trustee was correct not to record RBC's "vote" against a non-existent proposal.

18 RBC, in the alternative, argues that it was never served with the proposal, notice of meeting or additional voting letters. It argues that it was therefore deprived of the opportunity to review the proposal and lodge a further vote or attend the meeting.

19 I do not think this argument can be sustained.

20 The Trustee personally swore and affidavit of service which included service on three RBC agents. The Trustee was not cross-examined on his affidavit. A representative of SRG says he did not receive this package. He too was not cross-examined. There is no doubt that RBC's lawyers and BankruptcyHighway.com received the proposal etc. as RBC's agents.

21 I do not think RBC's argument affords valid grounds for complaint for three reasons.

1. First, RBC does not dispute that it received the Trustee's rejection of its original June 22 voting letter. It never did anything to follow up on that. It was put on notice there was a problem. It took no action. In the [BIA](#) system, there is an expectation that parties, especially sophisticated parties, exercise due diligence in the advancement of their interests. Ignoring the Trustee's email was not duly diligent.

2. SRG admits it received every other communication sent to it about this file from the Trustee. It would have to do better than a bald denial, especially in the face of the Trustee's affidavit of service, to convince me that the notice of meeting etc. was never received by SRG.

3. Further, RBC cannot deny that at least two other agents involved in this file received the proposal and the notice.

22 For these reasons, I find that the Trustee was correct in rejecting the June 22 "vote" and that RBC was not denied due process.

23 The motion for approval of the proposal is granted.

24 In a separate endorsement, I have already dealt with the debtors' request to lift the stay[sic] to enable their house to be sold.

25 The Trustee is entitled to its costs. He may file a brief written submission of no more than two typed double-spaced pages together with a bill of costs within 7 days. RBC may respond with a similar submission, subject to the same limit, within another 7 days.

*Motion granted.*

### Appendix

Court File Number: 32-2132483  
 Superior Court of Justice 32-2132484  
 Commercial List

**FILE/DIRECTION/ORDER**

Re Bankruptcy of Marco Rizzo/Angela Rizzo/Trustee Plaintiff(s)  
 AND  
Royal Bank of Canada Defendant(s)

Case Management ☐ Yes ☐ No by Judge: \_\_\_\_\_

| Counsel                    | Telephone No: | Facsimile No: |
|----------------------------|---------------|---------------|
| <u>P. Gauthier/Trustee</u> |               |               |
| <u>M. Harris/Rizzo</u>     |               |               |
| <u>L. Hansen/RBC</u>       |               |               |

☐ Order ☐ Direction for Registrar (No formal order need be taken out)  
☐ Above action transferred to the Commercial List at Toronto (No formal order need be taken out)

☐ Adjourned to: \_\_\_\_\_  
☐ Time Table approved (as follows): \_\_\_\_\_

|                                                |
|------------------------------------------------|
| <u>This is a motion by the Trustee to</u>      |
| <u>bring forward for approval of the joint</u> |
| <u>proposal of the debtors, the Rizzos.</u>    |
| <u>The motion is opposed by RBC.</u>           |
| <u>RBC opposes on the basis that its</u>       |
| <u>vote against the proposal was not</u>       |
| <u>counted.</u>                                |
| <u>It is common ground that RBC's vote</u>     |
| <u>December 14, 2016</u>                       |
| <u>P. J.</u>                                   |
| Date Judge's Signature                         |

☐ Additional Pages 11

### Graphic 1

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                                                                                                                     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| it would have defeated the proposal.                                                                                                                                                                                             |
| The trustee says the "vote" of RBC was not valid, that RBC was advised of this and did nothing to file a valid vote. RBC failed to attend the meeting of creditors. Only one creditor voted, it voted in favour of the proposal. |
| The threshold question is whether the trustee was right to reject RBC's purported "vote."                                                                                                                                        |
| There is a secondary issue about whether RBC was served with the proposal and notice of meeting.                                                                                                                                 |
| Section 53 provides that any creditor with a proven vote and claim                                                                                                                                                               |

Page 2 of 11

Judges Initials MAP

Graphic 2

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                                                                        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| may indicate assent or dissent from a proposal prior to the first meeting of creditors.                                                                                             |
| What happened in this case is that the trustee received a joint NO1 from the debtors on June 8, 2016.                                                                               |
| The trustee served the NO1 on all known creditors by ordinary mail. RBC was served at two addresses:                                                                                |
| i) legal counsel for RBC; and                                                                                                                                                       |
| ii) Bankruptcy Highway.com, an agent for RBC.                                                                                                                                       |
| This was sent out on June 9, 2016.                                                                                                                                                  |
| In response to the NO1, which did not contain any proposal whatsoever, the trustee received, from Security Recovery Group Inc., another agent for RBC, two proofs of claim, each in |

Page 3 of 11

Judges Initials MAP

Graphic 3

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                                                                                                                                                               |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| The amount of \$428,434.21; one proof for each debtor.                                                                                                                                                                                                                     |
| SRG also sent a voting letter. It <del>did</del> asked the Trustee to <del>count</del> RBC's vote "with respect to the proposal of the Riccos," <del>to</del> against acceptance of the proposal made as of the 20th day of June, 2016.                                    |
| As of June 8, or indeed the date of SRG's letter, June 20 and the date of the Trustee's response to SRG on June 22, 2016, there was no proposal filed by the debtors.                                                                                                      |
| The Trustee wrote to SRG on June 22, advising that the Trustee's position was that because no proposal was yet in existence, the RBC/SRG "vote" was invalid and that RBC would have <del>to</del> <del>be</del> <del>able</del> to provide a proper voting letter once the |

Page 4 of 11 Judges Initials MAP

Graphic 4

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                               |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| proposal was received. This was also sent to RBC's counsel.                                                                                |
| The Trustee received no response to this communication.                                                                                    |
| The debtors filed a proposal July 7.                                                                                                       |
| The Trustee served the proposal on all creditors. The evidence is that the Trustee served RBC three ways:                                  |
| i) to RBC's counsel;                                                                                                                       |
| ii) to SRG; and                                                                                                                            |
| iii) to Bankruptcy Highway.com.                                                                                                            |
| This package included not only the proposal but notice of the first meeting of creditors and forms for proof of claim and a voting letter. |
| The Trustee received nothing further from RBC.                                                                                             |
| The meeting proceeded on July 27. RBC did not attend.                                                                                      |

Page 5 of 11 Judges Initials MAP

Graphic 5

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                                                                                                                                                                   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| One creditor, with a claim of \$278,611.29, attended and voted for the proposal. The proposal was deemed to have been accepted. Consistent with its position, the Trustee did not count the RBC June 22 "vote."                                                                |
| RBC claims its vote was valid and ought to have been counted. While I would not go so far as to say a creditor could never lodge a valid vote against a proposal before receiving it, in this case, I find the vote was not valid. The Trustee was correct in not counting it. |
| Section 54 permits a creditor to assent or dissent "from a proposal" before a meeting. Section 54 says the creditors may accept or refuse "the proposal" at the meeting.                                                                                                       |
| Page <u>6</u> of <u>11</u> Judges Initials <u>MAP</u>                                                                                                                                                                                                                          |

Graphic 6

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                                                                                                                        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| The statutory scheme for creditor voting assumes there is a proposal. SRG's purported "vote" was on its face defective. It tells the Trustee to lodge RBC's vote "against the proposal of June 8." There was no proposal of June 8. |
| The "vote" was defective. It purported to vote on a proposal that did not exist and which, by definition, RBC or its agent <del>SRG</del> had never seen. The Trustee was right to reject an obviously defective "vote."            |
| The Trustee made its position abundantly clear to RBC's agent. RBC had every opportunity to cure the defect. It failed to do so.                                                                                                    |
| This conclusion is consistent with the                                                                                                                                                                                              |
| Page <u>7</u> of <u>11</u> Judges Initials <u>MAP</u>                                                                                                                                                                               |

Graphic 7

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| rehabilitation purpose of the proposed provision of the BIA.                                                                        |
| The Trustee was correct not to record RBC's "vote" against a non-existent proposal.                                                 |
| RBC, in the alternative, agrees that it was never served with the proposal, notice of meeting or additional voting letters.         |
| It agrees that it was therefore, deprived of the opportunity to review the proposal and lodge a further vote or attend the meeting. |
| I do not think this argument can be sustained.                                                                                      |
| The Trustee personally swore an affidavit of service which includes                                                                 |

Page 8 of 11

Judges Initials MAP

Graphic 8

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                                                                                                                                                |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| service on these RBC agents. The Trustee was not cross examined on his affidavit.                                                                                                                                                                           |
| A representative of SRG says he did not receive this. He too was not cross examined.                                                                                                                                                                        |
| There is no doubt that RBC's lawyers and Bankruptcy Highway.com received the proposal etc. as RBC's agents.                                                                                                                                                 |
| I do not think <del>RBC's agents</del> <sup>RBC's agents</sup> <del>affidavit</del> <sup>notice</sup> grounds for complaint for these reasons.                                                                                                              |
| First, RBC does not dispute that it received the Trustee's rejection of its original Term 2 <sup>nd</sup> voting letter. It never did anything to follow up on that. It was <del>put</del> <sup>put</sup> on notice there was a problem. It took no action. |
| In the BIA system, there is an                                                                                                                                                                                                                              |

Page 9 of 11

Judges Initials MAP

Graphic 9



Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                                                                                                                                                                           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| expectation that parties, especially sophisticated parties, exercise due diligence in the advancement of their interests. Ignoring the Trustee's email was not truly diligent.                                                                                                         |
| ② SRG admits it received every other communication sent to it about this file from the Trustee. It would have to do better than a bald denial, especially in the face of the Trustee's affidavit of service, to convince me that the notice of meeting etc. was never received by SRG. |
| ③ Even then, RBC cannot deny that at least two other parties involved in this file received the proposal and the notice.                                                                                                                                                               |

Page 10 of 11

Judges Initials MAP

Graphic 10

Court File Number: \_\_\_\_\_

Superior Court of Justice  
Commercial List

## FILE/DIRECTION/ORDER

| Judges Endorsement Continued                                                                                                                                                                                                                                         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| For these reasons, I find that the Trustee was correct in rejecting the June 22 <sup>nd</sup> "vote" and that RBC was not denied due process.                                                                                                                        |
| The motion <sup>for approval of the proposal</sup> <del>is approved</del> is granted.                                                                                                                                                                                |
| In a separate endorsement, I have already dealt with the debtors' request to lift the stay to enable their home to be sold.                                                                                                                                          |
| The Trustee is entitled to its costs. He may file a brief written submission of no more than two typed double spaced pages together with a bill of costs within 7 days. RBC may respond with a similar submission, subject to the same limit, within another 7 days. |

Page 11 of 11

Judges Initials MAP

Graphic 11

Footnotes

- \* Additional reasons at *Rizzo, Re* (2017), 2017 CarswellOnt 12497, 2017 ONSC 4234, 50 C.B.R. (6th) 332 (Ont. S.C.J. [Commercial List]).

---

**End of Document**

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.



# **TAB 16**



**SUPREME COURT OF CANADA**

**CITATION:** York University v.  
Canadian Copyright Licensing  
Agency (Access Copyright),  
2021 SCC 32

**APPEALS HEARD:** May 21, 2021  
**JUDGMENT RENDERED:** July 30,  
2021  
**DOCKET:** 39222

**BETWEEN:**

**York University**  
Appellant

and

**Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”)**  
Respondent

- and -

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),  
Authors Alliance, Ariel Katz, Canadian Association of Law Libraries,  
Canadian Association of University Teachers, Canadian Federation of  
Students, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest  
Clinic, Centre de droit des affaires et du commerce international, Chaire L. R.  
Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce  
électronique, Copyright Collective of Canada, Canadian Musical  
Reproduction Rights Agency Ltd., Canadian Retransmission Collective,  
CONNECT Music Licensing Service Inc., Société de gestion collective des  
droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec,  
Canadian Media Producers Association, Association québécoise de la  
production médiatique, International Authors Forum, International  
Federation of Reproduction Rights Organisations, International Publishers  
Association, Association of Canadian Publishers, Canadian Publishers’  
Council, Writers’ Union of Canada, Canadian Association of Research  
Libraries, Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education,  
Canada, Music Canada, Canadian Music Publishers Association, Association  
québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, Professional**

**Music Publishers Association, Canadian Independent Music Association,  
Colleges and Institutes Canada and Universities Canada**  
Intervenors

**AND BETWEEN:**

**Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”)**  
Appellant

and

**York University**  
Respondent

- and -

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),  
Authors Alliance, Ariel Katz, Canadian Association of Law Libraries,  
Canadian Association of University Teachers, Canadian Federation of  
Students, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest  
Clinic, Centre de droit des affaires et du commerce international, Chaire L. R.  
Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce  
électronique, Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada,  
Copyright Collective of Canada, Canadian Musical Reproduction Rights  
Agency Ltd., Canadian Retransmission Collective, CONNECT Music  
Licensing Service Inc., Société de gestion collective des droits des producteurs  
de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec, Association of Canadian  
Publishers, Canadian Publishers’ Council, Writers’ Union of Canada,  
Canadian Association of Research Libraries, Music Canada, Canadian Music  
Publishers Association, Association québécoise de l’industrie du disque, du  
spectacle et de la vidéo, Professional Music Publishers Association, Canadian  
Independent Music Association and Universities Canada**  
Intervenors

**CORAM:** Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe,  
Martin and Kasirer JJ.

**REASONS FOR** Abella J. (Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté,  
**JUDGMENT:** Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ. concurring)  
(paras. 1 to 108)

**NOTE:** This document is subject to editorial revision before its reproduction in final  
form in the *Canada Supreme Court Reports*.

\_\_\_\_\_

**York University**

*Appellant*

v.

**Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”)**

*Respondent*

and

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),  
Authors Alliance,  
Ariel Katz,  
Canadian Association of Law Libraries,  
Canadian Association of University Teachers,  
Canadian Federation of Students,  
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic,  
Centre de droit des affaires et du commerce international,  
Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce  
électronique,  
Copyright Collective of Canada,  
Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd.,  
Canadian Retransmission Collective,  
CONNECT Music Licensing Service Inc.,  
Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de  
vidéogrammes du Québec,  
Canadian Media Producers Association,  
Association québécoise de la production médiatique,  
International Authors Forum,  
International Federation of Reproduction Rights Organisations,  
International Publishers Association,  
Association of Canadian Publishers,  
Canadian Publishers’ Council,  
Writers’ Union of Canada,  
Canadian Association of Research Libraries,  
Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada,  
Music Canada,  
Canadian Music Publishers Association,  
Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo,**

**Professional Music Publishers Association,  
Canadian Independent Music Association,  
Colleges and Institutes Canada and  
Universities Canada**

*Interveners*

- and -

**Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”)**

*Appellant*

v.

**York University**

*Respondent*

and

**Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC),  
Authors Alliance,  
Ariel Katz,  
Canadian Association of Law Libraries,  
Canadian Association of University Teachers,  
Canadian Federation of Students,  
Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic,  
Centre de droit des affaires et du commerce international,  
Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce  
électronique,  
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada,  
Copyright Collective of Canada,  
Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd.,  
Canadian Retransmission Collective,  
CONNECT Music Licensing Service Inc.,  
Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de  
vidéogrammes du Québec,  
Association of Canadian Publishers,  
Canadian Publishers’ Council,  
Writers’ Union of Canada,  
Canadian Association of Research Libraries,  
Music Canada,**

**Canadian Music Publishers Association,  
Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo,  
Professional Music Publishers Association,  
Canadian Independent Music Association and  
Universities Canada**

*Intervenors*

**Indexed as: York University v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)**

**2021 SCC 32**

File No.: 39222.

2021: May 21; 2021: July 30.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Intellectual property — Copyright — Tariffs — Enforcement — Fair dealing — Declaratory relief — Collective society obtaining certification of interim tariff for post-secondary educational institutions — University refusing to pay royalties under interim tariff for its copying activities — Collective society bringing enforcement action — University bringing counterclaim seeking declaration that copying conducted within its fair dealing guidelines protected by fair dealing rights — Whether collective society can enforce royalty payments set out in tariff against user who chooses not to*

*be bound by licence on the approved terms — Whether declaratory relief sought by university should be granted — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 29, 68.2(1).*

Access Copyright (“Access”) is a collective society who licences and administers reproduction rights in published literary works on behalf of creators and publishers. From 1994 to 2010, a licence agreement permitted professors at York University (“York”) to make copies of published works in Access’s repertoire and set the applicable royalties. As licence renewal negotiations were underway, the relationship between Access and York deteriorated, resulting in Access filing a proposed tariff with the Copyright Board for post-secondary educational institutions. Unsure that it would be able to reach an agreement with York before the expiry of its licence, Access applied to the Board for certification of a tariff on an interim basis, generally matching the pre-existing licence agreement, to operate until the Board approved a final tariff. The Board granted Access’s request for an interim tariff. York initially paid the approved royalties, but eventually informed Access that it would not continue as a licensee.

Access sought enforcement of the interim tariff in the Federal Court, and York counterclaimed for a declaration that any copying conducted within its fair dealing guidelines was protected by fair dealing rights under the *Copyright Act*. The trial judge found that the interim tariff was enforceable against York and that neither its guidelines nor its actual practices constituted fair dealing. The Federal Court of Appeal allowed York’s appeal on the tariff enforcement action, holding that Board approved tariffs are voluntary for users, but dismissed its appeal on the fair dealing



counterclaim. Access appeals to the Court on the tariff issue, and York appeals from the dismissal of its fair dealing counterclaim.

*Held:* The appeals should be dismissed.

The tariff is not enforceable against York. Section 68.2(1) of the *Copyright Act* does not empower Access to enforce royalty payments set out in a Board approved tariff pursuant to s. 70.15 against a user who chooses not to be bound by a licence on the approved terms. Section 68.2(1) does not provide a collective infringement remedy. A collective society is required to provide licences pursuant to the terms of an approved tariff, but the licence cannot be forced on a user. A user is entitled to obtain its rights through other means and, if the user makes an unauthorized use, the appropriate remedy is an action for infringement. While Access's inability to initiate infringement actions as a non-exclusive licensee may cause it difficulties, this is the consequence of its freely chosen contractual arrangements with its members.

The text, legislative context, purpose and supporting jurisprudence confirm this interpretation. As a collective society that administers a licensing scheme in respect of reproduction rights applicable to its repertoire of published works, Access operates within the *Copyright Act*'s general regime for collective administration (ss. 70.1 to 70.6). Once a tariff is approved under s. 70.15(1), the resulting legal consequences are established by ss. 70.15(2) and 70.17. Section 70.15(2) says that s. 68.2(1), which is found in the *Copyright Act*'s separate regime for the collective administration of performing rights and communication rights, applies "with such modifications as the

circumstances require”. Section 68.2 provides that a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction. Section 70.17 states that “no proceedings may be brought for the infringement of a right . . . against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff”.

The text of s. 68.2(1) is silent on who the collective society may collect royalties from and on what conditions. Where Parliament sees fit to create a mandatory duty to pay, it generally does so with clear and distinct legal authority showing that this was its intent. There is no such language creating a duty to pay approved royalties to a collective society that operates a licensing scheme anywhere in the *Copyright Act*. Concluding otherwise would read words into the provision that are not found anywhere in the text of the *Copyright Act*.

With respect to the legislative context, the combined effect of ss. 68.2(1) and 70.17 creates a dichotomy between users who choose to be licensed pursuant to the terms of a Board approved tariff, and those who choose not to acquire a licence. Copyright infringement constitutes an unauthorized exercise of the owner’s exclusive right and a licence constitutes an authorization to make a particular use that would otherwise be infringing. It is therefore elementary that a person cannot simultaneously be an infringer and a licensee. A person who has paid or offered to pay the royalties under s. 70.17 has become a licensee and may accordingly be liable for defaulted payments under s. 68.2(1). But a person who has not paid or offered to pay is not

licensed and may only be liable for infringement. Section 68.2(1) thus ensures that a collective society has a remedy for defaulted payments from voluntary licensees and that actions for recovery can be brought in Federal Court.

The object of the statutory scheme governing collective administration is the protection of users, and this purpose has persisted through various amendments to the *Copyright Act*. The first regime regulating any form of collective society in Canada was created in response to the emergence of early performing rights societies who had acquired control of the vast majority of “popular musical” compositions. Regulating collective societies was deemed necessary by Parliament and was done by vesting the Board with price-setting powers to protect users from the potentially unfair exertion of the new societies’ market power. Though an approved statement of royalties put a cap on what the societies could charge for a licence, it did not bind an unwilling user to the terms of a licence. Empowering a society to foist a licence on an unwilling user would be discordant with the protective purpose of the regime. Users are therefore entitled to choose whether or not to accept a licence on Board-approved terms.

It would be inappropriate to entertain York’s request for declaratory relief in these proceedings. In light of the conclusion that the interim tariff is not mandatory and is therefore unenforceable against York, there is no live dispute between the parties. This is not an action for infringement, since Access has no standing to bring such an action. Furthermore, the copyright owners who do have standing are not parties to these proceedings and have not had the opportunity to advance arguments about the impact of York’s activities on their copyrighted works. Assessing fair dealing guidelines in the

absence of a genuine dispute between proper parties would anchor the analysis in aggregate findings and general assumptions without a connection to specific instances of works being copied.

However, the reasoning of the Federal Court and Federal Court of Appeal on the fair dealing issue is not endorsed. It is well-established that the party invoking fair dealing must prove first that the dealing was for an allowable purpose and, second, that it was fair. Six non-exhaustive factors provide a framework for assessing fairness, which is ultimately a question of fact: the purpose of the dealing; the character of the dealing; the amount of the dealing; alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work. At the second step, the Federal Court and Federal Court of Appeal approached the analysis from an institutional perspective only, leaving out the perspective of the students who use the materials. This error tainted the analysis of several fairness factors. The purpose of copying conducted by university teachers for student use is for the student's education. Funds saved by proper exercise of the fair dealing right go to this core objective, and not to some ulterior commercial purpose. Ultimately, the question in a case involving a university's fair dealing practices is whether those practices actualize the students' right to receive course material for educational purposes in a fair manner, consistent with the underlying balance between users' rights and creators' rights in the *Copyright Act*. In the present case, by focusing on the institutional nature of the copying, the nature of fair dealing as a user's right was overlooked and the fairness assessment was over before it began.

## Cases Cited

**Applied:** *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; **considered:** *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; **referred to:** *Reprographic Reproduction 2011-2013, Interim Statement of Royalties to be Collected by Access Copyright (Post-Secondary Educational Institutions) (Re)* (2011), 92 C.P.R. (4th) 434; *Statements of Royalties to be Collected by Access Copyright for the Reprographic Reproduction, in Canada, of Works in its Repertoire*, CB-CDA 2019-082 (online: <https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/453965/1/document.do>); *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. v. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] Ex. C.R. 244; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108; *Maple Leaf Broadcasting Co. v. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] S.C.R. 624; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion D'Or (1981) Ltée* (1987), 16 F.T.R. 104; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336.

## Statutes and Regulations Cited

*An Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c. 24.

*An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1935, c. 18.

*An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1936, c. 28.

*An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.) [formerly S.C. 1988, c. 15].

*Budget Implementation Act, 2018*, No. 2, S.C. 2018, c. 27.

*Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34.

*Copyright Act*, R.S.C. 1927, c. 32, s. 10B(8) [ad. 1936, c. 28, s. 2], (9) [*idem*].

*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “collective society” (a), 19, 27, 29, 29.1, 29.2, 30.02, 30.3, 38.1 [ad. 1997, c. 24, s. 20], 38.2, 41.23, 68.2(1), 70.1 to 70.6, 81, 82(1).

*Copyright Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46.

*Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24.

*Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8.

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

*York University Act, 1959*, S.O. 1959, c. 145.

*York University Act, 1965*, S.O. 1965, c. 143, s. 4.

## Authors Cited

Canada. *Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Activities of the Canadian Performing Rights Society, Limited, and Similar Societies*, by James Parker. Ottawa, 1935.

Canada. Consumer and Corporate Affairs. *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright: Proposals for the Revision of the Canadian Copyright Act*, by Judy Erola and Francis Fox. Ottawa, 1984.

- Canada. Department of Canadian Heritage. *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective*, by Daniel J. Gervais. Ottawa, 2001.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 15, 1987, p. 7109.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 26, 1987, p. 7667.
- Canada. House of Commons. Sub-committee of the Standing Committee on Communications and Culture on the Revision of Copyright. *A Charter of Rights for Creators*. Ottawa, 1985.
- Craig, Carys. “Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 177.
- Craig, Carys J. “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1.
- Geist, Michael. “Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentalogy: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 157.
- Gervais, Daniel J. “Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective” (2002), 1 *C.J.L.T.* 21.
- Judge, Elizabeth F., and Daniel J. Gervais. *Intellectual Property: The Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Katz, Ariel. “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I” (2015), 27 *I.P.J.* 151.
- Katz, Ariel. “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II” (2015), 28 *I.P.J.* 39.
- Knopf, Howard P. “Copyright Collectivity in the Canadian Academic Community: An Alternative to the Status Quo?” (1999), 14 *I.P.J.* 109.
- Macklem, Lisa, and Samuel Trosow. “Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality: Lessons From the COVID-19 Crisis” (2020), 32 *I.P.J.* 215.
- Tawfik, Myra. “History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 69.

Tawfik, Myra J. “The Supreme Court of Canada and the ‘Fair Dealing Trilogy’: Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law” (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191.

Trosow, Samuel E. “Bill C-32 and the Educational Sector: Overcoming Impediments to Fair Dealing”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”*: *Canadian Copyright and the Digital Agenda*. Toronto: Irwin Law, 2010, 541.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, de Montigny and Woods JJ.A.), 2020 FCA 77, 174 C.P.R. (4th) 1, 448 D.L.R. (4th) 456, [2020] F.C.J. No. 509 (QL), 2020 CarswellNat 1294 (WL Can.), setting aside in part a decision of Phelan J., 2017 FC 669, [2018] 2 F.C.R. 43, 149 C.P.R. (4th) 375, [2017] F.C.J. No. 701 (QL), 2017 CarswellNat 3226 (WL Can.). Appeals dismissed.

*Guy Pratte* and *John C. Cotter*, for the appellant/respondent York University.

*Sheila R. Block* and *Asma Faizi*, for the respondent/appellant the Canadian Copyright Licensing Agency (“Access Copyright”).

*Daniel Payette*, for the intervener Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC).

*Sana Halwani*, for the interveners the Authors Alliance and Ariel Katz.

*Kim P. Nayyer*, for the intervener the Canadian Association of Law Libraries.



*Jeremy de Beer*, for the interveners the Canadian Association of University Teachers and the Canadian Federation of Students.

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

*Ysolde Gendreau*, for the interveners Centre de droit des affaires et du commerce international et Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

*Matthew Estabrooks*, for the intervener the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

*John E. Callaghan*, for the intervener the Copyright Collective of Canada.

*Erin Finlay*, for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Retransmission Collective, CONNECT Music Licensing Service Inc. and Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec.

*Erin Finlay*, for the interveners the Canadian Media Producers Association and Association québécoise de la production médiatique.

*Stéphane Caron*, for the interveners the International Authors Forum, the International Federation of Reproduction Rights Organisations and the International Publishers Association.

*Brendan van Niejenhuis*, for the interveners the Association of Canadian Publishers, the Canadian Publishers' Council and the Writers' Union of Canada.

*Howard P. Knopf*, for the intervener the Canadian Association of Research Libraries.

*Wanda Noel*, for the intervener the Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada.

*Casey M. Chisick*, for the interveners Music Canada, the Canadian Music Publishers Association, Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, the Professional Music Publishers Association and the Canadian Independent Music Association.

*J. Aidan O'Neill*, for the intervener Colleges and Institutes Canada.

*David Kent*, for the intervener Universities Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] These appeals raise issues of fundamental importance to the rights and liabilities of Canadian universities and their students under the *Copyright Act*.<sup>1</sup>

### Background

[2] Access Copyright is a collective society under the *Copyright Act*. It licences and administers reproduction rights in published literary works throughout Canada, with the exception of Quebec, on behalf of creators and publishers who own the copyright in those works. Access Copyright is not an assignee or an exclusive licensee of the copyright held by its members, which means that Access Copyright does not have the right to sue for infringement of its members' copyright and that Access Copyright's members are free to licence their rights to users directly or through intermediaries other than Access Copyright.

[3] York University is the third largest university in Canada. It consists of 11 faculties providing undergraduate, graduate, and professional programs and courses taught primarily at 2 campuses in Toronto. At the time of the trial, York had over 3,000 full and part-time faculty and over 45,000 full-time equivalent students. York was established by the government of Ontario through the *York University Act, 1959*,

---

<sup>1</sup> Unless otherwise stated, the provisions referenced throughout these reasons are to the version of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, in force at the time of trial and judgment, prior to the coming into force of the *Budget Implementation Act, 2018*, No. 2, S.C. 2018, c. 27, which amended certain parts of the collective administration regime.

S.O. 1959, c. 145, and continued under the *York University Act, 1965*, S.O. 1965, c. 143. Its statutory objectives are “the advancement of learning and the dissemination of knowledge” and “the intellectual, spiritual, social, moral and physical development of its members and the betterment of society” (s. 4 of the *York University Act, 1965*).

[4] Those who teach at York University select and make available copies of published works, including works falling within Access Copyright’s repertoire, to students enrolled in courses for educational purposes. Learning materials are distributed through two main methods: course packs and the learning management system. A course pack is a compilation of printed materials, printed internally at York or through external printshops. The learning management system is an online platform through which instructors can make course materials available to their students electronically.

[5] From 1994 to 2010, Access Copyright and York maintained a steady legal relationship pursuant to the terms of a licence agreement which permitted professors at York to make copies of published works in Access Copyright’s repertoire and set the applicable royalties. By 2010, the royalties payable to Access Copyright under the licence consisted of an annual blanket fee of \$3.38 per full-time equivalent student in addition to \$0.10 per page copied into a course pack for sale or distribution to students. Access Copyright would collect these royalties and distribute payments to its members, and conduct any usage monitoring incidental to the licence. The agreement between Access Copyright and York reflected a “model licence” negotiated by the Association

of Universities and Colleges of Canada, and all members of the AUCC were likewise licensed by Access Copyright.

[6] The relationship between Access Copyright and York deteriorated as licence renewal negotiations were underway in 2010, with the acrimony eventually culminating in the appeals before this Court. Access Copyright says that York started freely using materials it was obliged to pay for and that it failed to negotiate in good faith. York responded that the precipitating factors were based on legitimate decisions to obtain usage rights from sources other than Access Copyright and to make more complete use of its legal entitlement to fair dealing.

[7] Unsure that it would be able to reach an agreement with York before the expiry of its licence in January 2011, Access Copyright filed a proposed tariff with the Copyright Board of Canada in March 2010 for post-secondary educational institutions covering the years 2011-2013. The proposed tariff contemplated an increase in the annual blanket fee to \$45 per full-time equivalent student for use of the works within Access Copyright's repertoire, without a per page rate. This would have amounted to a flat annual fee of over two million dollars payable by York.

[8] Access Copyright's view was that Board approval of a tariff would create a mandatory legal relationship between Access Copyright and York (and other universities), effectively supplanting the voluntary licensing agreement that had set out the parties' rights and liabilities for the preceding 16 years. In Access Copyright's view, the full amount of the approved royalties would be payable by York as soon as York

made a single infringing use of a work within Access Copyright's repertoire, regardless of whether or not York agreed to be bound by a licence on the approved terms.

[9] Access Copyright's proposed tariff was published in the *Canada Gazette*. Just over 100 individuals and institutions filed objections.

[10] In light of the rapidly approaching licence expiry date, Access Copyright applied to the Copyright Board in October 2010 asking it to certify a tariff on an interim basis, generally matching the pre-existing licence agreement, to operate from January 1, 2011 until the Board approved a final tariff. On December 23, 2010, the Board granted Access Copyright's request for an interim tariff, based on the previous licence agreement royalty rate of \$0.10 per page for course packs and \$3.38 per full-time equivalent student (*Reprographic Reproduction 2011-2013, Interim Statement of Royalties to be Collected by Access Copyright (Post-Secondary Educational Institutions) (Re)* (2011), 92 C.P.R. (4th) 434).

[11] After the interim tariff took effect on January 1, 2011, York initially paid the approved royalties. But in July 2011, prior to the start of the academic year, York informed Access Copyright that it would not continue as a licensee. York claimed that its copying activities involving Access Copyright's repertoire constituted fair dealing and, in any event, the interim tariff was not enforceable against it.

[12] A hearing was held by the Board in January 2016. York and some other universities had withdrawn from the proceedings in April 2012 and were not

represented at the hearing. On December 6, 2019, the Board approved final tariffs for the years 2011-2017 (*Statements of Royalties to be Collected by Access Copyright for the Reprographic Reproduction, in Canada, of Works in its Repertoire*, CB-CDA 2019-082 (online)). The royalties for universities were fixed at a blanket rate of \$24.80 per full-time equivalent student from 2011-2014 and \$14.31 per full-time equivalent student from 2015-2017.

[13] In its decision, the Board did not comment on whether the tariffs created a mandatory legal relationship between Access Copyright and universities who do not sign a licensing agreement.

[14] Access Copyright went to the Federal Court to enforce the interim tariff for copying activities engaged in by York and its employees from September 1, 2011 to December 31, 2013. Access Copyright identified cases of copying conducted by 5 professors involving 87 works within Access Copyright's repertoire. It claimed that this copying was not licensed or exempted by the concept of fair dealing. Accordingly, it said, York was liable to pay, in full, the royalties set out in the interim tariff. York said that the tariff was not enforceable against it because, among other reasons, York had not agreed to be bound by its terms.

[15] York counterclaimed for a Declaration that any copying conducted within its "Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff", issued November 13, 2012, was protected by the fair dealing rights in ss. 29, 29.1 and 29.2 of the *Act*.

[16] At the Federal Court, the Case Management Judge bifurcated the trial into two Phases. Phase I included all issues relating to whether the interim tariff was enforceable against York; whether York was responsible for the copying activities of the five professors; and York's counterclaim that it was entitled to a Declaration that "any reproductions made that fall within the guidelines set out in York's 'Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)' . . . constitute fair dealing". The amount of unauthorized copying and York's quantum of liability under the tariff was to be determined at Phase II, if necessary. These appeals arise solely from Phase I of the trial.

[17] The trial judge found that the interim tariff was enforceable against York and that neither its Fair Dealing Guidelines nor its actual practices constituted fair dealing (2017 FC 669, [2018] 2 F.C.R. 43).

[18] The Federal Court of Appeal allowed York's appeal on the tariff enforcement action but dismissed its appeal on the fair dealing counterclaim. The court held that Board approved tariffs are voluntary for users. If a user who chooses not to be licensed under a tariff makes an unauthorized use of a work, the remedy is an infringement action which Access Copyright does not have standing to assert because it does not own the copyright in any of the works and is not an exclusive licensee or an assignee. While this disposed of the dispute between the parties, the court went on to evaluate York's appeal on the fair dealing counterclaim. It concluded that York could not establish that all copying within its Guidelines is fair and refused to issue the Declaration (2020 FCA 77, 174 C.P.R. (4th) 1).



[19] For the following reasons, I agree with the Federal Court of Appeal that the tariff is not enforceable against York University. But I would not grant York's requested Declaration, nor endorse the fair dealing analysis conducted by the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

### Analysis

[20] The question on Access Copyright's appeal is whether s. 68.2(1) of the *Copyright Act* empowers Access Copyright to enforce royalty payments set out in a Copyright Board approved tariff against a user who chooses not to be bound by a licence on the approved terms. More specifically, the issue is whether Access Copyright can extract from York the royalties set out in the interim tariff despite the fact that York chose not to be bound by a licence. While this appeal only concerns the interim tariff, it is common ground that the effect of an interim tariff and a final tariff is the same.

[21] As a collective society that administers a licensing scheme in respect of reproduction rights applicable to its repertoire of published works, Access Copyright operates within the *Act*'s regime for "Collective Administration in Relation to Rights under Sections 3, 15, 18 and 21", known as the "general regime" (ss. 70.1 to 70.6).

[22] Pursuant to s. 70.12, a collective society operating in the general regime may, "for the purpose of setting out by licence the royalties and terms and conditions relating to classes of uses", either (a) file a proposed tariff with the Board or (b) enter

into agreements with users. A collective society that chooses to file a proposed tariff does so under s. 70.13, which permits it to “file with the Board a proposed tariff . . . of royalties to be collected by the collective society for issuing licences”. In this case, Access Copyright filed a proposed tariff with the Board setting out the royalties it proposed to collect for issuing reproduction licences to post-secondary educational institutions.

[23] When a collective society files a proposed tariff with the Board, s. 70.15(1) requires the Board to “certify the tariffs as approved, with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary, having regard to any objections to the tariffs”. Here, the Board approved an interim tariff in response to Access Copyright’s proposal.

[24] The Board’s power to modify and approve a collective society’s proposed tariff is one of three sources of the Board’s supervisory and price-setting authority over a collective society’s royalties in the general regime. The Board may also fix royalties when a collective society and individual user are unable to agree on terms and one party applies to the Board (ss. 70.2 to 70.4), or alter royalties if the parties make an agreement without Board intervention that is then filed with the Board (ss. 70.5 to 70.6).

[25] Once a tariff is approved under s. 70.15(1), the resulting legal consequences are established by ss. 70.15(2) and 70.17.

[26] Section 70.15(2) says that s. 68.2(1), which is found in the *Act*'s separate regime for the collective administration of performing rights and communication rights, applies "with such modifications as the circumstances require":

**68.2 (1)** Without prejudice to any other remedies available to it, a collective society may, for the period specified in its approved tariff, collect the royalties specified in the tariff and, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[27] Of related relevance is s. 70.17, which states:

**70.17** Subject to section 70.19, no proceedings may be brought for the infringement of a right referred to in section 3, 15, 18 or 21 against a person who has paid or offered to pay the royalties specified in an approved tariff.

[28] The issue in this case is one of statutory interpretation, which, as this Court has repeatedly said, is an exercise in discerning legislative intent by looking at the grammatical and ordinary meaning of the text in the context of the statute's scheme and objectives.

[29] Access Copyright argues that s. 68.2(1), incorporated by reference in s. 70.15(2), means that any person who makes an otherwise unauthorized use of a work captured by an approved tariff is liable to be sued for royalties, regardless of whether the user agrees to be bound by a licence on the approved terms. This is known as the "mandatory tariff" theory. In this case, that means that any use of a work in Access Copyright's repertoire that was not separately licensed or authorized by fair dealing would trigger York's liability to pay the full annual blanket rate of \$3.38 per full-time

equivalent student (and by extension the substantially higher rates approved under the final tariffs), in addition to the per-page rate applicable to course pack copies. A single unauthorized use would result in liability to pay six figure annual fees under the interim tariff, and over one million dollars per year under the 2011-2014 final tariff.

[30] York rejects the mandatory tariff theory. In its view, s. 68.2(1) only grants a collective society the right to collect defaulted payments from a user who has agreed to be bound by a licence on the approved terms. A collective society is required to provide licences pursuant to the terms of an approved tariff, since s. 70.17 immunizes a person who pays or offers to pay the royalties from an infringement action. But the licence cannot be forced on a user. A user is entitled to obtain its rights through other means and, if the user makes an unauthorized use, the appropriate remedy is an action for infringement (see generally Ariel Katz, “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part I” (2015), 27 *I.P.J.* 151 (“Spectre I”), and Ariel Katz, “Spectre: Canadian Copyright and the Mandatory Tariff — Part II” (2015), 28 *I.P.J.* 39 (“Spectre II”). While Access Copyright’s inability to initiate infringement actions in respect of its repertoire may cause it difficulties, this is the consequence of its freely chosen contractual arrangements with its members. Section 68.2(1) does not provide a collective infringement remedy. I agree.

[31] The analysis starts with the text of s. 68.2(1). The provision is silent on who the collective society may collect royalties from and on what conditions. Access Copyright argues nonetheless that its “plain meaning” is that a Board approved tariff is mandatory. Access Copyright reads words into the provision, positing that a collective

society may sue for unpaid royalties against a user who makes a use of a work within the society's repertoire when the use is not separately licensed or exempted by fair dealing, conditions that are found nowhere in the text of the *Act*.

[32] Where Parliament sees fit to create a mandatory duty to pay, it does so with “clear and distinct legal authority showing that this was Parliament’s intent” (*Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 107, per Rothstein J.). Under s. 19, for example, a performer is “entitled . . . to be paid equitable remuneration” and a user is “liable to pay royalties”. Under s. 81, eligible authors, performers and makers have a “right to receive remuneration” from manufacturers and importers of blank media, and s. 82(1) prescribes a corresponding duty to pay, stating that manufacturers and importers are “liable . . . to pay a levy to the collecting body”. There is no such language creating a duty to pay approved royalties to a collective society that operates a licensing scheme anywhere in the *Act*.

[33] Turning to the legislative context, the combined effect of ss. 68.2(1) and 70.17 creates a dichotomy between users who choose to be licensed pursuant to the terms of a Board approved tariff, and those who choose not to acquire a licence but may be liable for damages for infringement.

[34] Copyright infringement constitutes an unauthorized exercise of the owner’s exclusive right (s. 27), and a licence constitutes an authorization to make a particular use that would otherwise be infringing (Elizabeth F. Judge and Daniel J. Gervais, *Intellectual Property: The Law in Canada* (2nd ed. 2011), at p. 146; *Eli Lilly*

*& Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at para. 49, per Iacobucci J.). It is therefore “elementary” that a person cannot simultaneously be an infringer and a licensee (*Composers, Authors and Publishers Association of Canada, Ltd. v. Sandholm Holdings Ltd.*, [1955] Ex. C.R. 244, at p. 254). In the context of the provisions at issue in this case, a person who has paid or offered to pay the royalties under s. 70.17 has become a licensee and may be liable for defaulted payments under s. 68.2(1). A person who has not paid or offered to pay is not licensed and may be liable for infringement.

[35] Section 68.2(1) ensures that a collective society has a remedy for defaulted payments from voluntary licensees and that actions for recovery can be brought in Federal Court (see *Sandholm Holdings Ltd.*, at pp. 249-50).

[36] This Court’s decision in *SODRAC* provides direct support for this interpretation of ss. 68.2(1) and 70.17. *SODRAC* involved the effect of ss. 70.2 to 70.4 of the *Act*, which apply when a collective society and a specific individual user are unable to agree on licensing royalties. Either party may apply to the Board (s. 70.2(1)), and the Board “may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence” (s. 70.2(2)). Unlike a general tariff proposed under s. 70.13 and approved under s. 70.15, the Board’s royalty fixing role in this context is limited to the specific parties before it. If the Board fixes royalties, then s. 70.4 sets out the legal consequences:

**70.4** Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the

royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the collective society may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[37] Interpreting s. 70.4, Rothstein J. held that royalties fixed by the Board pursuant to s. 70.2 are not binding on the user. The Board does not have the “power to force these terms on a user who, having reviewed the terms, decided that engaging in licensed copying is not the way to proceed” (*SODRAC*, at para. 108). A user who does not accept a licence but engages in a protected use “will remain liable for infringement” (*ibid.*).

[38] In reaching this conclusion, Rothstein J. observed that the text of s. 70.4 is permissive, showing that “a user whose copying activities were the subject of a s. 70.2 proceeding *may* avail itself of the terms and conditions established by the Board as a way to gain authorization to engage in the activity contemplated in the Board proceeding” (para. 106 (emphasis in original)). Section 68.2(1) does not itself specify that a user “may” avail itself of the tariff terms. But read alongside s. 70.17, the combined effect creates the same voluntary trigger for acquiring a licence. Under s. 70.17 a user can acquire a licence and immunize themselves from infringement proceedings if they have “paid or offered to pay the royalties”. This is identical to s. 70.4, where a user “may . . . subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme *and on paying or offering to pay the royalties*, do the act”. Paying or offering to pay is a permissive act triggering licence acquisition in both cases.

[39] As matter of legislative coherence, it would be incongruous if royalties fixed in the context of licence negotiations between a collective society and a specific user were voluntary, but those set in a general tariff were mandatory.

[40] Access Copyright argued in the alternative that pursuant to s. 68.2(1) Board approved royalties operate as a remedy for infringement against a user who has not accepted a licence. But there is nothing in the legislation to suggest that Parliament intended that Board approved tariffs operate as pre-determined infringement damages. Parliament is well aware of how to create a statutory damages scheme. It did so in s. 38.1, which was enacted in 1997 at the same time as key collective administration amendments. Section 68.2(1) could not have been meant to silently create a second statutory damages scheme, where “amounts are predetermined by the Board, and then imposed without regard to the actual circumstances of the case and without any proportionality to either the user’s behaviour or copyright owners’ actual damage” (“Spectre II”, at p. 58).

[41] Access Copyright also identifies various provisions throughout the *Act* which it says support the mandatory tariff theory and are inconsistent with the voluntary tariff theory. It observes that s. 70.12 creates a distinction between royalties set out in a tariff (s. 70.12(a)) and those reached by agreement (s. 70.12(b)), and argues that this means royalties set out in a tariff must be binding without an agreement. But nothing about the possibility of the parties reaching a mutual agreement in subs. (b) suggests that the licence terms fixed by the Board in response to a proposed tariff under subs. (a) must be mandatory on users. Section 70.12 simply offers collective societies in the



general regime a degree of flexibility that does not exist in the performing rights regime, where collective societies are required to file proposed tariffs.

[42] It also argues that s. 70.191, which says that an approved tariff “does not apply where there is an agreement between a collective society and a person authorized to do an act”, supports the mandatory tariff theory. If tariffs are optional, Access Copyright says, there would be no need to provide that a tariff does not apply when there is an agreement, because the user could simply “opt out” of the tariff. But this overlooks the purpose of s. 70.191, which is to prevent both a collective and a user from abandoning an agreement after a tariff is approved. This is consistent with the voluntary tariff theory. A user is free to choose whether or not to accept a licence, but a tariff does not permit a user to abandon its agreements.

[43] Finally, Access Copyright isolates ss. 38.2, 30.02 and 30.3, which provide certain benefits to educational institutions and are tied to the existence of an approved tariff, and argues that these benefits would not exist if the tariff were optional.

[44] But none of these provisions provide support for the mandatory tariff theory. Section 38.2 says that a copyright owner who has not authorized a collective society to authorize reprographic reproduction of the owner’s work may recover, in proceedings against an educational institution, a maximum of the royalties that would have been payable under any agreement entered into with the collective society or a tariff certified by the Board under s. 70.15. This provision puts a cap on the damages an owner can recover against an educational institution in respect of reprographic

rights. It is premised on the assumption that the Board will set fair and equitable royalties, but it does not suggest that such royalties are mandatory.

[45] Section 30.02 exempts educational institutions from infringement in respect of digital reproduction of works, but this benefit is contingent on the acceptance of a licence. It applies only if the educational institution “has a reprographic reproduction licence under which the institution is authorized to make reprographic reproductions of works in a collective society’s repertoire”. Accordingly, it does not support Access Copyright’s argument.

[46] Section 30.3(1) says that an educational institution does not infringe copyright when copies are made using a self-service photocopier installed by the institution, provided that a notice warning of copyright infringement is posted. This exemption applies if at least one triggering condition is met, including that “a tariff has been approved in accordance with section 70.15” (s. 30.3(2)(c)) or “a collective society has filed a proposed tariff in accordance with section 70.13” (s. 30.3(2)(d)). York argues that s. 30.3, properly interpreted, means that the educational institution can only take advantage of the exemption if it has in fact accepted a licence under an approved or proposed tariff. In my view, it is neither necessary nor prudent to come to a firm conclusion about the proper interpretation of s. 30.3 in this case. It is enough to observe that the provision does not generate by inference the “clear and distinct legal authority” required to impose the burdens of a licence on a non-consenting user (*SODRAC*, at para. 107).

[47] Turning to legislative purpose, the objects of the statutory scheme governing collective administration are best understood in their historical context.

[48] The story of collective administration of copyright in Canada begins in the early 20th century. Canada's first domestic copyright legislation was the *Copyright Act, 1921*, S.C. 1921, c. 24, which followed the British *Copyright Act, 1911* (U.K.), 1 & 2 Geo. 5, c. 46. The 1921 *Act* did not provide for the collective administration of copyright. The first regime regulating any form of collective society in Canada was created in the 1930s in response to the emergence of early performing rights societies, who had acquired control of the vast majority of popular musical and dramatico-musical compositions and were therefore able to exercise monopolistic power (*Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348 (“*Vigneux (1943)*”), at p. 352, per Duff C.J., dissenting, but not on this point; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1945] A.C. 108 (P.C.)).

[49] In the *Report of the Royal Commission Appointed to Investigate the Activities of the Canadian Performing Rights Society, Limited, and Similar Societies* (1935) (“*Parker Report*”), Judge James Parker recognized that these societies had benefits for copyright owners and users, but regulation was necessary:

Competition no longer exists. A monopoly, or super-monopoly, has arisen. No one quarrels with the author, composer and publisher pooling their rights and placing them in a central bureau for the purpose of collecting a fair fee for the same and of preventing infringement thereof. It is an inevitable monopoly existing for the convenience of the owner and the user; but it should not be exercised arbitrarily and without restraint. [p. 19]

[50] When the *Parker Report* was published, Parliament had already made amendments requiring performing rights societies to file with the Minister at the Copyright Office lists of works within their repertoire and statements of proposed licence royalties, and permitting the Minister to conduct an investigation and revise royalties that were contrary to the public interest (see *The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1931, c. 8, and *An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1935, c. 18). Judge Parker recommended further amendments, including the creation of a tribunal to approve tariffs. His rationale was as follows:

The position now is that the Society, having a monopoly of the performing rights in copyright music, has also the right to impose whatever fees it chooses. Where other monopolies have existed, it has been found necessary to have some independent body analyse and pass on the tariffs of fees that may be charged, e.g. freight rates, express rates, telephone rates, etc. If the Society can continue to dictate its own terms, and pursue a policy of greatly increasing those terms, then finally the community will be prevented from listening to its music. [p. 49]

[51] Parliament adopted Judge Parker's recommendations in *An Act to amend The Copyright Amendment Act, 1931*, S.C. 1936, c. 28. Following these amendments, the Copyright Appeal Board was required to approve a performing rights society's proposed statement of royalties with any necessary modifications. Sections 10B(8) and 10B(9) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1927, c. 32, set out the effect of an approved statement. These provisions are the earliest predecessors to ss. 68.2(1) and 70.17 respectively:

**(8)** The statements of fees, charges or royalties so certified as approved by the Copyright Appeal Board shall be the fees, charges or royalties which the society, association or company concerned may respectively lawfully

sue for or collect in respect of the issue or grant by it of licences for the performance of all or any of its works in Canada during the ensuing calendar year in respect of which the statements were filed as aforesaid.

(9) No such society, association or company shall have any right of action or any right to enforce any civil or summary remedy for infringement of the performing right in any dramatico-musical or musical work claimed by any such society, association or company against any person who has tendered or paid to such society, association or company the fees, charges or royalties which have been approved as aforesaid.

[52] The cases interpreting these provisions and their subsequent iterations held that an approved statement of royalties put a cap on what the societies could charge for a licence but did not bind an unwilling user to the terms of a licence. The regime qualified the rights of the societies by vesting a “statutory license” in favour of “everybody who pays or tenders” the approved fee (*Vigneux (1943)*, at p. 353, per Duff C.J.; see also p. 364, per Rinfret J.). Users were entitled to choose whether or not to accept a licence on the Board-approved terms (*Maple Leaf Broadcasting Co. v. Composers, Authors and Publishers Assn. of Canada Ltd.*, [1954] S.C.R. 624, at p. 630, per Cartwright J.).

[53] Strayer J. made the point most clearly in *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Lion D’Or (1981) Ltée* (1987), 16 F.T.R. 104. Users could choose to accept a licence, failing which they could be liable as an infringer:

It will be noted that [s. 50(9), which was equivalent to s. 10B(8) of the 1936 amendments] deals only with the enforcement of licences: the subsection refers to the amounts which the society

“may . . . sue for or collect *in respect of the issue or grant by it of licences* . . .”

I take this to mean that if a person performing these works refuses to take out a licence then s. 50(9) has no application. . . . If the society wishes to recover for use of the performing rights, it must then bring an action for infringement of copyright. [Emphasis in original, para. 9.]

[54] This was consistent with the purpose of the regime, enacted as Parliament became “aware of the necessity of regulating the exercise of the power acquired by” performing rights societies (*Vigneux (1943)*, at p. 352, per Duff C.J.). It would be discordant with this purpose to empower a society to foist a licence on an unwilling user.

[55] Until 1988, the *Copyright Act* only dealt with the collective administration of performing rights. It did not contain any provisions concerning other rights. A new regime, known now as the “general regime”, was created by amendments in 1988 and 1997 (*An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), formerly S.C. 1988, c. 15; *An Act to amend the Copyright Act*, S.C. 1997, c. 24). The heart of the debate about statutory purpose and the corresponding disagreement as to the correct interpretation of the relevant provisions turns on the 1988 and 1997 amendments.

[56] Prior to these amendments, the *Act* was subject to a number of studies and reports which found that technological change had made it easier for users to access information and harder for individual creators to control unauthorized reproduction. Expanding collective administration beyond performance rights was one proposed solution, as a 1984 *White Paper on Copyright* observed:

Organized exercise of copyright is needed for two major reasons:

- changing technological circumstances, which have greatly expanded opportunities for unauthorized reproduction and use of copyright-protected material;
- the high costs of transactions, which may be so great as to make it impracticable for copyright owners to negotiate individually with users, such as in the case of photocopying, access to copyright material by educational users, or use of musical works by radio stations.

In those circumstances, it may be in the interest of all parties to provide cooperative mechanisms for the enforcement of rights and the collection of fees.

(Consumer and Corporate Affairs, *From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright: Proposals for the Revision of the Canadian Copyright Act* (1984) (“1984 White Paper”), at pp. 61-62)

[57] Access Copyright’s core argument is that, unlike the user-protection purpose of the 1936 amendments, the 1988 and 1997 amendments expanding collective administration were meant to protect copyright owners and that Parliament intended to make approved tariffs binding in furtherance of this purpose. Owners would otherwise be required to enforce their copyrights against institutional copiers through individual infringement actions, an illusory protection.

[58] This argument, with respect, conflates two distinct statutory purposes: the purpose for expanding collective administration to rights beyond public performance; and the separate purpose for regulating the collective societies that emerged from the expanded regime. While Parliament expanded collective administration to protect copyright creators and owners, it simultaneously vested the Board with price-setting powers to protect users from the potentially unfair exertion of the new societies’ market

power. The Board’s power to approve a collective society’s proposed tariff is a part of its regulatory price-setting role.

[59] It is undeniable that a significant reason for expanding the collective administration regime was to protect creators, who experienced difficulties asserting their rights amidst technological change. They were interested in acting collectively but were concerned that without regulation and protection from prosecution for conspiracy, new collective societies would run into competition law problems (see, e.g., *1984 White Paper*, at pp. 62-63). As a result, Parliament amended the *Act* to sanction and govern collective administration for rights beyond public performance, making room for new collective societies to form as and when market forces demanded.

[60] This brought many benefits for copyright owners. By facilitating the users’ ability to clear large numbers of copyrights through a single source and reducing transaction costs, collective societies made it easier to acquire rights and, as a corollary, for owners to be paid. As the Collective Societies Coalition intervening in this appeal noted, the “purpose of collective administration is to facilitate an efficient, functioning marketplace for the exchange of copyright-protected works” (see also *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231, at para. 11, per Abella and Moldaver JJ.).

[61] Collective societies were also able more effectively to monitor the use of works within their repertoire and, in some cases, to assist copyright owners with infringement actions, as was the case when Access Copyright funded the litigation



leading to this Court’s decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339 (“Spectre I”, at fn. 70). As the Federal Court of Appeal aptly observed in its reasons:

The assumption underlying Access Copyright’s argument . . . is that effective enforcement requires mandatory tariffs. With respect, this is not self evident. The advantage of collective societies is that they allow rights holders to pool their resources to enable them to economically enforce their rights. This advantage exists even in the absence of mandatory tariffs. [para. 203]

[62] And collective societies could initiate infringement actions in respect of their repertoire if they are in fact exclusive licensees or assignees of the copyright, which Access Copyright is not (see s. 41.23 of the current *Copyright Act*; see also *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20).

[63] Collective societies are also able to assert a stronger bargaining position than individual copyright owners. A particular collective society’s strength will depend on the value they are able to offer to users and the extent to which they can position themselves as the sole or main source for acquiring rights. This was the case for the performing rights societies that Parliament looked to as a viable model for other collectives. As Judge Parker said in 1935, “unless the user obtains a licence to perform the repertoire of Canadian Performing Right Society, he has no other supply” (p. 19). And in the ensuing decades the situation remained much the same. The absence of meaningful alternatives to dealing with a performing rights society made their tariffs “effectively mandatory even if *de jure* they were not” (“Spectre I”, at p. 158).

[64] But a collective society's market power and effectiveness at achieving its goals is not guaranteed by the *Copyright Act*. Nothing in the *Act* is designed to prop-up collectives that have become less valuable to users and/or rights-holders. As Professor Daniel J. Gervais explains:

... Canadian rightsholders may create a new Collective Management Organization if they are dissatisfied with an existing one. In fact, *users* themselves could do the same, as was suggested by a well-known author in the area of reprography. [Emphasis in original.]

(“Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective” (2002), 1 *C.J.L.T.* 21, at p. 26; see also Department of Canadian Heritage, *Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective* (2001), at p. 26; Howard P. Knopf, “Copyright Collectivity in the Canadian Academic Community: An Alternative to the Status Quo?” (1999), 14 *I.P.J.* 109.)

[65] If a collective society does not have a large enough repertoire or other sources emerge to provide better value, users may find that the collective is not “the most cost-effective way to obtain licences”, and might prefer to “negotiate with the right-holders directly, or through other intermediaries” (“Spectre I”, at p. 159).

[66] This takes us to the purpose of a tariff certified by the Board setting licensing royalties pursuant to s. 70.15, which is one of three ways in which the Board may become involved in setting fair prices in the general regime. In addition to its tariff approval power, the Board may fix royalties when a collective society and individual user are unable to agree on terms and one party applies to the Board (ss. 70.2 to 70.4). And even when the parties make an agreement without Board intervention, the collective society will only be immunized from prosecution under the *Competition Act*,

R.S.C. 1985, c. C-34, if it files the agreement with the Board, following which the Board may examine the agreement and, after hearing from the Commissioner of Competition and the parties, alter the royalties (ss. 70.5 to 70.6). Given that licensing royalties are always subject to the possibility of Board scrutiny one way or another, a collective society may see benefits of efficiency in obtaining the Board's advance approval of a general tariff that applies to many users.

[67] Operating together, these price-setting powers of the Board protect users from the potential exertion of unfair market power by collective societies. This was clearly the purpose of the 1936 amendments empowering the Copyright Appeal Board to approve statements of royalties. Government reports and legislative history show that this purpose persisted through the 1988 and 1997 amendments.

[68] In the debates on the 1988 amendments, the Hon. Flora MacDonald, Minister of Communications and sponsoring Minister of the amendments, explained that the proposed system “has been in operation for about 50 years for musical performances and is working well”, and that the existing system should be expanded to other areas of copyright (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 15, 1987, at p. 7109). She acknowledged that collective administration was beneficial for copyright owners, but went on to provide a caution based on the lessons of the early performing rights societies, observing that collective societies can “achieve such a dominant bargaining position that the interests of potential customers are not sufficiently safeguarded” (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 26, 1987, at p. 7667).

[69] The government reports leading to the amendments are to the same effect. A Sub-Committee Report on the Revision of Copyright observed that the “system presently used with respect to the performing rights in musical works” served as a well-working model for an expanded collective administration regime (House of Commons, Sub-committee of the Standing Committee on Communications and Culture on the Revision of Copyright, *A Charter of Rights for Creators* (1985), at p. 85). And the 1984 *White Paper* suggested that “[t]o protect the public from possible excesses by copyright societies, they would be subject to the control of the revised Copyright Appeal Board” (p. 62).

[70] Access Copyright argues that Parliament demonstrated its intent to make Board approved tariffs mandatory when it amended the predecessor to s. 68.2(1) in 1988 by removing the words “in respect of the issue or grant by it of licences”, which Strayer J. had relied on in *Lion D’Or* to conclude that a user could choose whether or not to accept a licence. This would have been a perplexing way for Parliament to express its intent to make such a radical change in the law, particularly given that the statutory context continued to clearly demonstrate that approved tariffs were part of a copyright licensing scheme. Collective societies that administer traditional copyright, as opposed to equitable remuneration rights, do so by operating a “licensing scheme” (s. 2 “collective society” (a)). When a collective society works in the general regime, it operates a “licensing scheme” (s. 70.1). And when a collective society proposes a tariff under s. 70.12(a), it does so to set out “by licence” royalties and terms and conditions of use.

[71] Access Copyright’s interpretation of s. 68.2(1) is not only unsupported by the purpose of the Board’s price-setting role, it is, respectfully, also in direct conflict with that purpose. Instead of operating as a part of a scheme designed to control collective societies’ potentially unfair market power, Access Copyright’s interpretation would turn tariffs into a plainly *anti-competitive* tool, boosting collective societies’ power to the detriment of users.

[72] The legal consequence of Access Copyright’s mandatory tariff theory would be that a user would be liable to pay royalties in full as soon as it became responsible for any infringing use of a work within a collective society’s repertoire. Under the final 2011-2014 Access Copyright tariff for post-secondary educational institutions, for example, York would be liable to pay \$24.80 for each of its 45,000 full time equivalent students, totalling over one million dollars per year, as soon as it made a single infringing use within Access Copyright’s repertoire. For a university that attempts to clear its copyright obligations using alternative licences and fair dealing, a single infringing use — one that was not authorized by fair dealing or independently licensed — could thereby become a tripwire making the university liable to pay the full royalties in a tariff. This “Sword of Damocles”, as the intervener the Canadian Association of Research Libraries aptly put it, renders a university’s freedom to clear its copyright obligations without involving Access Copyright completely illusory.

[73] It is, with respect, no answer to say that the Board can set fair and flexible payment structures. The Board is in the business of setting general tariffs for a large category of users and is inherently limited in its ability to direct itself to each user’s

unique needs. Moreover, on Access Copyright's theory, in order to ensure it does not find itself responsible for an exorbitant licence fee that takes no account of its individual circumstances, a user would be forced to invest significant resources into participation in Board proceedings whenever a collective society proposed a tariff. As Access Copyright points out, the tariff-setting process is time consuming and expensive. Forcing all users potentially caught by the ambit of a tariff to participate in a Board hearing would limit users' ability to obtain their rights from other sources and, in turn, limit the competitiveness of other sources as against established collectives. That is the antithesis of the purpose of s. 68.2(1).

[74] The source of Access Copyright's grievance, it seems to me, stems not so much from the voluntary nature of an approved tariff, but from the fact that Access Copyright cannot initiate infringement actions on behalf of its members. To the extent that this is a problem, it has nothing to do with s. 68.2(1) and is largely outside the scope of this appeal. But it is important to recall that Access Copyright chooses to operate on the terms of a non-exclusive licence that does not give it the right to sue for infringement in respect of the rights it administers. Nothing compels Access Copyright and its members to operate this way.

[75] The preceding review of the text, legislative context, purpose and supporting jurisprudence all lead, in my respectful view, to the conclusion that s. 68.2(1) does not make tariffs approved by the Copyright Board pursuant to s. 70.15 mandatory against users who choose not to be licensed on the approved terms.

[76] It is of course open to Parliament to amend the *Copyright Act* if and when it sees fit to make collective infringement actions more readily available. But under the existing relevant legislation in this appeal, an approved tariff is not binding against a user who does not accept a licence.

[77] I would therefore dismiss Access Copyright's appeal. This brings us to York's appeal from the dismissal of its counterclaim seeking declaratory relief.

[78] In response to Access Copyright's action to enforce the interim tariff at the Federal Court, York filed a counterclaim seeking a Declaration that "any reproductions made that fall within the guidelines set out in York's 'Fair Dealing Guidelines for York Faculty and Staff (11/13/12)' . . . constitute fair dealing".

[79] York's counterclaim was connected to its defence to Access Copyright's action to enforce the interim tariff. The fairness of copying under York's Guidelines was only a live issue between the parties if the tariff was enforceable against York.

[80] Having found that the interim tariff was enforceable, the trial judge assessed York's fair dealing counterclaim. He found that the Guidelines were not fair either in their terms or their application and refused to grant the Declaration. The Court of Appeal found that the tariff was not enforceable and, therefore, "York's Guidelines as a defence to Access Copyright's action does not arise because the tariff is not mandatory and Access Copyright cannot maintain a copyright infringement action" (para. 206). But the Court of Appeal nonetheless considered York's appeal from the

trial judge's refusal to issue a Declaration that its Guidelines were fair. It agreed with the trial judge that the Guidelines were unfair and dismissed York's request for a Declaration.

[81] York's appeal to this Court seeks the Declaration from this Court that was denied by the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

[82] In my view, it is not appropriate to entertain York's request for declaratory relief in these proceedings. This Court recently stated the test for when declaratory relief may be granted in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, [2016] 1 S.C.R. 99, per Abella J.:

The party seeking relief must establish that the court has jurisdiction to hear the issue, that the question is real and not theoretical, and that the party raising the issue has a genuine interest in its resolution. A declaration can only be granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a "live controversy" between the parties. [Citation omitted; para. 11.]

*Daniels* drew on *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, where Dickson J. stated that declaratory relief is a remedy availing to "persons sharing a legal relationship, in respect of which a 'real issue' concerning the relative interests of each has been raised and falls to be determined" (p. 830). And most recently in *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, the Court emphasized that "[f]airness requires that the parties affected by declaratory relief be heard" (para. 42, per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ.).



[83] In light of the conclusion on Access Copyright’s appeal that the interim tariff is not mandatory and is therefore unenforceable against York, there is no live dispute between the parties. This is not an action for infringement, since Access Copyright has no standing to bring such an action. And the copyright owners who do have standing to bring an infringement action in respect of York’s copying activities are not parties to these proceedings and, as a result, have not had the opportunity to advance arguments or adduce evidence about how York’s Guidelines interact with and affect their copyrighted works. The undesirable consequence of assessing fair dealing guidelines in the absence of a genuine dispute between proper parties is that the analysis is inevitably anchored in aggregate findings and general assumptions without a connection to specific instances of works being copied. All of this makes consideration of the Guidelines in this case inappropriate.

[84] It is true that in *CCH*, the Court granted a declaration to the Law Society that it “does not infringe copyright when a single copy of a reported decision, case summary, statute, regulation or limited selection of text from a treatise is made by the Great Library in accordance with its Access Policy” (para. 76). But it did so in the context of a live infringement action brought by proper parties, and where the Law Society relied on its “practices and policies” to show that its dealings were fair (para. 63).

[85] There is no doubt, as York argued, that guidelines are important to an educational institution’s ability to actualize fair dealing for its students. As Professor Samuel E. Trosow writes, a “general lack of understanding about basic copyright rights

and obligations” serves as a “serious impedimen[t] . . . to the realization of fair dealing as a substantive users’ right” in the educational context (“Bill C-32 and the Educational Sector: Overcoming Impediments to Fair Dealing”, in Michael Geist, ed., *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”: Canadian Copyright and the Digital Agenda* (2010), 541, at p. 542). Institutionalized guidelines can help overcome this impediment.

[86] But the usefulness of guidelines in theory does not provide the Court with a sound basis for entertaining declaratory relief without a live dispute between the parties or when those whose rights are at stake are not privy to the proceedings.

[87] While I therefore agree that the requested Declaration should not be granted, this should not be construed as endorsing the reasoning of the Federal Court and Federal Court of Appeal on the fair dealing issue. There are some significant jurisprudential problems with those aspects of their judgments that warrant comment.

[88] In commenting on those errors, it is important to emphasize that our reasons do not decide the issue of fair dealing, which can only be determined in a factual context. Rather, the objective is to correct some aspects of the reasoning from the courts under review which, respectfully, depart from this Court’s jurisprudence. While correcting the errors committed by the Federal Court and Court of Appeal favours the position argued before this Court by York, these reasons address only some of the factors that make up the fair dealing analysis, an analysis that requires consideration of facts and factors not addressed here.

[89] The main problem with their analysis was that they approached the fairness analysis exclusively from the institutional perspective. This error tainted their analysis of several fairness factors. By anchoring the analysis in the institutional nature of the copying and York’s purported commercial purpose, the nature of fair dealing as a user’s right was overlooked and the fairness assessment was over before it began.

[90] This Court’s modern fair dealing doctrine reflects its more general “move away from an earlier, author-centric view which focused on the exclusive right of authors and copyright owners to control how their works were used in the marketplace” (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 (“*SOCAN*”), at para. 9, per Abella J.). The Court is “at the vanguard in interpreting copyright law as a balance between copyright rights and user rights”, and its understanding of fair dealing is no exception (Myra J. Tawfik, “The Supreme Court of Canada and the ‘Fair Dealing Trilogy’: Elaborating a Doctrine of User Rights under Canadian Copyright Law” (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 191, at p. 195). Fair dealing is “[o]ne of the tools employed to achieve the proper balance between protection and access in the *Act*” (*SOCAN*, at para. 11).

[91] Accordingly, to understand and apply fair dealing doctrine requires first understanding the copyright balance. Copyright law has public interest goals. The relationship between members of the public and copyrighted works is not merely the “consequence of the author-work relationship” (Carys J. Craig, “Locke, Labour and Limiting the Author’s Right: A Warning against a Lockean Approach to Copyright Law” (2002), 28 *Queen’s L.J.* 1, at p. 6). Put differently, the public benefits of our

system of copyright are much more than “a fortunate by-product of private entitlement” (pp. 14-15, cited in *SOCAN*, at para. 9).

[92] Instead, increasing public access to and dissemination of artistic and intellectual works, which enrich society and often provide users with the tools and inspiration to generate works of their own, is a primary goal of copyright. “Excessive control by holders of copyrights and other forms of intellectual property may unduly limit the ability of the public domain to incorporate and embellish creative innovation in the long-term interests of society as a whole” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 32, per Binnie J.).

[93] But it is also true that just rewards for copyright creators provide necessary incentives, ensuring that there is a steady flow of creative works injected into the public sphere. As Binnie J. put it, “[i]n crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them” (para. 31). A proper balance ensures that creators’ rights are recognized, but authorial control is not privileged over the public interest.

[94] Ultimately, owners’ rights and the public interest should not conflict with one another. As Professor Tawfik explains, copyright law has long been an “integrated system that encouraged creators to generate knowledge, industry to disseminate it and users to acquire it and, hopefully, reshape it into new knowledge” (“History in the Balance: Copyright and Access to Knowledge”, in Geist, *From “Radical Extremism”*

to “*Balanced Copyright*”, 69, at p. 70). Creators’ rights and users’ rights are mutually supportive of copyright’s ends.

[95] In terms of the proper role of fair dealing and other exceptions to copyright in this normative framework, Professor Michael Geist explains that:

The core of fair dealing is fairness — fairness to the copyright owner in setting limits on the use of their work without permission and fairness to users to ensure that fair dealing rights can be exercised without unnecessarily restrictive limitations.

(“Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 157, at p. 181)

Or, as Professor Craig puts it:

Fundamentally, copyright policy assumes that the restriction of the public’s use of works through the creation of private rights can further the public’s interest in the widespread creation and distribution of works. The limits to these private rights, defined by fair dealing and other exceptions — and circumscribed by the boundaries of the public domain — are therefore essential to ensure that the copyright system does not defeat its own ends.

(“Locking Out Lawful Users: Fair Dealing and Anti-Circumvention in Bill C-32”, in Geist, *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”*, 177, at p. 179)

[96] The resulting judicial framework for fair dealing was set out in *CCH*, where McLachlin C.J. set out a two-step test for assessing fair dealing under s. 29 of the *Act*, which states:

**29** Fair dealing for the purpose of research, private study, education, parody or satire does not infringe copyright.

The party invoking fair dealing must prove first that the dealing was for an allowable purpose and, second, that it was fair. Six non-exhaustive factors provide a framework for assessing fairness, which is ultimately a question of fact: the purpose of the dealing; the character of the dealing (which concerns the number of copies made or distributed and whether the copies are retained or destroyed after use); the amount of the dealing (which concerns the proportion of the work dealt with and the importance of that part); alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work (para. 53; see also *SOCAN*, at para. 13; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345, at para. 12, per Abella J.).

[97] It was common ground in this case that York's teachers make copies for their students for the allowable purpose of education at the first step of the analysis.

[98] But at the second step, where fairness is assessed, the Federal Court and Federal Court of Appeal approached the analysis from an institutional perspective only, leaving out the perspective of the students who use the materials. Both perspectives should be taken into account.

[99] In the educational context, instructors are facilitating the education of each of their individual students who have fair dealing rights (*Alberta (Education)*, at paras. 22-23). However, courts are not required to completely ignore the institutional

nature of a university's copying practices and adopt the fiction that copies are only made for individual isolated users. When an institution is defending its copying practices, its aggregate copying is necessarily relevant, for example, to the character of the dealing and the effect of the dealing on the work (see, e.g., *CCH*, at paras. 55 and 72; *SOCAN*, at para. 42; *Alberta (Education)*, at paras. 30 and 33).

[100] In this case, as in *Alberta (Education)*, “the key problem is in the way the [trial judge] approached the ‘purpose of the dealing’ factor” in the fairness analysis (para. 15). In fact, both the Federal Court and the Federal Court of Appeal erred in an almost identical fashion to the Copyright Board in *Alberta (Education)*. There, the issue was whether copies of short excerpts of textbooks and other literary works made by secondary school teachers and provided to students as assigned reading constituted fair dealing for the purpose of “research or private study”. The case arose prior to the enactment of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, which added “education” as a permissible purpose. The Board found that the copies were for the permissible purpose of research or private study at the first stage of the analysis, but the predominant purpose at the second stage was “instruction”, which fell outside of research or private study.

[101] This Court rejected the Board's approach in a passage that is directly apposite to the present appeal:

... fair dealing is a “user's right”, and the relevant perspective when considering whether the dealing is for an allowable purpose under the first stage of *CCH* is that of the user . . . . This does not mean, however, that the copier's purpose is irrelevant at the fairness stage. If . . . the copier hides

behind the shield of the user’s allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair, that separate purpose will also be relevant to the fairness analysis.

In the case before us, however, there is no such separate purpose on the part of the teacher. Teachers have no ulterior motive when providing copies to students. . . . [T]hey are there to facilitate the students’ research and private study. It seems to me to be axiomatic that most students lack the expertise to find or request the materials required for their own research and private study, and rely on the guidance of their teachers. They study what they are told to study, and the teacher’s purpose in providing copies is to enable the students to have the material they need for the purpose of studying. [paras. 22-23]

And in *SOCAN*, the Court similarly explained that the “predominant perspective” when assessing the purpose of the dealing was “that of the ultimate users of the previews” (para. 34).

[102] In other words, contrary to the Federal Court of Appeal’s view, in the educational context it is not only the institutional perspective that matters. When teaching staff at a university make copies for their students’ education, they are not “hid[ing] behind the shield of the user’s allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair”.

[103] It was therefore an error for the Court of Appeal, in addressing the purpose of the dealing, to hold that it is only the “institution’s perspective that matters” and that York’s financial purpose was a “clear indication of unfairness” (paras. 238 and 241). Funds “saved” by proper exercise of the fair dealing right go to the University’s core objective of education, not to some ulterior commercial purpose (see Lisa Macklem and Samuel Trosow, “Fair Dealing, Online Teaching and Technological Neutrality:



Lessons From the COVID-19 Crisis” (2020), 32 *I.P.J.* 215, at p. 238). The purpose of copying conducted by university teachers for student use is for the student’s education. But in every case, all relevant facts must be taken into account in order to determine the fairness of the dealing.

[104] And the trial judge’s criticism of York’s Guidelines on the basis that different portions of a single work could be distributed to different students, such that an author’s entire work could end up being distributed in the aggregate, is also contradicted by *SOCAN*, which held that “[s]ince fair dealing is a ‘user’s’ right, the ‘amount of the dealing’ factor should be assessed based on the individual use, not the amount of the dealing in the aggregate” (para. 41; see also *Alberta (Education)*, at para. 29).

[105] And while it is true that “aggregate dissemination” is “considered under the ‘character of the dealing’ factor” (*SOCAN*, at para. 42; see also *CCH*, at para. 55; *Alberta (Education)*, at para. 29), as this Court cautioned in *SOCAN*, “large-scale organized dealings” are not “inherently unfair” (para. 43). In *SOCAN*, where copies could easily be distributed across the internet in large numbers, this Court warned that focussing on the “aggregate” amount of dealing could “lead to disproportionate findings of unfairness when compared with non-digital works” (para. 43). By extension, the character of the dealing factor must be carefully applied in the university context, where dealings conducted by larger universities on behalf of their students could lead to findings of unfairness when compared to smaller universities. This would be discordant with the nature of fair dealing as a user’s right.

[106] At the end of the day, the question in a case involving a university's fair dealing practices is whether those practices actualize the students' right to receive course material for educational purposes in a fair manner, consistent with the underlying balance between users' rights and creators' rights in the *Act*. Since we are not deciding the merits of the fair dealing appeal brought by York, there is no reason to answer the question in this case.

[107] In light of these reasons, I would dismiss York's appeal from the dismissal of its counterclaim but, in the circumstances, without costs.

[108] I would dismiss Access Copyright's appeal with costs.

*Appeals dismissed.*

*Solicitors for the appellant/respondent York University: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant the Canadian Copyright Licensing Agency ("Access Copyright"): Torys, Toronto; Canadian Copyright Licensing Agency, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Société québécoise de gestion collective du droit de reproduction (COPIBEC): Cabinet Payette, Lévis.*

*Solicitors for the interveners the Authors Alliance and Ariel Katz:  
Lenczner Slaght, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Law Libraries:  
JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Association of University  
Teachers and the Canadian Federation of Students: Canadian Association of  
University Teachers, Ottawa.*

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

*Solicitor for the interveners Centre de droit des affaires et du commerce international et Chaire L. R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique: Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Copyright Collective of Canada: Gowling WLG (Canada), Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Retransmission Collective, CONNECT Music Licensing Service Inc. and Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec: Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Media Producers Association and Association québécoise de la production médiatique: Stohn Hay Cafazzo Dembroski Richmond, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the International Authors Forum, the International Federation of Reproduction Rights Organisations and the International Publishers Association: Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Association of Canadian Publishers, the Canadian Publishers' Council and the Writers' Union of Canada: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Research Libraries: Ridout & Maybee, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Copyright Consortium of the Council of Ministers of Education, Canada: Wanda Noel Barrister & Solicitor, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners Music Canada, the Canadian Music Publishers Association, Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, the Professional Music Publishers Association and the Canadian Independent Music Association: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Colleges and Institutes Canada: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener Universities Canada: Universities Canada, Ottawa.*

# TAB 17

# 1. THE MEANING OF RES JUDICATA

The Doctrine of Res Judicata in Canada, 5th Ed.

Donald J. Lange

## ***The Doctrine of Res Judicata, 5th Ed. (Lange) > CHAPTER 1 THE GENERAL NATURE OF RES JUDICATA***

### **CHAPTER 1 THE GENERAL NATURE OF RES JUDICATA**

#### **1. THE MEANING OF RES JUDICATA**

The doctrine of *res judicata* is a fundamental doctrine of the justice system in Canada. It has two distinct forms: issue estoppel and cause of action estoppel. It is part of the general law of estoppel comprising estoppel by conduct or representation, estoppel by deed, promissory estoppel, proprietary estoppel, and *res judicata*. Early terms used for *res judicata* were “estoppel *per rem judicatam*,” that is, estoppel by the matter decided, and “estoppel by record,” that is, estoppel by the written record of a court of record. In Canada, the term most commonly used is “*res judicata*,” which the Supreme Court of Canada has defined as “something that has clearly been decided”<sup>1</sup> and as “it has passed into a matter adjudged.”<sup>2</sup> When *res judicata* applies, a litigant is “estopped”<sup>3</sup> by the previous proceeding. In their simplest definitions, issue estoppel means that a litigant is estopped because the issue has clearly been decided in the previous proceeding, and cause of action estoppel means that a litigant is estopped because the cause has passed into a matter adjudged in the previous proceeding.<sup>4</sup>

Both forms of estoppel have been influenced by the early, well-known rule in *Henderson*, which is an estoppel doctrine that encompasses not only what has been decided, but also what could have been decided but was not before the court to be decided.<sup>5</sup> The rule in *Henderson* arose in 1843 as a result of the reasons for judgment of Wigram V.C. in *Henderson v. Henderson*.<sup>6</sup> This seminal English case had its very beginnings in what is now Canadian soil. The plaintiff had obtained default judgment in Newfoundland against the defendant, who had “absent[ed] himself from the island,” and then the defendant sued in England on the same matter.<sup>7</sup> The rule in *Henderson* was first quoted in Canada in 1861 in the case of *Edinburgh Life Assurance Co. v. Clark*<sup>8</sup> and by the Supreme Court of Canada in 1877 in the case of *Church v. Abell*.<sup>9</sup>

Although the terminology of *res judicata* has evolved, there is nothing new about issue estoppel or cause of action estoppel.<sup>10</sup> These doctrines have been explained and applied in Canada for nearly two centuries. The earliest reported cases are the 1820 decision of the Newfoundland Supreme Court in *Jennings & Long v. Hunt & Beard*,<sup>11</sup> the 1826 decision of the Court of King's Bench of Upper Canada in *Bidwell v. Stanton*,<sup>12</sup> and the 1832 decision from the same court in *Baker v. Booth*.<sup>13</sup> The most Canadian of cases is the 1905 decision of an appeal panel of three judges sitting in the Yukon Territory in *Anglo-Klondike Mining Co. v. Cook*.<sup>14</sup> Panning for gold was the subject matter involving miners' rights to water in the creeks adjoining their property for use in their mining operations, with conflicting tribunal decisions by the Gold Commissioner acting as the Mining Recorder. The best early pronouncement of the meaning of *res judicata* by the Supreme Court of Canada is in the 1893 decision in *Farwell v. R.*<sup>15</sup> King J. defined the general meaning, respectively, of both cause of action estoppel and issue estoppel, stating:<sup>16</sup>

Where the parties (themselves or privies) are the same, and the cause of action is the same, the estoppel extends to all matters which were, or might properly have been, brought into litigation. Where the parties (themselves or privies) are the same, but the cause of action is different, the estoppel is as to matters which, having been brought in issue, the finding upon them was material to the former decision.

The term “issue estoppel” was coined in 1921 by Higgins J. in the Australian case of *Hoysted v. Federal Taxation Commissioner*.<sup>17</sup> It first appeared in Canadian jurisprudence in 1970 in *R. v. Kuhn*,<sup>18</sup> and then in 1974 in the authoritative Supreme Court of Canada decision in *Angle v. Minister of National Revenue*.<sup>19</sup> The term “cause of

## 1. THE MEANING OF RES JUDICATA

action estoppel” was coined in 1964 by Diplock L.J. in the English case of *Thoday v. Thoday*,<sup>20</sup> and first appeared in Canadian jurisprudence in 1972 in *Silver Standard Mines Ltd. (N.P.L.) v. Granby Mining Co. (No. 2)*.<sup>21</sup> The term was also used in *Angle*.<sup>22</sup> It has been abbreviated in Canada, on occasion, to the term “action estoppel”<sup>23</sup> and to a novel term “litigation estoppel.”<sup>24</sup>

Over its history in this country, the meaning of *res judicata* has been very much associated with the term “abuse of process.” Hence, *res judicata* “is one of the weapons in the common law arsenal to prevent abuse of the process.”<sup>25</sup> In 2003 in *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 79*,<sup>26</sup> the Supreme Court of Canada gave definitive recognition to the term “abuse of process by relitigation,” a term coined in the process of writing this book. This doctrine now joins the doctrines of issue estoppel and cause of action estoppel as one of the essential estoppel doctrines in the common law of Canada. With the influence of the rule in *Henderson* on issue estoppel and cause of action estoppel, the courts of Canada now have six essential estoppel doctrines to apply.<sup>27</sup>

It is generally agreed that the doctrines are easier to state than to apply.<sup>28</sup> In *Toronto*, Arbour J. observed:

The body of law dealing with the relitigation of issues finally decided in previous judicial proceedings is not only complex; it is also at the heart of the administration of justice.<sup>29</sup>

## Footnote(s)

- 1 *R. v. Duhamel* (1984), 57 A.R. 204 (S.C.C.) at 208, per Lamer J. for the court.
- 2 *R. v. Riddle* (1979), 48 C.C.C. (2d) 365 (S.C.C.) at 369, per Dickson J. for the court.
- 3 The word “estoppel” is derived from Old French, literally meaning “stoppage.”
- 4 This paragraph has been quoted or paraphrased, in part, in many cases: *Re Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd.*, [2011] B.C.J. No. 677 (C.A.) at par. 27; *Glenko Enterprises Ltd. v. Keller*, [2008] M.J. No. 65 (C.A.) at par. 30; *Sackville (Town) v. Canadian Union of Public Employees, Local 1188*, [2007] N.B.J. No. 97 (C.A.) at par. 33; *Ernst & Young Inc. v. Central Guaranty Trust Co.*, [2006] A.J. No. 1413 (C.A.) at par. 29; leave to appeal refused [2007] S.C.C.A. No. 9; *Furlong v. Avalon Bookkeeping Services Ltd.*, [2004] N.J. No. 276 (C.A.) at par. 1; *Wood v. Royal*, [2019] N.S.J. No. 264 (S.C.) at par. 23; *Booth v. Christensen*, [2019] A.J. No. 1535 (Q.B.) at par. 36; *Kyrylchuk v. Cox*, [2018] S.J. No. 188 (Q.B.) at par. 23; *British Columbia (Director of Civil Forfeiture) v. Sanghera*, [2017] B.C.J. No. 1694 (S.C.) at par. 30; *Caliciuri v. Matthais*, [2017] O.J. No. 547 (S.C.J.) at par. 21; *Samaroo v. Canada (Revenue Agency)*, [2016] B.C.J. No. 601 (S.C.) at par. 105; *Memorial University of Newfoundland v. Newfoundland and Labrador Assn. of Public and Private Employees, Local 7804*, [2014] N.J. No. 314 (S.C.) at par. 31-32; *Sturm v. Sprott Resource Lending Corp.*, [2014] B.C.J. No. 212 (S.C.) at par. 66; *Syncrude Canada Ltd. v. Highland Consulting Group Inc.*, [2013] A.J. No. 1105 (Q.B.) at par. 48; *Strata Plan K855 v. Big White Mountain Mart Ltd.*, [2013] B.C.J. No. 1699 (S.C.) at par. 20; *D.J.B. v. Alberta (Child, Youth and Family Enhancement Act, Director)*, [2011] A.J. No. 535 (Q.B.) at par. 26; *Barbagianis v. Canada (Attorney General)*, [2009] S.J. No. 481 (Q.B.) at par. 8; *Laxton v. Colgon*, [2008] B.C.J. No. 1136 (S.C.) at par. 30; *Incorporated Broadcasters Ltd. v. CanWest Global Communications Corp.*, [2008] M.J. No. 400 (Q.B.) at par. 53; *Penny v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, [2006] O.J. No. 2858 (S.C.J.) at par. 29; *Gubbels v. Fitterer*, [2006] B.C.J. No. 1147 (S.C.) at par. 38-40; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada Post Corp.*, [2004] F.C.J. No. 439 (T.D.) at par. 30; affd [2004] F.C.J. No. 1792 (C.A.); *Hauck v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [2003] A.J. No. 1505 (Q.B.) at par. 36; affd [2005] A.J. No. 513 (C.A.); *Furlong v. Avalon Bookkeeping Services Ltd.*, [2003] N.J. No. 233 (T.D.) at par. 12; revd [2004] N.J. No. 276 (C.A.). The Supreme Court of Canada referred to p. 1 of this book in *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, [2020] S.C.J. No. 4 (S.C.C.) at par. 269.
- 5 This sentence was paraphrased in *Foreman v. Niven*, [2009] B.C.J. No. 2148 (S.C.) at par. 10.
- 6 *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100 at 112.
- 7 See the section on leading decisions and analysis in Chapter 3.
- 8 *Edinburgh Life Assurance Co. v. Clark*, [1861] 10 U.C.C.P. 351 at 357, per Hagarty J.
- 9 *Church v. Abell*, [1877] S.C.J. No. 10 (S.C.C.), per Strong J. dissenting.



## 1. THE MEANING OF RES JUDICATA

- 10 However, in *Pacific Press Ltd. v. Vancouver-New Westminster Newspaper Guild, Local 115* (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 339 (C.A.) at 343, Southin J.A., concurring with MacFarlane and Anderson J.J.A., stated that “issue estoppel is a doctrine, if not in its infancy, at least still in childhood.” MacFarlane J.A., Anderson J.A., concurring, declined to address issue estoppel. Again, in *Wanczyk v. Watson Goepel Maledy* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 70 (C.A.) at 71, Southin J.A., Newbury and Braidwood J.J.A. concurring, stated that “the doctrine of issue estoppel is by no means fully developed.”
- 11 *Jennings & Long v. Hunt & Beard* (1820), Tucker’s Select Cases 1817-1828, 248 (Nfld. S.C.) at 256–57.
- 12 *Bidwell v. Stanton* (1826), *Taylor* 366 (U.C.K.B.) at 367.
- 13 *Baker v. Booth* (1832), 2 O.S. 407 (U.C.K.B.) at 433, per Macaulay J.
- 14 *Anglo-Klondike Mining Co. v. Cook* (1905), 1 W.L.R. 322 (Y.T.C.A.).
- 15 *Farwell v. R.* (1894), 22 S.C.R. 553 at 558, per King J., Strong C.J. and Fournier J. concurring. Taschereau and Gwynne J.J. concurred in the result without disputing the stated principle.
- 16 This sentence and the following quotation were quoted in *Glenko Enterprises Ltd. v. Keller*, [2008] M.J. No. 65 (C.A.) at par. 30. Pages 1-3 to this point were quoted in *Soo v. Soo*, [2018] N.J. No. 222 (S.C.) at par. 16.
- 17 *Hoysted v. Federal Taxation Commissioner* (1921), 29 C.L.R. 537 (Aust. H.C.) at 560–61. However, on appeal, the much quoted Privy Council decision in *Hoystead v. Taxation Commissioner*, [1926] A.C. 155 (P.C.) did not use the term “issue estoppel”.
- 18 *R. v. Kuhn* (1970), 73 W.W.R. 146 (B.C. Co. Ct.) at 147.
- 19 *Angle v. Minister of National Revenue* (1974), 47 D.L.R. (3d) 544 (S.C.C.) at 555, per Dickson J. for the majority quoting the classic statement of Lord Guest in *Carl-Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 at 935.
- 20 *Thoday v. Thoday*, [1964] 2 W.L.R. 371 (C.A.) at 384.
- 21 *Silver Standard Mines Ltd. (N.P.L.) v. Granby Mining Co. (No. 2)* (1972), 31 D.L.R. (3d) 356 (B.C.C.A.) at 358 citing *Thoday*; leave to appeal refused (1972), 33 D.L.R. (3d) 124.
- 22 *Angle v. Minister of National Revenue* (1974), 47 D.L.R. (3d) 544 (S.C.C.) at 555 citing *Thoday*.
- 23 *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] S.C.J. No. 46 (S.C.C.) at par. 20; *Heijs v. Breuker*, [2020] P.E.I.J. No. 29 (C.A.) at par. 25, 41, 44; *Laasch v. Turenne*, [2013] A.J. No. 550 (C.A.) at par. 7; *New Brunswick (Executive Director of Assessment) v. Ganong Bros. Ltd.*, [2004] N.B.J. No. 219 (C.A.) at par. 44; *Hoyt v. Murphy*, [2004] N.B.J. No. 88 (C.A.) at par. 22, 45; *410727 B.C. Ltd. v. Dayhu Investments Ltd.*, [2004] B.C.J. No. 1386 (C.A.) at par. 30–31, 33; leave to appeal refused [2004] S.C.C.A. No. 422; *John Harvie Ltd. v. Grand Canyon Construction Co.* (1983), 21 A.C.W.S. (2d) 332 (Ont. C.A.) at 4; *Wamboldt v. Wellman*, [2007] O.J. No. 5063 (Div. Ct.) at par. 27; *Darling v. Best*, [2020] N.B.J. No. 298 (Q.B.) at par. 39; *Nelson v. Livermore*, [2016] O.J. No. 1616 (S.C.J.) at par. 89, 108–109; *Lauer v. Vitrak*, [2013] P.E.I.J. No. 10 (S.C.) at par. 9, 19; *Laasch v. Turenne*, [2012] A.J. No. 954 (Q.B.) at par. 62; *Gravelle v. Ontario*, [2012] O.J. No. 4388 (S.C.J.) at par. 131; *Graham v. Ellard*, [2011] B.C.J. No. 952 (S.C.) at par. 40; *Cunningham v. Moran*, [2010] O.J. No. 3711 (S.C.J.) at par. 33; affd [2011] O.J. No. 2880 (C.A.); *Jachimowicz v. Jachimowicz*, [2008] N.S.J. No. 493 (S.C.) at par. 148; affd [2009] N.S.J. No. 266 (C.A.); *Reid (Litigation Guardian of) v. Strata Plan LMS 2503*, [2007] B.C.J. No. 2047 (S.C.) at par. 1, 14; *Rivet v. British Columbia*, [2007] B.C.J. No. 1085 (S.C.) at par. 74, 79, 115; *Norrad v. MacKay*, [2005] N.B.J. No. 366 (Q.B.) at par. 15–16; *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 1395 (S.C.) at par. 25; *Phillips Estate v. Noble* (1997), 75 A.C.W.S. (3d) 939 (N.B.Q.B.) at 6; *Baird v. Lawson* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 101 (Sask. Q.B.) at 106; *Chan v. Royal LePage Commercial Real Estate Services* (1990), 20 A.C.W.S. (3d) 117 (B.C.S.C.) at 7; *Germesheid v. Valois* (1989), 68 O.R. (2d) 670 (H.C.) at 688.
- 24 *Walji v. Quraishi*, [2007] A.J. No. 1165 (Q.B.) at par. 57.
- 25 *Hendry v. Strike* (1999), 29 C.P.C. (4th) 18 (Ont. Gen. Div.) at 21, per Haines J.
- 26 *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 79*, [2003] S.C.J. No. 64 (S.C.C.), per Arbour J. for the majority, per LeBel J. for the minority concurring.
- 27 See the section on the six essential doctrines in this chapter, below.
- 28 *R. v. Holmes* (1972), 25 C.R.N.S. 154 (Ont. Co. Ct.) at 161; *Re Tong*, [2008] B.C.J. No. 1174 (S.C.) at par. 43.

## 1. THE MEANING OF RES JUDICATA

- 29** *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 79*, [\[2003\] S.C.J. No. 64](#) (S.C.C.) at par. 15, *per* Arbour J. for the majority, *per* LeBel J. for the minority concurring. In *R. v. Mahalingan*, [\[2008\] S.C.J. No. 64](#) (S.C.C.) at par. 113, Charron J., for the minority dissenting, stated:

Identifying the elements of issue estoppel is deceptively simple, but applying the concept can prove rather complex, as evidenced by the considerable body of jurisprudence it has generated: see *Lange* for a useful discussion of the relevant jurisprudence.

---

End of Document

# **TAB 18**

## C. FOREIGN LAW AS FACT

In domestic proceedings we are accustomed to a general distinction between facts, which must be proven to the court, and laws, which do not require proof and which are simply understood to be known to the court.<sup>8</sup> In Ontario litigation, the lawyers do not call evidence of Ontario law: they submit copies of cases and statutes and make submissions on them. However, foreign laws are considered to be facts.<sup>9</sup>

The central consequence of this classification is that foreign laws, like other facts, cannot be assumed to be within the knowledge of the court: they must be proven. If an issue in Ontario litigation is governed by New York law, the lawyers cannot simply provide the court with copies of New York cases and statutes and make submissions on them. Each point of New York law will need to be proven in evidence. As discussed below, this is typically done by calling, as a witness, an expert in the foreign law.

In domestic cases judges are not allowed to conduct their own research into the facts,<sup>10</sup> and the same principle applies to foreign laws. In *Bumper Development Corp Ltd v Commissioner of Police of the Metropolis* the Court of Appeal held that the motions judge had overstepped his role in doing his own research into Indian law.<sup>11</sup>

There is one well-established gloss on the classification of foreign laws as facts. This lies in their treatment on appeal. Typically, on an appeal the rule is that the facts must be taken as found by the court below and cannot be challenged absent exceptional circumstances. However, appellate courts have held that findings of fact as to the content of foreign law are not subject to this usual deference, so that the appellate court can substitute its view of foreign law, based on the evidence presented, for that of the court below.<sup>12</sup>

8 There are exceptions both ways: the court can take judicial notice of some notorious facts even without proof and certain delegated laws such as municipal bylaws sometimes require formal proof.

9 *Hunt v T&N plc*, [1993] 4 SCR 289 at 308 [Hunt]. For a statutory enactment of this rule, see *The Evidence Act*, SS 2006, c E-11.2, s 4(2). In contrast, it is important to appreciate that many legal systems in Europe and Latin America treat foreign law as law.

10 See, for example, *Phillips v Ford Motor Co of Canada*, [1971] 2 OR 637 (CA).

11 [1991] 4 All ER 638 (CA) [*Bumper Development*].

12 *Bumper Development*, *ibid.* See also *General Motors Acceptance Corp of Canada v Town and Country Chrysler Ltd* (2007), 88 OR (3d) 666 at paras 28–35 (CA).