

**Geoffrey Saldanha, Leueen Saldanha and
Dominic Thivy** *Appellants*

v.

**Frederick H. Beals III and Patricia A.
Beals** *Respondents*

INDEXED AS: BEALS v. SALDANHA

Neutral citation: 2003 SCC 72.

File No.: 28829.

2003: February 20; 2003: December 18.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Conflict of laws — Foreign judgments — Enforcement — Action brought in Florida court over sale of Florida land valued at US\$8,000 — Florida court entering default judgment against defendants resident in Ontario — Jury subsequently awarding US\$210,000 in compensatory damages and US\$50,000 in punitive damages — Defendants not properly defending action according to Florida law and not moving to have default judgment set aside or appealing jury award for damages — Whether “real and substantial connection” test for enforcing interprovincial judgments should be extended to foreign judgments — Whether defence of fraud, public policy or natural justice established so that foreign judgment should not be enforced by Canadian courts — Whether enforcing foreign judgment constitutes violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms can shield a Canadian defendant from enforcement of foreign judgment.

Judgments and orders — Foreign judgments — Enforcement — Rules relating to recognition and

**Geoffrey Saldanha, Leueen Saldanha et
Dominic Thivy** *Appelants*

c.

**Frederick H. Beals III et Patricia A.
Beals** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : BEALS c. SALDANHA

Référence neutre : 2003 CSC 72.

N^o du greffe : 28829.

2003 : 20 février; 2003 : 18 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit international privé — Jugements étrangers — Exécution — Action intentée devant un tribunal de la Floride relativement à une vente de terrain pour la somme de 8 000 \$US — Tribunal de la Floride rendant un jugement par défaut contre des défendeurs résidant en Ontario — Jury accordant par la suite les sommes de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts compensatoires et de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs — Défaut des défendeurs de contester l'action correctement selon la loi de la Floride et de chercher à faire annuler le jugement par défaut ou de porter en appel l'attribution de dommages-intérêts par le jury — Le critère du « lien réel et substantiel », applicable à l'exécution des jugements d'une autre province, devrait-il également s'appliquer aux jugements étrangers? — A-t-on établi que le moyen de défense fondé sur la fraude, l'ordre public ou la justice naturelle s'applique de manière à empêcher les tribunaux canadiens d'exécuter le jugement étranger? — L'exécution du jugement étranger viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés peut-il protéger un défendeur canadien contre l'exécution d'un jugement étranger?

Jugements et ordonnances — Jugements étrangers — Exécution — Règles relatives à la reconnaissance

enforcement of foreign judgments by Canadian courts — Nature and scope of defences available to judgment debtor.

The appellants, residents of Ontario, sold a vacant lot situated in Florida to the respondents. A dispute arose as a result of that transaction and in 1986 the respondents sued the appellants and two other defendants in Florida. A defence was filed but the appellants chose not to defend any of the subsequent amendments to the action. Pursuant to Florida law, the failure to defend the amendments had the effect of not defending the action. The appellants were subsequently noted in default and were served with notice of a jury trial to establish damages. They did not respond to the notice nor did they attend the trial. The jury awarded the respondents US\$210,000 in compensatory damages and US\$50,000 in punitive damages. Upon receipt of the notice of the monetary judgment against them, the appellants sought legal advice. They were advised by an Ontario lawyer that the foreign judgment could not be enforced in Ontario. Relying on this advice, the appellants took no steps to have the judgment set aside or to appeal the judgment in Florida. The damages were not paid and an action was started in Ontario to enforce the Florida judgment. By the time of the hearing in 1998, the foreign judgment with interest had grown to approximately C\$800,000. The trial judge dismissed the action for enforcement primarily on the ground that there had been fraud in relation to the assessment of damages. The Court of Appeal allowed the respondents' appeal.

Held (Iacobucci, Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The judgment of the Florida court should be enforced.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Arbour and Deschamps JJ.: International comity and the prevalence of international cross-border transactions and movement call for a modernization of private international law. Subject to the legislatures adopting a different approach, the “real and substantial connection” test, which has until now only been applied to interprovincial judgments, should apply equally to the recognition and enforcement of foreign judgments. The test requires that a significant connection exist between the cause of action and the foreign court. Here, the “real and substantial connection” test is made out. The appellants entered into a property transaction in Florida when they bought and sold land. As such, there

et à l'exécution d'un jugement étranger par les tribunaux canadiens — Nature et portée des moyens de défense dont dispose le débiteur judiciaire.

Les appelants, résidents ontariens, ont vendu aux intimés un terrain vague situé en Floride. Cette opération a engendré un différend et, en 1986, les intimés ont engagé, en Floride, des poursuites contre les appelants et deux autres défendeurs. Les appelants ont produit une défense, mais ils ont choisi de ne répondre à aucune des modifications subséquemment apportées à cette action. Selon la loi de la Floride, cette omission revenait à ne pas contester l'action. Le défaut des appelants a été, par la suite, constaté et ceux-ci ont reçu signification d'un avis les informant qu'un procès devant jury serait tenu dans le but d'établir le montant des dommages-intérêts. Ils n'ont ni répondu à cet avis ni assisté au procès. Le jury a accordé aux intimés les sommes de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts compensatoires et de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs. Les appelants ont sollicité des conseils juridiques aussitôt qu'ils furent avisés du montant qu'ils étaient condamnés à payer. Ils se sont fait dire par un avocat ontarien que ce jugement étranger était inexécutoire en Ontario. Forts de ce conseil, les appelants n'ont entrepris aucune démarche visant à faire annuler ce jugement ou à le porter en appel en Floride. Les dommages-intérêts n'ont pas été payés et une action en exécution du jugement rendu en Floride a été intentée en Ontario. Au moment de l'audition, en 1998, les dommages-intérêts accordés par le jugement étranger, et les intérêts accumulés, totalisaient environ 800 000 \$CAN. Le juge de première instance a rejeté l'action en exécution surtout pour cause de fraude dans l'évaluation des dommages-intérêts. La Cour d'appel a accueilli l'appel des intimés.

Arrêt (les juges Iacobucci, Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. Le jugement du tribunal de la Floride doit être exécuté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Major, Bastarache, Arbour et Deschamps : La courtoisie internationale et la prédominance de la circulation et des opérations transfrontalières internationales commandent une modernisation du droit international privé. À moins que les législatures n'adoptent des lois prescrivant une approche différente, le critère du « lien réel et substantiel », jusqu'à maintenant limité aux jugements d'une autre province, devrait également s'appliquer à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. Ce critère requiert l'existence d'un lien important entre la cause d'action et le tribunal étranger. En l'espèce, le critère du « lien réel et substantiel » est respecté. Les appelants ont conclu une opération immobilière en

exists both a real and substantial connection between the Florida jurisdiction, the subject matter of the action and the defendants. Since the Florida court properly took jurisdiction, its judgment must be recognized and enforced by a domestic court provided that no defences bar its enforcement.

While fraud going to jurisdiction can always be raised before a domestic court to challenge the judgment, the merits of a foreign judgment can be challenged for fraud only where the allegations are new and not the subject of prior adjudication. Where material facts not previously discoverable arise that potentially challenge the evidence that was before the foreign court, the domestic court can decline recognition of the judgment. The defendant has the burden of demonstrating that the facts sought to be raised could not have been discovered by the exercise of due diligence prior to the obtaining of the foreign judgment. Here, the defence of fraud is not made out. The appellants have not claimed that there was evidence of fraud that they could not have discovered had they defended the Florida action. In the absence of such evidence, the trial judge erred in concluding that there was fraud. Although the amount of damages awarded may seem disproportionate, it was a palpable and overriding error for the trial judge to conclude on the dollar amount of the judgment alone that the Florida jury must have been misled.

The defence of natural justice is restricted to the form of the foreign procedure and to due process, and does not relate to the merits of the case. If that procedure, while valid there, is not in accordance with Canada's concept of natural justice, the foreign judgment will be rejected. The defendant carries the burden of proof. In the circumstances of this case, the defence does not arise. The appellants failed to raise any reasonable apprehension of unfairness. They were fully informed about the Florida action, were advised of the case to meet and were granted a fair opportunity to do so. They did not defend the action. Once they received notice of the amount of the judgment, the appellants obviously had precise notice of the extent of their financial exposure. Their failure to move to set aside or appeal the Florida judgment when confronted with the size of the award of damages was not due to a lack of notice but due to their reliance upon negligent legal advice. That

Floride quand ils ont acheté et vendu le terrain. Il existe donc un lien tant réel que substantiel entre le ressort de la Floride, l'objet de l'action et les défendeurs. Vu que le tribunal de la Floride a exercé correctement sa compétence, un tribunal national se doit de reconnaître et d'exécuter le jugement qu'il a rendu, pourvu qu'aucun moyen de défense ne vienne en empêcher l'exécution.

Tandis que la fraude touchant la compétence peut toujours être invoquée devant un tribunal national pour attaquer la validité d'un jugement, la fraude ne peut être invoquée pour contester le bien-fondé d'un jugement étranger qu'en présence d'allégations nouvelles qui n'ont pas déjà été examinées et tranchées. Le tribunal national peut refuser de reconnaître le jugement si on lui soumet des faits substantiels impossibles à découvrir antérieurement et susceptibles de mettre en doute la preuve dont le tribunal étranger était saisi. Pour pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la fraude, le défendeur doit démontrer qu'il n'était pas possible, en faisant montre de diligence raisonnable, de découvrir, avant le prononcé du jugement étranger, les faits maintenant invoqués. Dans la présente affaire, le moyen de défense fondé sur la fraude ne peut pas être invoqué. Les appelants n'ont pas allégué qu'il existait une preuve de fraude qu'ils n'auraient pas pu découvrir s'ils avaient contesté l'action intentée en Floride. En l'absence d'une telle preuve, le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l'existence d'une fraude. Bien que le montant des dommages-intérêts accordés puisse paraître démesuré, il reste que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en déduisant, du seul montant accordé par le jugement, que le jury de la Floride avait été induit en erreur.

Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle est limité à la forme de la procédure étrangère et à l'application régulière de la loi, et n'a rien à voir avec le bien-fondé de l'affaire. L'exécution du jugement sera refusée dans le cas où, si valide qu'elle soit à l'étranger, la procédure suivie pour le rendre n'est pas conforme à la notion de justice naturelle canadienne. Le fardeau de la preuve incombe au défendeur. En l'espèce, le moyen de défense fondé sur la justice naturelle ne peut pas être invoqué. Les appelants n'ont suscité aucune crainte raisonnable d'injustice. Ils ont été très bien informés de l'action intentée en Floride; ils ont été avisés de la preuve à réfuter et ont eu une possibilité raisonnable de la réfuter. Ils n'ont pas contesté l'action. Il est évident que, lorsqu'ils ont reçu avis du montant accordé par le jugement, les appelants ont alors connu exactement l'ampleur du risque financier auquel ils étaient exposés. Leur défaut de chercher à faire annuler ou de porter en

negligence cannot be a bar to the enforcement of the respondents' judgment.

The public policy defence prevents the enforcement of a foreign judgment which is contrary to the Canadian concept of justice, and turns on whether a foreign law is contrary to our view of basic morality. The award of damages by the Florida jury does not violate our principles of morality such that enforcement of the monetary judgment would shock the conscience of the reasonable Canadian. The sums involved, although they have grown large, are not by themselves a basis to refuse enforcement of the foreign judgment in Canada. The public policy defence is not meant to bar enforcement of a judgment rendered by a foreign court with a real and substantial connection to the cause of action for the sole reason that the claim in that foreign jurisdiction would not yield comparable damages in Canada.

Finally, the recognition and enforcement of the Florida judgment by a Canadian court would not constitute a violation of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Given that s. 7 does not shield a Canadian resident from the financial effects of the enforcement of a judgment rendered by a Canadian court, it should not shield a Canadian defendant from the enforcement of a foreign judgment.

Per Iacobucci and Binnie JJ. (dissenting): The “real and substantial connection” test provides an appropriate conceptual basis for the enforcement of final judgments obtained in foreign jurisdictions. While there is no doubt the Florida courts had jurisdiction over the dispute since the land was located in that jurisdiction, the question is whether the appellants in this proceeding were sufficiently informed of the case against them to allow them to determine, in a reasonable way, whether to participate in the Florida action, or to let it go by default. In this case, the appellants come within the traditional limits of the natural justice defence and the Ontario courts ought not to give effect to the Florida judgment.

The suggestion that the appellants are the authors of their own misfortune on the basis that if they had hired

appel le jugement obtenu en Floride, face à l'importance du montant des dommages-intérêts accordés, est dû non pas à l'absence d'avis, mais plutôt au fait qu'ils ont suivi les conseils erronés de leur avocat. Ce défaut ne saurait faire obstacle à l'exécution du jugement obtenu par les intimés.

Le moyen de défense fondé sur l'ordre public empêche l'exécution d'un jugement étranger contraire à la notion de justice canadienne et oblige à déterminer si une loi étrangère est contraire à nos valeurs morales fondamentales. Le montant des dommages-intérêts accordés par le jury de la Floride ne fait pas entorse à nos principes au point que l'exécution du jugement l'accordant choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables. Malgré l'ampleur qu'elles ont prise, les sommes en question ne justifient pas, à elles seules, un refus d'exécuter le jugement étranger au Canada. Le moyen de défense fondé sur l'ordre public n'est pas destiné à empêcher l'exécution du jugement d'un tribunal étranger ayant un lien réel et substantiel avec la cause d'action, pour le seul motif que la demande présentée dans ce ressort étranger ne donnerait pas lieu à des dommages-intérêts comparables au Canada.

Enfin, la reconnaissance et l'exécution, par un tribunal canadien, du jugement rendu en Floride ne constituerait pas une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Vu que l'art. 7 ne protège pas un résident canadien contre les conséquences financières de l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal canadien, il ne doit pas non plus protéger un défendeur canadien contre l'exécution d'un jugement étranger.

Les juges Iacobucci et Binnie (dissidents) : Le critère du « lien réel et substantiel » fournit un fondement conceptuel approprié pour exécuter les jugements définitifs obtenus dans des ressorts étrangers. Bien qu'il ne fasse aucun doute que les tribunaux de la Floride étaient compétents pour régler le différend, vu que le terrain était situé dans ce ressort, il faut se demander si l'avis que les appelants en l'espèce ont reçu au sujet du risque auquel ils étaient exposés suffisait pour qu'ils soient en mesure de décider raisonnablement s'ils devaient participer à l'action intentée en Floride ou laisser le tribunal rendre jugement par défaut. Dans la présente affaire, les appelants satisfont aux conditions traditionnelles requises pour pouvoir invoquer la justice naturelle comme moyen de défense, et les tribunaux ontariens doivent s'abstenir de mettre à exécution le jugement de la Floride.

On ne saurait accepter que les appelants sont les artisans de leur malheur en ce sens que l'embauche

a Florida lawyer they would have found out about subsequent developments in the action cannot be accepted. The appellants decided not to defend the case set out against them in the complaint. That case was subsequently transformed. They never had the opportunity to put their minds to the transformed case because they were never told about it.

To make an informed decision, they should have been told in general terms of the case they had to meet on liability and been given an indication of the jeopardy they faced in terms of damages. The respondents' complaint did not adequately convey to the appellants the importance of the decision that would eventually be made in the Florida court.

Cumulatively, the events demonstrate an unfair procedure which in this particular case failed to meet the standards of natural justice. Nowhere was it brought to the appellants' attention that, under the Florida *Rules of Civil Procedure*, they were required to refile their defence every time the respondents amended their complaint against other defendants. In terms of procedural fairness, the appellants were entitled to assume that in the absence of any new allegations against them there was no need to refile a defence that had already been filed in the same action. A Canadian resident is not presumed to know the law of another jurisdiction. As the basis of the respondents' judgment is default of pleading, this lack of notification goes to the heart of the present appeal.

Furthermore, a party must be made aware of the potential jeopardy faced. The appellants received no notice of a 1987 court order striking out the claim for punitive damages against the other defendants — the realtor and the title insurers — on grounds applicable, had they known about it, to the appellants. They were also not told, after being noted in default and before the jury trial, that the respondents had made a deal with the realtor to delete claims against the realtor for treble damages, punitive damages and statutory violations (though these claims were continued on almost identical facts against the appellants). Subsequently, the respondents settled with the realtor and with the title insurers, leaving the appellants as the sole target at the damages trial. They were not told about this. Nor were the appellants served with the court order for mandatory mediation which provided that all parties were required to participate or, as required by the Florida rules, with notice of the experts the respondents proposed to call at the damages assessment. Lastly, the respondents' complaint did not indicate that they were claiming

d'un avocat en Floride leur aurait permis de prendre connaissance de l'évolution subséquente de l'action. Les appelants ont décidé de ne pas contester la preuve déposée contre eux dans la plainte. Cette preuve a été, par la suite, modifiée. Les appelants n'ont jamais eu la possibilité de prendre connaissance de la nouvelle preuve parce qu'on ne leur a jamais fait part de son existence.

Pour qu'ils soient en mesure de prendre une décision éclairée, on aurait dû les informer de la preuve générale qu'ils devaient réfuter et leur faire part des dommages-intérêts auxquels ils risquaient d'être condamnés. La plainte des intimés ne permettait pas aux appelants de saisir la gravité de la décision que pourrait rendre le tribunal de la Floride.

Tout bien considéré, ces événements témoignent d'une procédure inéquitable qui, en l'espèce, ne respectait pas les règles de justice naturelle. Les appelants n'ont jamais été informés que les *Rules of Civil Procedure* de la Floride les obligeaient à déposer de nouveau leur défense chaque fois que les intimés modifiaient leur plainte contre les autres défendeurs. Sur le plan de l'équité procédurale, les appelants étaient en droit de supposer qu'en l'absence de nouvelles allégations contre eux ils n'avaient pas à déposer de nouveau une défense déjà produite en réponse à la même action. Un résident canadien n'est pas présumé connaître la loi applicable dans un autre ressort. Comme le jugement obtenu par les intimés repose sur le défaut de produire un acte de procédure, cette absence d'avis est cruciale en l'espèce.

En outre, une partie doit être informée du risque auquel elle est exposée. Les appelants n'ont pas été avisés de l'ordonnance dans laquelle le tribunal a annulé, en 1987, la demande de dommages-intérêts punitifs présentée contre les autres défendeurs — l'agent immobilier et la société d'assurance de titres de propriété — pour des raisons qui auraient été applicables aux appelants, s'ils les avaient connues. Ils n'ont pas non plus été informés, après la constatation de leur défaut mais avant le procès devant jury, que les intimés et l'agent immobilier avaient convenu de supprimer les demandes de dommages-intérêts triples, de dommages-intérêts punitifs et d'indemnité pour violation de la loi déposées contre l'agent immobilier (même si ces demandes fondées sur des faits quasi identiques étaient maintenues contre les appelants). Par la suite, les intimés ont réglé à l'amiable avec l'agent immobilier et la société d'assurance de titres de propriétés, de sorte que les appelants sont retrouvés les seuls visés à l'audience relative aux dommages-intérêts. Les appelants n'ont pas été informés de ce changement

damages on behalf of corporations, whose names appeared nowhere in the pleadings, in which they had an interest, and that they would be seeking damages for a corporation's lost opportunity to build an undefined number of homes on land to which neither the respondents nor the corporation held title.

A judgment based on inadequate notice is violative of natural justice. A default judgment that rests on such an unfair foundation should not be enforced. The fact that the appellants did not appeal the Florida judgment or seek the indulgence of the Florida court to set the default judgment aside for "excusable neglect" is a relevant consideration, but is not necessarily fatal, and in this case does not justify the enforcement in Ontario of the flawed Florida default judgment.

Per LeBel J. (dissenting): The "real and substantial connection" test should be modified significantly when it is applied to judgments originating outside the Canadian federation. Specifically, the assessment of the propriety of the foreign court's jurisdiction should be carried out in a way that acknowledges the additional hardship imposed on a defendant who is required to litigate in a foreign country. The purposive, principled framework should not be confined, however, to the question of jurisdiction. The impeachment defences of public policy, fraud and natural justice ought to be reformulated. Liberalizing the jurisdiction side of the analysis while retaining narrow, strictly construed categories on the defence side is not a coherent approach.

The jurisdiction test itself should be applied so that the assumption of jurisdiction will not be recognized if it is unfair to the defendant. This requires taking into account the differences between the international and interprovincial contexts. The integrated character of the Canadian federation makes a high degree of cooperation between the courts of the various provinces a practical necessity. It is also a constitutional imperative, inherent in the relationship between the units of our federal state, that each province must recognize the properly assumed jurisdiction of another, and conversely that no court in a province can intermeddle in matters that are without a constitutionally sufficient connection to that province.

de situation. Ils n'ont pas non plus reçu signification de l'ordonnance judiciaire de médiation obligatoire qui requerrait la participation de toutes les parties, ni été avisés — conformément aux règles de la Floride — des experts que les intimés comptaient appeler à témoigner lors de l'évaluation des dommages-intérêts. Enfin, la plainte des intimés n'indiquait pas qu'ils réclamaient des dommages-intérêts au nom de sociétés dont ils étaient actionnaires et dont les noms ne figuraient nulle part dans les actes de procédure, et qu'ils comptaient réclamer des dommages-intérêts pour la possibilité qu'une société avait perdue de construire un nombre indéterminé de maisons sur un terrain qui ne lui appartenait pas et qui n'appartenait pas non plus aux intimés.

Un jugement fondé sur un avis insuffisant est contraire à la justice naturelle. Il n'y a pas lieu d'exécuter un jugement par défaut ayant un fondement aussi inéquitable. Le fait que les appelants n'ont ni porté en appel le jugement rendu en Floride, ni demandé au tribunal de la Floride de faire montre d'indulgence en annulant pour cause de « négligence excusable » le jugement par défaut, est un facteur pertinent, mais non nécessairement fatal, qui, en l'espèce, ne justifie pas l'exécution en Ontario du jugement vicié rendu par défaut en Floride.

Le juge LeBel (dissident) : Il y a lieu de modifier sensiblement le critère du « lien réel et substantiel » lorsqu'il s'agit de l'appliquer à des jugements émanant de l'extérieur de la fédération canadienne. Plus précisément, l'évaluation de la légitimité de la compétence du tribunal étranger doit tenir compte des difficultés supplémentaires auxquelles se heurte le défendeur tenu de plaider dans un pays étranger. Cependant, le système téléologique et fondé sur des principes ne devrait pas se limiter à la question de la compétence. Il est souhaitable de reformuler les moyens de défense fondés sur l'ordre public, la fraude et la justice naturelle. Il est illogique de libéraliser le volet « compétence » de l'analyse tout en continuant de répartir le volet « moyens de défense » dans des catégories bien précises et assujetties à une interprétation stricte.

Le critère même de la compétence doit s'appliquer pour empêcher la reconnaissance de la déclaration de compétence qui est injuste pour la partie défenderesse. Cela exige de tenir compte des différences qui existent entre les contextes international et interprovincial. Le caractère unifié de la fédération canadienne commande, en fait, une large mesure de coopération entre les tribunaux des diverses provinces. De même, un impératif constitutionnel, inhérent au lien existant entre les éléments qui forment notre État fédéral, veut que chaque province reconnaisse la compétence qu'une autre province déclare avoir à juste titre et, à l'inverse, qu'aucun tribunal d'une province ne puisse s'immiscer dans des

Comity as between sovereign nations is not an obligation in the same sense. It follows from the contextual and purpose-driven approach that the rules for recognition and enforcement of foreign-country judgments should be carefully fashioned to reflect the realities of the international context, and calibrated to further to the greatest degree possible, the ultimate objective of facilitating international interactions. However, this does not mean that they should be as liberal as the interprovincial rule. Ideally, the “real and substantial connection” test should represent a balance designed to create the optimum conditions favouring the flow of commodities and services across state lines. The connections required before foreign-country judgments will be enforced should be specified more strictly and in a manner that gives due weight to the protection of Canadian defendants without disregarding the legitimate interests of foreign claimants. This approach is consistent with both the flexible nature of international comity as a principle of enlightened self-interest rather than absolute obligation, and the practical differences between the international and interprovincial contexts.

While the test should ensure that, considering the totality of the connections between the forum and all aspects of the action, it is not unfair to expect the defendant to litigate in that forum, it does not follow that there necessarily has to be a connection between the defendant and the forum. There are situations where, given the other connections between the forum and the proceeding, it is a reasonable place for the action to be heard and the defendant can fairly be expected to go there even though he or she personally has no link at all to that jurisdiction. Under this approach, the connection must be strong enough to make it reasonable for the defendant to be expected to litigate there even though that may entail additional expense, inconvenience, and risk. If litigating in the foreign jurisdiction is very burdensome to the defendant, a stronger degree of connection would be required before the originating court’s assumption of jurisdiction should be recognized as fair and appropriate. In extreme cases, the foreign legal system itself may be inherently unfair. If the process that led to the judgment was unfair in itself, it is not fair to the defendant to enforce that judgment in any circumstance, even if the forum has very strong connections to the action and appears in every other respect to be the natural place for the action to be heard.

affaires qui, sur le plan constitutionnel, n’ont aucun lien suffisant avec la province où il est situé. La courtoisie entre États souverains ne constitue pas une obligation dans le même sens. L’approche contextuelle et téléologique commande que les règles applicables en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements étrangers reflètent fidèlement les réalités du contexte international et soient le plus possible adaptées à la réalisation de l’objectif final qui est de faciliter les relations internationales. Cependant, cela ne signifie pas qu’elles doivent être aussi libérales que la règle interprovinciale. Idéalement, le critère du « lien réel et substantiel » devrait représenter une solution de compromis destinée à créer les conditions les plus propices à la circulation des biens et des services d’un pays à l’autre. Les liens nécessaires à l’exécution des jugements étrangers doivent être précisés davantage de manière à donner à la protection des défendeurs canadiens toute l’importance qu’elle mérite, sans pour autant négliger les intérêts légitimes des demandeurs étrangers. Cette approche reste compatible avec la nature souple de la courtoisie internationale en tant que principe d’individualisme constructif et non en tant qu’obligation absolue, et avec les différences concrètes qui existent entre le contexte international et le contexte interprovincial.

Bien que ce critère doive contribuer à assurer que, compte tenu de l’ensemble des liens entre le ressort et tous les aspects de l’action, il n’est pas déraisonnable de s’attendre à ce que le défendeur y plaide, il ne s’ensuit pas nécessairement qu’un lien doit rattacher le défendeur au ressort. En effet, il arrive qu’en raison de ses autres liens avec l’instance le ressort soit un endroit raisonnable pour instruire l’action et que l’on puisse alors raisonnablement s’attendre à ce que le défendeur s’y rende même si, personnellement, il n’a absolument aucun lien avec ce ressort. Selon cette approche, le lien doit être assez solide pour que l’on puisse raisonnablement s’attendre à ce que le défendeur aille plaider devant ce tribunal malgré les dépenses supplémentaires, les inconvénients et le risque que cela peut lui occasionner. Dans le cas où il deviendrait très onéreux pour le défendeur de plaider dans le ressort étranger, la reconnaissance du caractère juste et approprié de la déclaration de compétence du tribunal d’origine exige la démonstration de l’existence d’un lien plus solide. Dans les pires cas, il se peut que le régime juridique étranger lui-même soit foncièrement inéquitable. Lorsque la procédure suivie pour rendre le jugement en cause était inéquitable en soi, il devient alors injuste d’imposer au défendeur l’exécution du jugement dans tous les cas, même si des liens très solides rattachent l’action au ressort et si ce dernier paraît être, à tous autres égards, l’endroit logique pour l’instruction de l’instance.

It follows from those propositions that the notion of interprovincial reciprocity is not equally applicable internationally. To treat a judgment from a foreign country exactly like one that originates within Canada fails to take into account the differences between the interprovincial and international contexts and fails to reflect the differences between assuming jurisdiction and enforcing a foreign judgment. Lastly, s. 7 *Charter* rights are not usually relevant to jurisdictional issues in civil disputes and do not arise in this case, although it is possible that there may be situations where fundamental interests of the defendant are implicated and s. 7 could come into play.

In this case, Florida was the natural place for the action to be heard because there were very strong connections between that state and every component of the action: the plaintiffs, who live there; the land, which is in Florida; and the defendants, who involved themselves in real estate transactions there.

The public policy defence should be reserved for cases where the objection is to the law of the foreign forum, rather than the way the law was applied, or the size of the award *per se*. It should also apply to foreign laws that offend basic tenets of our civil justice system, principles that are widely recognized as having a quality of essential fairness. Here, the defects in the judgment, while severe, do not engage the public policy defence. The enforcement of such a large award in the absence of a connection either to harm suffered by the plaintiffs and caused by the defendants or to conduct deserving of punishment on the part of the defendants would be contrary to basic Canadian ideas of justice. But there is no evidence that the law of Florida offends these principles. On the contrary, the record indicates that Florida law requires proof of damages in the usual fashion and there is no indication that punitive damages are available where the defendant's conduct is not morally blameworthy.

In general, the rule that the defence of fraud must be based on previously undiscoverable evidence is a reasonably balanced solution. However, the possibility that a broader test should apply to default judgments in cases where the defendant's decision not to participate was a demonstrably reasonable one should not be ruled out. If the defendant ignored what it justifiably considered to be a trivial or meritless claim, and can prove on the civil

Il découle de ces propositions que la notion de réciprocité interprovinciale ne s'applique tout autant aux jugements rendus à l'extérieur du Canada. Traiter un jugement émanant d'un pays étranger exactement sur le même pied qu'un jugement rendu au Canada ne tient pas compte des différences très réelles qui existent entre les contextes interprovincial et international, et ne reflète pas les différences entre la déclaration de compétence et l'exécution d'un jugement étranger. Enfin, les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* ne sont généralement pas pertinents relativement aux questions de compétence soulevées en matière civile et n'interviennent pas en l'espèce, quoiqu'il puisse y avoir des cas où les intérêts fondamentaux du défendeur sont en cause et où l'art. 7 entre alors en jeu.

En l'espèce, la Floride était l'endroit logique pour l'instruction de l'action en raison de l'existence de liens très solides entre cet État et chaque élément de l'action : les demandeurs y vivent, le terrain y est situé et les défendeurs y ont effectué des opérations immobilières.

Il y a lieu de continuer à limiter la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'ordre public aux cas où l'objection vise le droit applicable dans le ressort étranger et non la manière dont ce droit a été appliqué ou le montant même des dommages-intérêts qui a été accordé. Il doit également pouvoir être invoqué à l'encontre de lois étrangères violant les règles fondamentales de notre système de justice civile, qui sont largement reconnues comme étant essentiellement équitables. Dans la présente affaire, les vices du jugement, si graves soient-ils, ne donnent pas ouverture au moyen de défense fondé sur l'ordre public. À défaut d'un lien soit avec un préjudice causé aux demandeurs par les défendeurs, soit avec une conduite des défendeurs qui mérite d'être punie, l'exécution d'un jugement accordant un montant de dommages-intérêts aussi élevé serait contraire aux notions de justice fondamentales canadiennes. Cependant, rien ne prouve que le droit de la Floride viole ces principes. Au contraire, le dossier indique que le droit de la Floride exige que la preuve du préjudice soit faite de la manière habituelle, et rien n'indique qu'il est possible d'obtenir des dommages-intérêts punitifs lorsque la conduite du défendeur n'est pas moralement répréhensible.

En général, la règle voulant que le moyen de défense fondé sur la fraude ne puisse être invoqué qu'à la lumière d'éléments de preuve impossibles à découvrir antérieurement représente un juste milieu raisonnable. Toutefois, il n'y a pas lieu d'écarter la possibilité d'appliquer un critère plus large aux jugements par défaut dans les situations où la décision du défendeur de ne pas participer à l'instance était manifestement raisonnable. Dans le cas

standard that the plaintiff took advantage of his absence to perpetrate a deliberate deception on the foreign court, it would be inappropriate to insist that a Canadian court asked to enforce the resulting judgment must turn a blind eye to those facts. Accordingly, a more generous version of the fraud defence ought to be available, as required, to address the dangers of abuse associated with the loosening of the jurisdiction test to admit a broad category of formerly unenforceable default judgments. In the present case, the defence of fraud is not made out. All the facts that the appellants raise in this connection were known to them or could have been discovered at the time of the Florida action. Furthermore, even though this is the kind of case for which a more lenient interpretation of the fraud defence would, in principle, be appropriate, because the appellants' decision not to attend the Florida proceedings was a reasonable one, given the lack of evidence, the defence could not succeed even on the view that the judgment could be vitiated by proof of intentional fraud.

The defence of natural justice concerns the procedure by which the foreign court reached its decision. If a defendant can establish that the process by which the foreign judgment was obtained was contrary to the Canadian conception of natural justice, then the foreign judgment should not be enforced. Two developments should be recognized in connection with this defence: the requirements of notice and a hearing should be construed in a purposive and flexible manner, and substantive principles of justice should also be included in the scope of the defence. Notice is adequate when the defendant is given enough information to assess the extent of his or her jeopardy. This means, among other things, that the defendant should be made aware of the approximate amount sought. Adequate notice must also include alerting the defendant to the consequences of any procedural steps taken or not taken, as well as to the allegations that will be adjudicated at trial. In assessing whether the defence of natural justice has been made out, the opportunities for correcting a denial of natural justice that existed in the originating jurisdiction should be assessed in light of all the relevant factors. Here, the Ontario defendants were not given sufficient notice of the extent and nature of the claims against them in the Florida action and its potential ramifications. Furthermore, there was no notice as to the serious consequences to the defendants of failure to refile their defence in response to the

où le défendeur n'a pas réagi à ce qu'il considérait, à juste titre, comme étant une demande futile et dénuée de fondement, et où il peut prouver, selon la norme applicable en matière civile, que le demandeur a profité de son absence pour délibérément induire en erreur le tribunal étranger, on serait malvenu de soutenir qu'un tribunal canadien saisi d'une demande d'exécution du jugement qui a résulté doit fermer les yeux sur ces faits. Par conséquent, une version plus généreuse du moyen de défense fondé sur la fraude devrait pouvoir être invoquée lorsque cela s'avère nécessaire pour réduire les risques d'abus liés à l'assouplissement du critère de compétence qui permet désormais la reconnaissance d'une large catégorie de jugements par défaut auparavant inexécutoires. Le moyen de défense fondé sur la fraude n'est pas recevable en l'espèce. Tous les faits que les appelants évoquent à l'appui de ce moyen de défense étaient connus d'eux ou auraient pu être découverts à l'époque de l'action en Floride. De plus, même s'il s'agit d'un cas où il conviendrait, en principe, de donner une interprétation plus généreuse du moyen de défense fondé sur la fraude parce que la décision des appelants de ne pas participer aux procédures en Floride était raisonnable, il reste qu'en l'absence de preuve ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué avec succès même en tenant pour acquis que le jugement serait vicié si on pouvait établir l'existence d'une fraude commise de propos délibéré.

Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle vise la procédure que le tribunal étranger a suivie pour rendre sa décision. Il n'y a pas lieu d'exécuter le jugement étranger lorsque le défendeur peut établir que la procédure suivie pour l'obtenir était contraire à la notion canadienne de justice naturelle. Ce moyen de défense doit être remanié sous deux aspects : les exigences en matière d'avis et d'audience doivent recevoir une interprétation téléologique et souple, et le moyen de défense doit également englober les principes de justice substantiels. L'avis est suffisant lorsque le défendeur reçoit assez de renseignements pour pouvoir mesurer l'ampleur du risque auquel il est exposé. Cela signifie, notamment, que le défendeur doit être informé du montant approximatif réclamé. Pour être suffisant, l'avis doit aussi prévenir le défendeur des conséquences de toutes les démarches procédurales effectuées ou non effectuées, ainsi que des allégations qui seront examinées et tranchées au procès. Pour décider si le moyen de défense fondé sur la justice naturelle peut être invoqué, il convient d'évaluer, à la lumière de tous les facteurs pertinents, la possibilité qu'il y avait, dans le ressort d'origine, d'exercer des recours destinés à corriger un déni de justice naturelle. Dans la présente affaire, les défendeurs ontariens n'ont pas suffisamment été avertis de l'étendue et de la nature des allégations formulées contre eux dans le cadre de l'action intentée en Floride et des conséquences que cette action pourrait

plaintiffs' repeatedly amended pleadings. As a result, the notice afforded to the defendants did not meet the requirements of natural justice. Finally, the mere fact that the appellants have received mistaken legal advice and did not avail themselves of the remedies available in Florida should not operate to relieve the respondents entirely of the consequences of a significant or substantial failure to observe the rules of natural justice, and it should not, in itself, bar the appellants from relying on this defence. In the circumstances of this case, when all the relevant factors are considered, the appellants' apprehensiveness about going to Florida to seek relief was understandable.

Even if the natural justice defence did not apply, this judgment should not be enforced. The facts raise very serious concerns about the fairness of enforcing the Florida judgment which do not fit easily into the categories identified by the traditional impeachment defences. The circumstances of this case are such that the enforcement of this judgment would shock the conscience of Canadians and cast a negative light on our justice system. The appellants have done nothing that infringes the rights of the respondents and have certainly done nothing to deserve such harsh punishment. Nor can they be said to have sought to avoid their obligations by hiding in their own jurisdiction or to have shown disrespect for the legal system of Florida. They have acted in good faith throughout and have diligently taken all the steps that appeared to be required of them, based on the information and advice they had. The plaintiffs in Florida appear to have taken advantage of the defendants' difficult position to pursue their interests as aggressively as possible and to secure a sizeable windfall. The Ontario court should not have to set its seal of approval on the judgment thus obtained without regard for the dubious nature of the claim, the fact that the parties did not compete on a level playing field, and the lack of transparency in the Florida proceedings. The implication of the majority position is that Canadian defendants will from now on be obliged to participate in foreign lawsuits no matter how meritless the claim or how small the amount of damages appears to be, on pain of potentially devastating consequences from which Canadian courts will be virtually powerless to protect them. Moving the law of conflicts in such a direction should be avoided.

entraîner. Les défendeurs n'ont pas non plus été avisés des risques sérieux auxquels les exposerait le défaut de déposer de nouveau leur défense pour répondre aux actes de procédure maintes fois modifiés des demandeurs. Par conséquent, l'avis donné aux défendeurs ne satisfaisait pas aux exigences de la justice naturelle. Enfin, le simple fait que les appelants aient reçu des conseils juridiques erronés et qu'ils n'aient pas exercé les recours disponibles en Floride ne devrait pas soustraire les intimés à toutes les conséquences d'une violation importante ou substantielle des règles de justice naturelle, ni empêcher, en soi, les appelants d'invoquer ce moyen de défense. Compte tenu de tous les facteurs pertinents, la réticence des appelants à retourner en Floride pour y exercer un recours devenait compréhensible dans les circonstances.

Même s'il n'était pas possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la justice naturelle, il n'y aurait pas lieu d'exécuter ce jugement. Les faits soulèvent de très sérieuses questions au sujet du caractère équitable de l'exécution du jugement de la Floride qui entre difficilement dans les catégories visées par les défenses traditionnelles consistant à attaquer la validité d'un jugement. Les circonstances de la présente affaire sont telles que l'exécution du jugement choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes et jetterait une ombre sur notre système judiciaire. Les appelants n'ont rien fait qui porte atteinte aux droits des intimés et n'ont certes rien fait qui mérite d'être puni aussi sévèrement. On ne peut pas dire non plus qu'ils ont cherché à se soustraire à leurs obligations en se terrant dans leur propre ressort ou qu'ils ont manqué de respect envers le régime juridique de la Floride. Compte tenu des renseignements et des conseils qui leur avaient été donnés, ils ont agi de bonne foi en tout temps et ont fait montre de diligence en prenant toutes les mesures qui leur semblaient requises. Les demandeurs à l'action intentée en Floride semblent avoir profité de la situation difficile des défendeurs pour protéger leurs intérêts aussi énergiquement que possible, et pour réaliser un profit important et inattendu. En raison de l'inégalité des chances entre les parties et du manque de transparence des procédures qui se sont déroulées en Floride, le tribunal de l'Ontario n'aurait pas dû autoriser l'exécution du jugement ainsi obtenu, sans tenir compte de la nature douteuse de la demande. Le point de vue adopté par les juges majoritaires signifie que les défendeurs canadiens seront désormais tenus de participer aux poursuites intentées à l'étranger — même celles qui peuvent sembler plus ou moins fondées ou si dérisoire que puisse raisonnablement paraître le montant de dommages-intérêts réclamé — sous peine de subir des conséquences potentiellement dévastatrices contre lesquelles les tribunaux canadiens ne pourront pratiquement pas les protéger. Il faut éviter de donner cette orientation au droit international privé.

Cases Cited

By Major J.

Applied: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; **referred to:** *Moses v. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654, leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. xi; *United States of America v. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370; *Old North State Brewing Co. v. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577; *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Woodruff v. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242; *Jacobs v. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496; *Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393; *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218.

By Binnie J. (dissenting)

Morguard Investments Ltd. v. De Savoye, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Adams v. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929.

By LeBel J. (dissenting)

Morguard Investments Ltd. v. De Savoye, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Yahoo!, Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 169 F.Supp.2d 1181 (2001); *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Mercandino v. Devoe & Reynolds, Inc.*, 436 A.2d 942 (1981); *United States of America v. Ivey* (1995), 26 O.R. (3d) 533; *Kidron v. Grean* (1996), 48 O.R. (3d) 775; *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. (4th) 612; *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *Loewen Group, Inc. v. United States of America*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB(AF)/98/3, June 26, 2003; *Woodruff v. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242; *Abouloff v. Oppenheimer* (1882), 10 Q.B.D. 295; *Owens Bank Ltd. v. Bracco*, [1992] 2 All E.R. 193; *Jacobs v. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496; *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784; *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218; *Adams v. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929; *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 516.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt appliqué : *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; **arrêts mentionnés :** *Moses c. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. xi; *United States of America c. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370; *Old North State Brewing Co. c. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577; *Indyka c. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Woodruff c. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242; *Jacobs c. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496; *Roglass Consultants Inc. c. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393; *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Morguard Investments Ltd. c. De Savoye, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Adams c. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Morguard Investments Ltd. c. De Savoye, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Yahoo!, Inc. c. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 169 F.Supp.2d 1181 (2001); *Emanuel c. Symon*, [1908] 1 K.B. 302; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Mercandino c. Devoe & Reynolds, Inc.*, 436 A.2d 942 (1981); *United States of America c. Ivey* (1995), 26 O.R. (3d) 533; *Kidron c. Grean* (1996), 48 O.R. (3d) 775; *Boardwalk Regency Corp. c. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. (4th) 612; *BMW of North America, Inc. c. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *Loewen Group, Inc. c. United States of America*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, n° ARB(AF)/98/3, 26 juin 2003; *Woodruff c. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242; *Abouloff c. Oppenheimer* (1882), 10 Q.B.D. 295; *Owens Bank Ltd. c. Bracco*, [1992] 2 All E.R. 193; *Jacobs c. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496; *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784; *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218; *Adams c. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929; *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64.
 Fla. Stat. Ann. R. Civ. P. § 1.190(a) (West 1967).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 19.02(3).
United States Constitution, Article IV, Amendment V, Amendment XIV.

Authors Cited

Blom, Joost. "Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 733.
 Blom, Joost. "The Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Goes Forth Into the World*" (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 373.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2003).
 Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated May 2003, Issue 5).
Dicey and Morris on the Conflict of Laws, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2000.
 Nygh, P. E. *Conflict of Laws in Australia*, 6th ed. North Ryde: Butterworths, 1995.
 Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation. Montréal: Thémis, 2001.
 Walker, Janet. "Beals v. Saldanha: Striking the Comity Balance Anew" (2002), 5 *Can. Int'l Law.* 28.
 Watson, Garry D., and Frank Au. "Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from Morguard" (2000), 23 *Advocates' Q.* 167.
 Yntema, Hessel E. "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721.
 Ziegel, Jacob S. "Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and *Beals v. Saldanha*: A Consumer Perspective" (2003), 38 *Can. Bus. L.J.* 294.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 54 O.R. (3d) 641, 202 D.L.R. (4th) 630, 148 O.A.C. 1, 10 C.P.C. (5th) 191, [2001] O.J. No. 2586 (QL), reversing a judgment of the Ontario Court (General Division) (1998), 42 O.R. (3d) 127, 27 C.P.C. (4th) 144, [1998] O.J. No. 4519 (QL). Appeal dismissed, Iacobucci, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64.
Constitution des États-Unis d'Amérique, article IV, Cinquième amendement, Quatorzième amendement.
 Fla. Stat. Ann. R. Civ. P. § 1.190(a) (West 1967).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, règle 19.02(3).

Doctrine citée

Blom, Joost. « Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection : *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* » (1991), 70 *R. du B. can.* 733.
 Blom, Joost. « The Enforcement of Foreign Judgments : *Morguard Goes Forth Into the World* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 373.
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2003).
 Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Toronto : Butterworths, 2002 (loose-leaf updated May 2003, Issue 5).
Dicey and Morris on the Conflict of Laws, vol. 1, 13th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London : Sweet & Maxwell, 2000.
 Nygh, P. E. *Conflict of Laws in Australia*, 6th ed. North Ryde : Butterworths, 1995.
 Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. « If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? » Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation. Montréal : Thémis, 2001.
 Walker, Janet. « *Beals v. Saldanha* : Striking the Comity Balance Anew » (2002), 5 *R.C.D.I.* 28.
 Watson, Garry D., and Frank Au. « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from Morguard » (2000), 23 *Advocates' Q.* 167.
 Yntema, Hessel E. « The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721.
 Ziegel, Jacob S. « Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and *Beals v. Saldanha* : A Consumer Perspective » (2003), 38 *Rev. can. dr. comm.* 294.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 54 O.R. (3d) 641, 202 D.L.R. (4th) 630, 148 O.A.C. 1, 10 C.P.C. (5th) 191, [2001] O.J. No. 2586 (QL), infirmant un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1998), 42 O.R. (3d) 127, 27 C.P.C. (4th) 144, [1998] O.J. No. 4519 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Binnie et LeBel sont dissidents.

J. Brian Casey, Janet E. Mills and Matthew J. Latella, for the appellants Geoffrey Saldanha and Leueen Saldanha.

Neal H. Roth, for the appellant Dominic Thivy.

Messod Boussidan, Larry J. Levine, Q.C., and Kevin D. Sherkin, for the respondents.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Major, Bastarache, Arbour and Deschamps JJ. was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

1 The rules related to the recognition and enforcement of foreign judgments by Canadian courts are the focus of this appeal. “Foreign” in the context of this case refers to a judgment rendered by a court outside Canada, as opposed to an interprovincial judgment.

2 The appellants, residents of Ontario, were the owners of a vacant lot in Sarasota County, Florida. They sold the lot to the respondents. A dispute arose as a result of that transaction. The respondents eventually commenced two actions against the appellants in Florida. Only the second action is relevant to this appeal. The appellants received notice at all stages of the litigation and defended the first action, which was dismissed without prejudice. A defence was filed to the second action without the knowledge of the Saldanhas.

3 The appellants chose not to defend any of the three subsequent amendments to the second action. Pursuant to Florida law, the failure to defend the amendments had the effect of not defending the second action and the appellants were subsequently noted in default. Damages of US\$260,000 were awarded by a jury convened to assess damages. The damages were not paid and an action was started in Ontario to enforce the Florida judgment.

4 We have to first determine the circumstances under which a foreign judgment shall be recognized

J. Brian Casey, Janet E. Mills et Matthew J. Latella, pour les appelants Geoffrey Saldanha et Leueen Saldanha.

Neal H. Roth, pour l’appellant Dominic Thivy.

Messod Boussidan, Larry J. Levine, c.r., et Kevin D. Sherkin, pour les intimés.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Major, Bastarache, Arbour et Deschamps rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Les règles relatives à la reconnaissance et à l’exécution d’un jugement étranger par les tribunaux canadiens sont au cœur du présent pourvoi. Le mot « étranger » sert, en l’espèce, à qualifier un jugement rendu à l’extérieur du Canada, comparative-ment à un jugement rendu dans une autre province ou un autre territoire du Canada.

Les appelants, résidents ontariens, étaient propriétaires d’un terrain vague situé dans le comté de Sarasota, en Floride. Ils ont vendu le terrain aux intimés. Cette opération a engendré un différend. En définitive, les intimés ont intenté en Floride deux actions contre les appelants. Seule la deuxième action est pertinente en l’espèce. Les appelants ont reçu des avis à toutes les étapes du litige et ont contesté la première action, qui a été rejetée sous toutes réserves. À l’insu des Saldanha, une défense a été produite relativement à la deuxième action.

Les appelants ont choisi de ne répondre à aucune des trois modifications subséquemment apportées à la deuxième action. Selon la loi de la Floride, cette omission revenait à ne pas contester la deuxième action, et le défaut des appelants a été, par la suite, constaté. Un jury formé pour évaluer les dommages-intérêts a accordé la somme de 260 000 \$US. Ces dommages-intérêts n’ont pas été payés et une action en exécution du jugement rendu en Floride a été intentée en Ontario.

Il nous faut d’abord déterminer les circonstances dans lesquelles il y a lieu de reconnaître et

and enforced in Canada. Next, the nature and scope of the defences available to the judgment debtor must be established. For the purposes of these reasons, I assume the laws of other Canadian provinces are substantially the same as in Ontario and for that reason, Canada and Ontario are used interchangeably. A future case involving another part of Canada will be considered in light of whatever differences, if any, exist there.

II. Facts

The appellants were Ontario residents. In 1981, they and Rose Thivy, who is Dominic Thivy's wife and no longer a party to this action, purchased a lot in Florida for US\$4,000. Three years later, Rose Thivy was contacted by a real estate agent acting for the respondents as well as for William and Susanne Foody (who assigned their interest to the Bealses' and are no longer parties to this action) enquiring about purchasing the lot. In the name of her co-owners, Mrs. Thivy advised the agent that they would sell the lot for US\$8,000. The written offer erroneously referred to "Lot 1" as the lot being purchased instead of "Lot 2". Rose Thivy advised the real estate agent of the error and subsequently changed the number of the lot on the offer to "Lot 2". The amended offer was accepted and "Lot 2" was transferred to the respondents and the Foodys.

The respondents had purchased the lot in question in order to construct a model home for their construction business. Some months later, the respondents learned that they had been building on Lot 1, a lot that they did not own. In February 1985, the respondents commenced what was the first action in Charlotte County, Florida, for "damages which exceed \$5,000". This was a customary way of pleading in Florida to give the Circuit Court monetary jurisdiction. The appellants, representing themselves, filed a defence. In September 1986, the appellants were notified that that action had been

d'exécuter un jugement étranger au Canada. Il faut ensuite établir la nature et la portée des moyens de défense dont dispose le débiteur judiciaire. Pour les besoins des présents motifs, je tiens pour acquis que les lois des autres provinces canadiennes sont essentiellement les mêmes qu'en Ontario, et c'est pourquoi j'utiliserai indifféremment les mots « Canada » et « Ontario ». Par contre, les litiges mettant en cause un autre ressort du Canada seront examinés à la lumière de toute différence que pourra comporter ce ressort.

II. Les faits

Les appelants étaient des résidents ontariens. En 1981, ils ont acheté un terrain en Floride pour la somme de 4 000 \$US, conjointement avec M^{me} Rose Thivy, l'épouse de M. Dominic Thivy, qui elle-même n'est plus partie à la présente action. Trois ans plus tard, un agent immobilier représentant les intimés ainsi que William et Susanne Foody (qui ont cédé leurs droits aux Beals et ne sont plus parties à l'action) a communiqué avec M^{me} Rose Thivy pour discuter de la possibilité d'acheter le terrain. Se faisant la porte-parole des copropriétaires, M^{me} Thivy a informé l'agent immobilier qu'ils seraient disposés à vendre le terrain pour la somme de 8 000 \$US. L'offre écrite désignait par erreur le terrain acheté comme étant le « lot 1 » au lieu du « lot 2 ». Madame Rose Thivy a signalé cette erreur à l'agent immobilier et a subséquemment changé le numéro inscrit sur l'offre de manière à y lire « lot 2 ». L'offre modifiée a été acceptée et la propriété du « lot 2 » a été cédée aux intimés et aux Foody.

Les intimés avaient acheté le terrain en question dans le but d'y construire une maison-témoin destinée à leur entreprise de construction. Quelques mois plus tard, ils ont appris qu'ils avaient construit la maison-témoin sur le lot 1, qui ne leur appartenait pas. En février 1985, les intimés ont intenté dans le comté de Charlotte, en Floride, ce qui constituait la première action en [TRADUCTION] « dommages-intérêts supérieurs à 5 000 \$ ». En Floride, cette précision était apportée pour que la Cour de circuit ait compétence pour instruire l'affaire. Les appelants, qui n'avaient pas retenu les

dismissed voluntarily and without prejudice because it had been brought in the wrong county.

services d'un avocat, ont produit une défense. En septembre 1986, ils ont été avisés que cette action avait été rejetée sur requête des demandeurs et sous toutes réserves, pour le motif qu'elle avait été intentée dans le mauvais ressort.

7

In September 1986, a second action ("Complaint") was commenced by the respondents in the Circuit Court for Sarasota County, Florida. That Complaint was served on the appellants, in Ontario, to rescind the contract of purchase and sale and claimed damages in excess of US\$5,000, treble damages and other relief authorized by statute in Florida. This Complaint was identical to that in the first action except for the addition of allegations of fraud. Shortly thereafter, an Amended Complaint, simply deleting one of the defendants, was served on the appellants. A statement of defence (a duplicate of the defence filed in the first action) was filed by Mrs. Thivy on behalf of the appellants. The trial judge accepted the evidence of the Saldanhas that they had not signed the document. Accordingly, the Saldanhas were found not to have attorned. As discussed further in these reasons, Dominic Thivy's situation differs.

En septembre 1986, les intimés ont intenté une deuxième action (« plainte ») devant la Cour de circuit du comté de Sarasota, en Floride. En Ontario, les appelants ont reçu signification de cette plainte dans laquelle les intimés réclamaient la résiliation du contrat d'achat et des dommages-intérêts supérieurs à 5 000 \$US, ainsi que des dommages-intérêts triples et d'autres mesures de réparation autorisées par la loi de la Floride. Hormis les allégations de fraude qui y étaient ajoutées, cette plainte était identique à celle déposée dans le cadre de la première action. Peu après, les appelants ont reçu signification d'une plainte modifiée, dans laquelle on rayait simplement le nom d'un des défendeurs. Madame Thivy a produit, au nom des appelants, une défense identique à celle produite dans le cadre de la première action. Le juge de première instance a accepté le témoignage dans lequel les Saldanha niaient avoir signé la nouvelle défense. Par conséquent, il a estimé que les Saldanha n'avaient pas acquiescé à la nouvelle action. Comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, la situation de Dominic Thivy est différente.

8

In May 1987, the respondents served a Second Amended Complaint which modified allegations brought against a co-defendant who is no longer a party, but included all the earlier allegations brought against the appellants. No defence was filed. A Third Amended Complaint was served on the appellants on May 7, 1990 and again, no defence was filed. Under Florida law, the appellants were required to file a defence to each new amended complaint; otherwise, they risked being noted in default. A motion to note the appellants in default for their failure to file a defence to the Third Amended Complaint and a notice of hearing were served on the appellants in June 1990. The appellants did not respond to this notice. On July 25, 1990, a Florida court entered "default" against the appellants, the effect of which, under Florida law, was that they were deemed to have admitted

En mai 1987, les intimés ont signifié une deuxième plainte modifiée dans laquelle ils avaient modifié les allégations formulées contre une codéfenderesse, qui n'est plus partie à l'action, mais comportant toutes celles déjà formulées contre les appelants. Aucune défense n'a été produite. Une troisième plainte modifiée a été signifiée aux appelants le 7 mai 1990 et, là encore, aucune défense n'a été produite. Suivant la loi de la Floride, les appelants étaient tenus de produire une défense pour chaque nouvelle plainte modifiée, sans quoi ils pourraient faire l'objet d'une constatation de défaut. En juin 1990, les appelants ont reçu signification du dépôt d'une requête en constatation de défaut en raison de leur omission de produire une défense à l'encontre de la troisième plainte modifiée, ainsi qu'un avis d'audition auquel ils n'ont pas répondu. Le 25 juillet 1990, un tribunal de la Floride a

the allegations contained in the Third Amended Complaint.

The appellants were served with notice of a jury trial to establish damages. They did not respond to the notice nor did they attend the trial held in December 1991. Mr. Foody, the respondent Mr. Beals, and an expert witness on business losses testified at the trial. The jury awarded the respondents damages of US\$210,000 in compensatory damages and US\$50,000 in punitive damages, plus post-judgment interest of 12 percent per annum. Notice of the monetary judgment was received by the appellants in late December 1991.

Upon receipt of the notice of the monetary judgment against them, the Saldanhas sought legal advice. They were advised by an Ontario lawyer that the foreign judgment could not be enforced in Ontario because the appellants had not attorned to the Florida court's jurisdiction. Relying on this advice, the appellants took no steps to have the judgment set aside, as they were entitled to try and do under Florida law, or to appeal the judgment in Florida. Florida law permitted the appellants ten days to commence an appeal and up to one year to bring a motion to have the judgment obtained there set aside on the grounds of "excusable neglect", "fraud" or "other misconduct of an adverse party".

In 1993, the respondents brought an action before the Ontario Court (General Division) seeking the enforcement of the Florida judgment. By the time of the hearing before that court, in 1998, the foreign judgment, with interest, had grown to approximately C\$800,000. The trial judge dismissed the action for enforcement on the ground that there had been fraud in relation to the assessment of damages and for the additional reason of public policy. The Ontario Court of Appeal, Weiler J.A. dissenting, allowed the appeal.

constaté le « défaut » des appelants, de sorte que, selon la loi de la Floride, ceux-ci étaient désormais réputés avoir admis les allégations contenues dans la troisième plainte modifiée.

Les appelants ont reçu signification d'un avis les informant qu'un procès devant jury serait tenu dans le but d'établir le montant des dommages-intérêts. Ils n'ont ni répondu à cet avis ni assisté au procès en décembre 1991. Monsieur Foody, l'intimé Beals et un expert en matière de pertes d'entreprise ont témoigné au procès. Le jury a accordé aux intimés la somme de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts compensatoires et celle de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs, au taux annuel de 12 pour 100 à compter de la date du jugement. Les appelants ont été avisés, à la fin du mois de décembre 1991, du montant accordé par jugement.

Les Saldanha ont sollicité des conseils juridiques aussitôt qu'ils furent avisés du montant qu'ils étaient condamnés à payer. Ils se sont fait dire par un avocat ontarien que ce jugement étranger était inexécutoire en Ontario, vu qu'ils n'avaient pas acquiescé à la compétence du tribunal de la Floride. Forts de ce conseil, les appelants n'ont pas entrepris les démarches prévues par la loi de la Floride en vue de faire annuler ce jugement ou en vue de le porter en appel en Floride. La loi de la Floride leur accordait dix jours pour interjeter appel et jusqu'à un an pour présenter une requête en annulation du jugement du tribunal de cet État pour cause de [TRADUCTION] « négligence excusable » ou de « fraude », ou encore en raison d'une « autre inconduite de la part d'une partie adverse ».

En 1993, les intimés ont intenté, devant la Cour de l'Ontario (Division générale), une action en exécution du jugement rendu en Floride. Au moment de l'audition devant cette cour, en 1998, les dommages-intérêts accordés par le jugement étranger, et les intérêts accumulés, totalisaient environ 800 000 \$CAN. Le juge de première instance a rejeté l'action en exécution pour cause de fraude dans l'évaluation des dommages-intérêts, invoquant aussi l'ordre public. L'appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli, la juge Weiler étant dissidente.

9

2003 SCC 72 (CanLII)

10

11

III. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1998), 42 O.R. (3d) 127

12 The trial judge declared the Florida judgment unenforceable in Ontario. Having concluded from the verdict of the Florida jury that it had not been made aware of certain facts, the trial judge dismissed the action on the basis of fraud. He also held that the judgment was unenforceable on the grounds of public policy. The trial judge recommended that the defence of public policy be broadened to include a “judicial sniff test” which would permit a domestic court to refuse enforcement of a foreign judgment in cases where the facts did not satisfy any of the three existing defences to enforcement but were nevertheless egregious.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 54 O.R. (3d) 641

13 A majority of the Ontario Court of Appeal allowed the appeal. Doherty and Catzman JJ.A. concluded that neither the defence of fraud nor of public policy had application to this case.

14 As to the defence of fraud, Doherty J.A. held that that defence was only available where the allegations of fraud rest on “newly discovered facts”, that is, facts that a defendant could not have discovered through the exercise of reasonable diligence prior to the granting of the judgment. He concluded that the trial judge erred in relying on assumed facts that conceivably might have been uncovered by the appellants had they chosen to participate in the Florida proceedings. Even if the trial judge had correctly defined the defence of fraud, Doherty J.A. held that there was no evidence that the judgment had been obtained by fraud.

15 On the defence of public policy, Doherty J.A. rejected the need to incorporate a “judicial sniff test” as part of that defence. Assuming a “sniff test”

III. Les instances inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1998), 42 O.R. (3d) 127

Le juge de première instance a déclaré inexécutoire en Ontario le jugement rendu en Floride. Il a rejeté l'action pour cause de fraude, après avoir conclu que le verdict prononcé montrait que le jury de la Floride n'avait pas été informé de certains faits. Le juge de première instance a aussi conclu que le jugement était inexécutoire pour des raisons d'ordre public. Il a recommandé d'élargir le moyen de défense fondé sur l'ordre public de manière à y incorporer un [TRADUCTION] « critère d'intuition judiciaire » (« *judicial sniff test* ») qui permettrait à un tribunal national de refuser l'exécution d'un jugement étranger dans le cas où les faits, quoique inacceptables, ne permettent néanmoins pas d'opposer à son exécution l'un des trois moyens de défense existants.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 641

La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a accueilli l'appel. Les juges Doherty et Catzman ont décidé que les moyens de défense fondés sur la fraude et sur l'ordre public ne s'appliquaient pas.

Le juge Doherty a conclu que le moyen de défense fondé sur la fraude n'était opposable que si les allégations de fraude reposaient sur des [TRADUCTION] « faits découverts depuis peu », c'est-à-dire sur des faits qu'un défendeur raisonnablement diligent n'aurait pas pu découvrir avant le prononcé du jugement. Il a affirmé que le juge de première instance avait commis une erreur en se fondant sur des faits présumés que les appelants auraient très bien pu découvrir s'ils avaient choisi de participer à l'instance en Floride. Le juge Doherty considérait que, même à supposer que le juge de première instance ait défini correctement le moyen de défense fondé sur la fraude, rien ne prouvait que le jugement avait été obtenu frauduleusement.

Quant au moyen de défense fondé sur l'ordre public, le juge Doherty a écarté la nécessité d'y incorporer un « critère d'intuition judiciaire ».

was required, he held that no reasons existed in this appeal for public policy to preclude the enforcement of the foreign judgment. He stated (at para. 84):

The Beals and Foodys launched a lawsuit in Florida. Florida was an entirely proper court for the determination of the allegations in that lawsuit. The Beals and Foodys complied with the procedures dictated by the Florida rules. There is no evidence that they misled the Florida court on any matter. Rather, it would seem they won what might be regarded as a very weak case because the respondents chose not to defend the action. I find nothing in the record to support the trial judge's characterization of the conduct of the Beals and Foodys in Florida as "egregious". They brought their allegations in the proper forum, followed the proper procedures, and were immensely successful in no small measure because the respondents chose not to participate in the proceedings.

Weiler J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. She concluded that the defences of natural justice and fraud made it inappropriate for a domestic court to enforce the Florida judgment. She stated that the appellants were deprived of natural justice by not having been given sufficient notice to permit them to appreciate the extent of their jeopardy prior to the judgment for damages against them. Weiler J.A. also held that the respondents had concealed certain facts from the Florida jury.

IV. Analysis

It was properly conceded by the parties, as explained below, in both the trial court and Court of Appeal, that the Florida court had jurisdiction over the respondents' action pursuant to the "real and substantial connection" test set out in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077. As a result, the issues raised in this appeal were limited to the application and scope of the defences available to a domestic defendant seeking to have a Canadian court refuse enforcement of a foreign judgment.

Selon lui, même en supposant qu'un « critère d'intuition » était nécessaire, il n'y avait, en l'espèce, aucune raison d'ordre public d'empêcher l'exécution du jugement étranger. Voici ce qu'il a dit (au par. 84) :

[TRADUCTION] Les Beals et les Foody ont intenté une action en Floride. Le tribunal de la Floride avait toute la compétence voulue pour se prononcer sur les allégations formulées dans le cadre de cette action. Les Beals et les Foody ont suivi la procédure prescrite par les règles de la Floride. Rien ne prouve qu'ils ont induit en erreur le tribunal de la Floride à quelque égard que ce soit. Au contraire, ils semblent avoir obtenu gain de cause grâce à une preuve susceptible d'être qualifiée de très faible en raison de la décision des intimés de ne pas contester l'action. J'estime que rien dans le dossier ne justifiait le juge de première instance de qualifier d'« inacceptable » la conduite des Beals et des Foody en Floride. Ceux-ci ont formulé leurs allégations devant le tribunal compétent, suivi la procédure indiquée et ont largement obtenu gain de cause en grande part à la suite de la décision des intimés de ne pas participer à l'instance.

La juge Weiler, dissidente, aurait rejeté l'appel. À son avis, les moyens de défense fondés sur la justice naturelle et sur la fraude étaient tels qu'un tribunal national serait malvenu d'exécuter le jugement rendu en Floride. Elle considérait que les appelants avaient été l'objet d'un déni de justice naturelle du fait que l'avis qu'ils avaient reçu ne leur permettait pas de mesurer l'étendue du risque auquel ils étaient exposés avant le prononcé du jugement les condamnant à des dommages-intérêts. Selon la juge Weiler, les intimés avaient également caché certains faits au jury de la Floride.

IV. Analyse

Comme je l'expliquerai plus loin, les parties ont eu raison de concéder, devant le tribunal de première instance et la Cour d'appel, que le tribunal de la Floride avait compétence pour instruire l'action des intimés, conformément au critère du « lien réel et substantiel » dégagé dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077. Voilà pourquoi le présent pourvoi porte exclusivement sur l'application et la portée des moyens de défense dont dispose le défendeur canadien qui demande à un tribunal canadien de refuser l'exécution d'un jugement étranger.

18

In *Morguard*, *supra*, the “real and substantial connection” test for the recognition and enforcement of interprovincial judgments was adopted. *Morguard* did not decide whether that test applied to foreign judgments. However, some courts have extended the application of *Morguard* to judgments rendered outside Canada: *Moses v. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1994] 1 S.C.R. xi; *United States of America v. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370 (C.A.); *Old North State Brewing Co. v. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573 (B.C.C.A.).

C’est dans l’arrêt *Morguard*, précité, qu’a été adopté le critère du « lien réel et substantiel » applicable à la reconnaissance et à l’exécution des jugements d’une autre province. Cet arrêt n’a pas tranché la question de savoir si le critère s’appliquait également aux jugements étrangers. Cependant, certains tribunaux ont appliqué l’arrêt *Morguard* à des jugements rendus à l’extérieur du Canada : *Moses c. Shore Boat Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. xi; *United States of America c. Ivey* (1996), 30 O.R. (3d) 370 (C.A.); *Old North State Brewing Co. c. Newlands Services Inc.*, [1999] 4 W.W.R. 573 (C.A.C.-B.).

19

The question arises whether the “real and substantial connection” test, which is applied to interprovincial judgments, should apply equally to the recognition of foreign judgments. For the reasons that follow, I conclude that it should. While there are compelling reasons to expand the test’s application, there does not appear to be any principled reason not to do so. In light of this, the parties’ concession on the point was appropriate.

Il s’agit de déterminer si le critère du « lien réel et substantiel », applicable aux jugements d’une autre province, devrait également s’appliquer à la reconnaissance de jugements étrangers. Pour les motifs qui suivent, je conclus que oui. Il existe certes des raisons impérieuses d’élargir l’application du critère, alors qu’en principe rien ne semble justifier de ne pas le faire. Cela étant, la concession des parties à cet égard était appropriée.

20

Morguard, *supra*, altered the old common law rules for the recognition and enforcement of interprovincial judgments. These rules, based on territoriality, sovereignty, independence and attornment, were held to be outmoded. La Forest J. concluded that it had been an error to adopt this approach “even in relation to judgments given in sister-provinces” (p. 1095). Central to the decision to modernize the common law rules was the doctrine of comity. Comity was defined as (at pp. 1095 and 1096, respectively):

L’arrêt *Morguard*, précité, a modifié les anciennes règles de common law applicables à la reconnaissance et à l’exécution des jugements d’une autre province. Ces règles fondées sur la territorialité, la souveraineté, l’indépendance et l’acquiescement à la compétence d’un tribunal ont été jugées désuètes. Le juge La Forest a conclu que l’on avait eu tort d’adopter cette approche, « même pour des jugements rendus dans d’autres provinces du pays » (p. 1095). Le principe de la courtoisie était au cœur de la décision de moderniser les règles de common law. La courtoisie a été ainsi définie (aux p. 1095-1096, respectivement) :

... the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory. . . .

... la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu’un autre État a légitimement accomplis sur son territoire. . .

... the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive and judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own

... la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres

citizens or of other persons who are under the protection of its laws. . . .

Early common law rules were amended by rules intended to facilitate the flow of wealth, skills and people across boundaries, particularly boundaries of a federal state. *Morguard* established that the determination of the proper exercise of jurisdiction by a court depended upon two principles (relied on by the Ontario Court of Appeal in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577, at para. 34), the first being the need for “order and fairness”. The second was the existence of a “real and substantial connection” (see also *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33 (H.L.); *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393).

Modern ideas of order and fairness require that a court must have reasonable grounds for assuming jurisdiction where the participants to the litigation are connected to multiple jurisdictions.

Morguard established that the courts of one province or territory should recognize and enforce the judgments of another province or territory, if that court had properly exercised jurisdiction in the action, namely that it had a real and substantial connection with either the subject matter of the action or the defendant. A substantial connection with the subject matter of the action will satisfy the real and substantial connection test even in the absence of such a connection with the defendant to the action.

A. *The “Real and Substantial Connection” Test and Foreign Judgments*

The question then is whether the real and substantial connection test should apply to the recognition and enforcement of foreign judgments?

In *Moran*, *supra*, at p. 409, it was recognized that where individuals carry on business in another provincial jurisdiction, it is reasonable that those individuals be required to defend themselves there when an action is commenced:

citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois. . . .

Les anciennes règles de common law ont été remplacées par des règles destinées à faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d’un pays à l’autre, en particulier à l’intérieur d’un État fédéral. L’arrêt *Morguard* a établi que, pour décider si un tribunal a exercé correctement sa compétence, il faut prendre en considération deux éléments (comme l’a fait la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Muscutt c. Courcelles* (2002), 213 D.L.R. (4th) 577, par. 34). Le premier est le besoin [TRADUCTION] « d’ordre et d’équité », et le deuxième, l’existence d’un « lien réel et substantiel » (voir aussi *Indyka c. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33 (H.L.); *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393).

Les notions d’ordre et d’équité contemporaines exigent qu’un tribunal ait des motifs raisonnables de se déclarer compétent lorsque les parties à un litige relèvent de plusieurs ressorts.

Selon l’arrêt *Morguard*, les tribunaux d’une province ou d’un territoire doivent reconnaître et exécuter les jugements d’une autre province ou d’un autre territoire si le tribunal qui a rendu jugement a exercé correctement sa compétence dans l’action, en ce sens qu’il avait un lien réel et substantiel avec l’objet de l’action ou avec le défendeur. L’existence d’un lien substantiel avec l’objet de l’action permet de satisfaire au critère du « lien réel et substantiel », même en l’absence d’un tel lien avec le défendeur à l’action.

A. *Le critère du « lien réel et substantiel » et les jugements étrangers*

Il s’agit maintenant de savoir si le critère du « lien réel et substantiel » doit s’appliquer à la reconnaissance et à l’exécution de jugements étrangers.

Dans l’arrêt *Moran*, précité, p. 409, la Cour a reconnu qu’il est raisonnable d’obliger les particuliers qui exploitent une entreprise dans un autre ressort provincial à opposer une défense à l’action intentée contre eux dans ce ressort :

21

22

23

24

25

By tendering his products in the market place directly or through normal distributive channels, a manufacturer ought to assume the burden of defending those products wherever they cause harm as long as the forum into which the manufacturer is taken is one that he reasonably ought to have had in his contemplation when he so tendered his goods.

That reasoning is equally compelling with respect to foreign jurisdictions.

26 Although La Forest J. noted in *Morguard* that judgments from beyond Canada's borders could raise different issues than judgments within the federation, he recognized the value of revisiting the rules related to the recognition and enforcement of foreign judgments (at p. 1098):

The business community operates in a world economy and we correctly speak of a world community even in the face of decentralized political and legal power. Accommodating the flow of wealth, skills and people across state lines has now become imperative. Under these circumstances, our approach to the recognition and enforcement of foreign judgments would appear ripe for reappraisal. [Emphasis added.]

Although use of the word “foreign” in the above quotation referred to judgments rendered in a sister province, the need to accommodate “the flow of wealth, skills and people across state lines” is as much an imperative internationally as it is interprovincially.

27 The importance of comity was analysed at length in *Morguard, supra*. This doctrine must be permitted to evolve concomitantly with international business relations, cross-border transactions, as well as mobility. The doctrine of comity is

grounded in the need in modern times to facilitate the flow of wealth, skills and people across state lines in a fair and orderly manner.

(*Morguard, supra*, at p. 1096)

This doctrine is of particular importance viewed internationally. The principles of order and fairness

En mettant ses produits sur le marché directement ou par l'intermédiaire des voies normales de distribution, un fabricant doit être prêt à les défendre partout où ils causent un préjudice, à condition que le *forum* devant lequel il est convoqué en [soit] un qu'il aurait dû raisonnablement envisager lorsqu'il a mis ainsi ses produits sur le marché.

Ce raisonnement vaut autant en ce qui concerne les ressorts étrangers.

Tout en faisant remarquer que les jugements rendus à l'extérieur du Canada pouvaient soulever des questions différentes de celles soulevées par les jugements rendus par des tribunaux canadiens, le juge La Forest a également reconnu, dans l'arrêt *Morguard*, l'utilité de revoir les règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers (à la p. 1098) :

Le monde des affaires fonctionne dans une économie mondiale et on parle à juste titre de communauté internationale même si le pouvoir politique et juridique est décentralisé. Il est maintenant devenu impérieux de faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre. Dans ces circonstances, il apparaît opportun de réexaminer nos règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. [Je souligne.]

Bien que, dans la citation qui précède, l'adjectif qualificatif « étrangers » désigne les jugements rendus dans une autre province, il est devenu aussi impérieux à l'échelle internationale qu'à l'échelle interprovinciale de faciliter « la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre ».

L'importance de la courtoisie a été analysée en profondeur dans l'arrêt *Morguard*, précité. Ce principe doit pouvoir évoluer au même rythme que les relations commerciales internationales, les opérations transfrontalières et la libre circulation d'un pays à l'autre. Le principe de la courtoisie est

fond[é] sur la nécessité qu'impose l'époque moderne de faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre.

(*Morguard*, précité, p. 1096-1097)

Ce principe revêt une importance particulière sur le plan international. Les principes d'ordre et d'équité

ensure security of transactions, which necessarily underlie the modern concept of private international law. Although *Morguard* recognized that the considerations underlying the doctrine of comity apply with greater force between the units of a federal state, the reality of international commerce and the movement of people continue to be “directly relevant to determining the appropriate response of private international law to particular issues, such as the enforcement of monetary judgments” (J. Blom, “The Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard* Goes Forth Into the World” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 373, at p. 375).

International comity and the prevalence of international cross-border transactions and movement call for a modernization of private international law. The principles set out in *Morguard*, *supra*, and further discussed in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, can and should be extended beyond the recognition of interprovincial judgments, even though their application may give rise to different considerations internationally. Subject to the legislatures adopting a different approach by statute, the “real and substantial connection” test should apply to the law with respect to the enforcement and recognition of foreign judgments.

Like comity, the notion of reciprocity is equally compelling both in the international and interprovincial context. La Forest J. discussed interprovincial reciprocity in *Morguard*, *supra*. He stated (at p. 1107):

... if this Court thinks it inherently reasonable for a court to exercise jurisdiction under circumstances like those described, it would be odd indeed if it did not also consider it reasonable for the courts of another province to recognize and enforce that court’s judgment.

In light of the principles of international comity, La Forest J.’s discussion of reciprocity is also equally applicable to judgments made by courts outside Canada. In the absence of a different statutory

garantissent la sûreté des opérations qui doit sous-tendre la notion moderne de droit international privé. Bien que, dans l’arrêt *Morguard*, la Cour ait reconnu que les considérations sous-jacentes du principe de la courtoisie s’appliquent d’autant plus entre les éléments qui forment un État fédéral, la réalité du commerce international et la circulation des gens continuent d’être [TRADUCTION] « directement pertinentes pour déterminer la réponse que le droit international privé doit donner à des questions particulières, telle l’exécution des jugements accordant une somme d’argent » (J. Blom, « The Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard* Goes Forth Into the World » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 373, p. 375).

La courtoisie internationale et la prédominance de la circulation et des opérations transfrontalières internationales commandent une modernisation du droit international privé. L’application des principes énoncés dans l’arrêt *Morguard*, précité, et analysés davantage dans l’arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, peut et doit déborder le cadre de la reconnaissance des jugements d’une autre province, même si elle peut faire intervenir d’autres considérations sur le plan international. À moins que les législatures n’adoptent des lois prescrivant une approche différente, le critère du « lien réel et substantiel » doit s’appliquer en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements étrangers.

À l’instar de la courtoisie, la notion de réciprocité s’impose autant dans le contexte international que dans le contexte interprovincial. Le juge La Forest a analysé la notion de réciprocité interprovinciale dans l’arrêt *Morguard*, précité, où il affirme (à la p. 1107) :

... si notre Cour estime qu’il est intrinsèquement raisonnable qu’un tribunal exerce sa compétence dans des circonstances semblables à celles décrites, il serait vraiment étrange qu’elle ne trouve pas également raisonnable que les tribunaux d’une autre province reconnaissent et appliquent le jugement du premier tribunal.

À la lumière des règles de la courtoisie internationale, l’analyse de la réciprocité par le juge La Forest s’applique tout autant aux jugements rendus à l’extérieur du Canada. En l’absence d’une approche

approach, it is reasonable that a domestic court recognize and enforce a foreign judgment where the foreign court assumed jurisdiction on the same basis as the domestic court would, for example, on the basis of a “real and substantial connection” test.

30

Federalism was a central concern underlying the decisions in *Morguard*, *supra*, and *Hunt*, *supra*. In the latter, La Forest J. stated that he did not think that “litigation engendered against a corporate citizen located in one province by its trading and commercial activities in another province should necessarily be subject to the same rules as those applicable to international commerce” (*Hunt*, *supra*, at p. 323). Recently, *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, suggested, in *obiter*, that it may be necessary to afford foreign judgments a different treatment than that recognized for interprovincial judgments (*per* LeBel J., at para. 51):

However, it is important to emphasize that *Morguard* and *Hunt* were decided in the context of interprovincial jurisdictional disputes. In my opinion, the specific findings of these decisions cannot easily be extended beyond this context. In particular, the two cases resulted in the enhancing or even broadening of the principles of reciprocity and speak directly to the context of interprovincial comity within the structure of the Canadian federation. . . .

Although La Forest J. and LeBel J. suggested that the rules applicable to interprovincial versus foreign judgments should differ, they do not preclude the application of the “real and substantial connection” test to both types of judgments, provided that any unfairness that may arise as a result of the broadened application of that test be taken into account.

31

The appellants submitted that the recognition of foreign judgments rendered by courts with a real and substantial connection to the action or parties is particularly troublesome in the case of foreign default judgments. If the “real and substantial connection” test is applied to the recognition of foreign

différente prescrite par la loi, il est raisonnable qu’un tribunal national reconnaisse et exécute le jugement d’un tribunal étranger qui s’est reconnu compétent comme il l’aurait fait lui-même, c’est-à-dire qui a exercé sa compétence en fonction, par exemple, d’un critère du « lien réel et substantiel ».

Les arrêts *Morguard* et *Hunt*, précités, reposaient essentiellement sur le caractère fédéral du Canada. Dans l’arrêt *Hunt*, le juge La Forest a dit qu’il ne pensait pas que « l’action intentée contre une société située dans une province en raison des activités d’échanges et de commerce auxquelles elle se livre dans une autre province devrait nécessairement être assujettie aux mêmes règles que celles qui s’appliquent au commerce international » (p. 323). Récemment, dans l’arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 51, le juge LeBel a indiqué, dans une remarque incidente, qu’il peut se révéler nécessaire de traiter les jugements étrangers différemment de ceux d’une autre province :

Toutefois, il importe de souligner que les arrêts *Morguard* et *Hunt* ont été jugés dans le contexte de conflits de compétence interprovinciaux. À mon avis, les conclusions précises de ces arrêts ne peuvent facilement déborder de ce contexte. Tout particulièrement, ces deux arrêts ont renforcé et même élargi les principes de réciprocité et ils s’appliquent directement au contexte de courtoisie entre provinces qui s’insère dans la structure de la fédération canadienne . . .

Tout en reconnaissant que les règles applicables aux jugements étrangers devraient différer de celles applicables aux jugements d’une autre province, les juges La Forest et LeBel n’écarteront pas la possibilité d’appliquer le critère du « lien réel et substantiel » aux deux types de jugement, pourvu que l’on tienne compte de toute injustice qui pourra éventuellement découler de son application aux jugements étrangers.

Les appelants ont soutenu que la reconnaissance des jugements de tribunaux étrangers ayant un lien réel et substantiel avec l’action ou les parties est particulièrement inquiétante lorsque ces jugements ont été rendus par défaut. Ils font valoir que, pour que le critère du « lien réel et substantiel » puisse

judgments, they argue the test should be modified in the recognition and enforcement of default judgments. In the absence of unfairness or other equally compelling reasons which were not identified in this appeal, there is no logical reason to distinguish between a judgment after trial and a default judgment.

The “real and substantial connection” test requires that a significant connection exist between the cause of action and the foreign court. Furthermore, a defendant can reasonably be brought within the embrace of a foreign jurisdiction’s law where he or she has participated in something of significance or was actively involved in that foreign jurisdiction. A fleeting or relatively unimportant connection will not be enough to give a foreign court jurisdiction. The connection to the foreign jurisdiction must be a substantial one.

In the present case, the appellants purchased land in Florida, an act that represents a significant engagement with the foreign jurisdiction’s legal order. Where a party takes such positive and important steps that bring him or her within the proper jurisdiction of a foreign court, the fear of unfairness related to the duty to defend oneself is lessened. If a Canadian enters into a contract to buy land in another country, it is not unreasonable to expect the individual to enter a defence when sued in that jurisdiction with respect to the transaction.

The “real and substantial connection” test is made out for all of the appellants. There exists both a real and substantial connection between the Florida jurisdiction, the subject matter of the action and the defendants. As stated in J.-G. Castel and J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5th ed. (loose-leaf)), at p. 14-10:

For the recognition or enforcement in Canada of a foreign judgment *in personam*, the foreign court must have had jurisdiction according to Canadian rules of the conflict of laws.

In light of Canadian rules of conflict of laws, Dominic Thivy attorned to the jurisdiction of the Florida court when he entered a defence to the second action. His subsequent procedural failures under Florida law do not invalidate that attornment.

s’appliquer à la reconnaissance et à l’exécution des jugements par défaut rendus par un tribunal étranger, il est nécessaire de le modifier. En l’absence d’injustice ou d’autres raisons aussi sérieuses non décrites en l’espèce, rien ne justifie logiquement d’établir une distinction entre un jugement rendu à l’issue d’un procès et un jugement par défaut.

Le critère du « lien réel et substantiel » requiert l’existence d’un lien important entre la cause d’action et le tribunal étranger. En outre, il est raisonnable d’assujettir au droit d’un ressort étranger le défendeur qui a été un acteur ou qui a participé à quelque chose d’important dans ce ressort. Un lien éphémère ou relativement peu important ne suffit pas pour qu’un tribunal étranger soit compétent. Le lien avec le ressort étranger doit être substantiel.

En l’espèce, les appelants ont acheté un terrain en Floride, ce qui représente un engagement important à respecter l’ordre juridique du ressort étranger. Lorsqu’une partie prend des mesures aussi concrètes et importantes qui l’assujettissent à la compétence d’un tribunal étranger, la crainte d’injustice liée à l’obligation de se défendre est moindre. Il n’est pas déraisonnable de s’attendre à ce que le Canadien qui conclut un contrat d’achat de terrain dans un autre pays produise une défense s’il y fait l’objet de poursuites relativement à cette opération.

Le critère du « lien réel et substantiel » est respecté en ce qui concerne tous les appelants. Il existe un lien tant réel que substantiel entre le ressort de la Floride, l’objet de l’action et les défendeurs. Comme l’affirment J.-G. Castel et J. Walker dans *Canadian Conflict of Laws* (5^e éd. (feuilles mobiles)), p. 14-10 :

[TRADUCTION] Pour qu’un jugement étranger *in personam* soit reconnu et exécuté au Canada, il faut que le tribunal étranger ait eu compétence selon les règles de droit international privé canadiennes.

Selon les règles de droit international privé canadiennes, Dominic Thivy a acquiescé à la compétence du tribunal de la Floride lorsqu’il a produit une défense à la deuxième action. Ses manquements subséquents à la procédure prescrite par la loi de

32

33

34

As such, irrespective of the real and substantial connection analysis, the Florida court would have had jurisdiction over Mr. Thivy for the purposes of enforcement in Ontario.

la Floride n'invalident pas cet acquiescement. Par conséquent, aux fins d'exécution du jugement en Ontario, le tribunal de la Floride aurait eu compétence à l'égard de M. Thivy indépendamment de l'analyse du lien réel et substantiel.

35 A Canadian defendant sued in a foreign jurisdiction has the ability to redress any real or apparent unfairness from the foreign proceedings and the judgment's subsequent enforcement in Canada. The defences applicable in Ontario are natural justice, public policy and fraud. In addition, defendants sued abroad can raise the doctrine of *forum non conveniens*. This would apply in the usual way where it is claimed that the proceedings are not, on the basis of convenience, expense and other considerations, in the proper forum.

Un défendeur canadien poursuivi dans un ressort étranger est en mesure de remédier à toute injustice réelle ou apparente qui découle des procédures à l'étranger et de l'exécution subséquente du jugement au Canada. Les moyens de défense disponibles en Ontario sont fondés sur la justice naturelle, l'ordre public et la fraude. De plus, les défendeurs poursuivis à l'étranger peuvent plaider le *forum non conveniens*. D'ordinaire, ce principe peut être invoqué par la partie qui allègue que les procédures n'ont pas été engagées devant le tribunal approprié eu égard aux frais ou pour des raisons de commodité ou autres.

36 Here, the appellants entered into a property transaction in Florida when they bought and sold land. Having taken this positive step to bring themselves within the jurisdiction of Florida law, the appellants could reasonably have been expected to defend themselves when the respondents started an action against them in Florida. The appellants failed to defend the claim pursuant to the Florida rules. Nonetheless, they were still entitled, within ten days, to appeal the Florida default judgment, which they did not. In addition, the appellants did not avail themselves of the additional one-year period to have the Florida judgment for damages set aside. While their failure to move to set aside or appeal the Florida judgment was due to their reliance upon negligent legal advice, that negligence cannot be a bar to the enforcement of the respondents' judgment.

En l'espèce, les appelants ont conclu une opération immobilière en Floride quand ils ont acheté et vendu le terrain. Compte tenu de cette démarche concrète qui a eu pour effet de les assujettir à la loi de la Floride, il était raisonnable de s'attendre à ce que les appelants contestent l'action que les intimés ont intentée contre eux en Floride. Les appelants n'ont pas contesté l'action de la manière prescrite par les règles de la Floride. Ils avaient néanmoins dix jours pour porter en appel le jugement par défaut rendu en Floride, mais ils ne l'ont pas fait. Ils ne se sont pas prévalus non plus du délai supplémentaire d'un an dont ils disposaient pour faire annuler le jugement relatif aux dommages-intérêts. Bien qu'il soit dû au fait qu'ils ont suivi les conseils erronés de leur avocat, le défaut des appelants de chercher à faire annuler ou de porter en appel le jugement obtenu en Floride par les intimés ne saurait faire obstacle à l'exécution de ce jugement.

37 There are conditions to be met before a domestic court will enforce a judgment from a foreign jurisdiction. The enforcing court, in this case Ontario, must determine whether the foreign court had a real and substantial connection to the action or the parties, at least to the level established in *Morguard, supra*. A real and substantial connection

Pour qu'un tribunal national exécute un jugement rendu dans un ressort étranger, certaines conditions doivent être remplies. Le tribunal saisi de la demande d'exécution, en l'occurrence le tribunal ontarien, doit déterminer si le tribunal étranger avait un lien réel et substantiel avec l'action ou les parties, à tout le moins dans la mesure fixée

is the overriding factor in the determination of jurisdiction. The presence of more of the traditional indicia of jurisdiction (attornment, agreement to submit, residence and presence in the foreign jurisdiction) will serve to bolster the real and substantial connection to the action or parties. Although such a connection is an important factor, parties to an action continue to be free to select or accept the jurisdiction in which their dispute is to be resolved by attorning or agreeing to the jurisdiction of a foreign court.

If a foreign court did not properly take jurisdiction, its judgment will not be enforced. Here, it was correctly conceded by the litigants that the Florida court had a real and substantial connection to the action and parties.

B. *Defences to the Enforcement of Judgments*

Once the “real and substantial connection” test is found to apply to a foreign judgment, the court should then examine the scope of the defences available to a domestic defendant in contesting the recognition of such a judgment.

The defences of fraud, public policy and lack of natural justice were developed before *Morguard*, *supra*, and still pertain. This Court has to consider whether those defences, when applied internationally, are able to strike the balance required by comity, the balance between order and fairness as well as the real and substantial connection, in respect of enforcing default judgments obtained in foreign courts.

These defences were developed by the common law courts to guard against potential unfairness unforeseen in the drafting of the test for the recognition and enforcement of judgments. The existing defences are narrow in application. They are the

dans l’arrêt *Morguard*, précité. L’existence d’un lien réel et substantiel est le facteur déterminant en matière de compétence. La présence d’un plus grand nombre d’indices de compétence traditionnels (acquiescement, engagement à se soumettre à une compétence particulière, lieu de résidence et présence dans le ressort étranger) contribue à renforcer le lien réel et substantiel avec l’action ou les parties. Bien que ce lien soit un facteur important, les parties à une action peuvent toujours choisir ou accepter le ressort dans lequel sera tranché leur différend, en acquiesçant ou en s’engageant à se soumettre à la compétence d’un tribunal étranger.

Si un tribunal étranger n’a pas exercé correctement sa compétence, le jugement qu’il a rendu ne sera pas exécuté. En l’espèce, les parties au litige ont concédé à juste titre que le tribunal de la Floride avait un lien réel et substantiel avec l’action et avec elles.

B. *Moyens de défense opposables à l’exécution des jugements*

Dès qu’il conclut que le critère du « lien réel et substantiel » s’applique à un jugement étranger, le tribunal doit examiner la portée des moyens de défense qu’un défendeur canadien peut opposer à la reconnaissance de ce jugement.

Les moyens de défense fondés sur la fraude, l’ordre public et la justice naturelle existaient avant l’arrêt *Morguard*, précité, et s’appliquent toujours. Notre Cour doit se demander si l’application de ces moyens de défense dans le contexte international peut permettre d’atteindre le juste milieu requis par les règles de la courtoisie — à savoir un juste milieu entre l’ordre et l’équité ainsi que le lien réel et substantiel — lorsqu’il est question d’exécuter un jugement par défaut obtenu à l’étranger.

Les tribunaux de common law ont conçu ces moyens de défense dans le but de parer à un risque d’injustice imprévu lors de la formulation du critère applicable à la reconnaissance et à l’exécution des jugements. Les moyens de défense existants ont une

38

39

40

41

most recognizable situations in which an injustice may arise but are not exhaustive.

application restreinte. Sans être exhaustifs, ils représentent les situations les plus faciles à reconnaître où il existe un risque d'injustice.

42 Unusual situations may arise that might require the creation of a new defence to the enforcement of a foreign judgment. However, the facts of this case do not justify speculating on that possibility. Should the evolution of private international law require the creation of a new defence, the courts will need to ensure that any new defences continue to be narrow in scope, address specific facts and raise issues not covered by the existing defences.

Il peut se présenter des situations inhabituelles où il pourrait se révéler nécessaire de créer un nouveau moyen de défense opposable à l'exécution d'un jugement étranger. Cependant, compte tenu des faits de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur cette possibilité. Si jamais l'évolution du droit international privé commande la création d'un nouveau moyen de défense, les tribunaux devront veiller à ce que tout nouveau moyen de défense ait une portée restreinte, s'applique à des faits particuliers et soulève des questions qui ne sont pas déjà visées par un autre moyen de défense.

(1) The Defence of Fraud

(1) Le moyen de défense fondé sur la fraude

43 As a general but qualified statement, neither foreign nor domestic judgments will be enforced if obtained by fraud.

Il est possible d'affirmer de manière générale, quoiqu'avec réserve, que les jugements obtenus frauduleusement à l'étranger ou au Canada ne seront pas exécutés.

44 Inherent to the defence of fraud is the concern that defendants may try to use this defence as a means of relitigating an action previously decided and so thwart the finality sought in litigation. The desire to avoid the relitigation of issues previously tried and decided has led the courts to treat the defence of fraud narrowly. It limits the type of evidence of fraud which can be pleaded in response to a judgment. If this Court were to widen the scope of the fraud defence, domestic courts would be increasingly drawn into a re-examination of the merits of foreign judgments. That result would obviously be contrary to the quest for finality.

Le moyen de défense fondé sur la fraude suscite inévitablement la crainte que des défendeurs tentent d'utiliser ce moyen de défense pour rouvrir une affaire déjà tranchée et contrecarrer ainsi la recherche du caractère définitif des jugements. Pour éviter de revenir sur des questions déjà examinées et tranchées, les tribunaux en sont venus à donner au moyen de défense fondé sur la fraude une interprétation restrictive limitant le type de preuve de fraude qui peut être opposé à l'exécution d'un jugement. Si notre Cour élargissait la portée du moyen de défense fondé sur la fraude, les tribunaux canadiens seraient alors de plus en plus appelés à réexaminer le bien-fondé de jugements étrangers. Il est évident que ce résultat contrecarrerait la recherche du caractère définitif des jugements.

45 Courts have drawn a distinction between "intrinsic fraud" and "extrinsic fraud" in an attempt to clarify the types of fraud that can vitiate the judgment of a foreign court. Extrinsic fraud is identified as fraud going to the jurisdiction of the issuing court or the kind of fraud that misleads the court, foreign or domestic, into believing that it has jurisdiction over

Afin de clarifier les types de fraude susceptibles de vicier un jugement étranger, les tribunaux ont établi une distinction entre la « fraude intrinsèque » et la « fraude extrinsèque ». La fraude extrinsèque est décrite comme celle qui touche la compétence du tribunal d'origine ou comme le type de fraude qui amène à tort le tribunal étranger ou national à croire

the cause of action. Evidence of this kind of fraud, if accepted, will justify setting aside the judgment. On the other hand, intrinsic fraud is fraud which goes to the merits of the case and to the existence of a cause of action. The extent to which evidence of intrinsic fraud can act as a defence to the recognition of a judgment has not been as clear as that of extrinsic fraud.

A restrictive application of the defence of fraud was endorsed in *Woodruff v. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242. The Ontario Court of Appeal stated, at pp. 254-55, that the defence could be raised where

the recovery was collusive, [the] defendant had never been served with process, . . . the suit had been undefended without defendant's default, . . . the defendant had been fraudulently persuaded by plaintiff to let judgment go by default . . . or some fraud to defendant's prejudice committed or allowed in the proceedings of the other Court. . . .

Woodruff established that evidence of fraud that went to the merits of the case (intrinsic) was inadmissible. Only evidence of fraud which misled a court into taking jurisdiction (extrinsic) was admissible and could bar the enforcement of the judgment.

Woodruff, *supra*, was subsequently modified by the Ontario Court of Appeal. See *Jacobs v. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496, at p. 506:

. . . the fraud relied on must be something collateral or extraneous, and not merely the fraud which is imputed from alleged false statements made at the trial, which were met by counter-statements by the other side, and the whole adjudicated upon by the Court and so passed on into the limbo of estoppel by the judgment. This estoppel cannot, in my opinion, be disturbed except upon the allegation and proof of new and material facts, or newly discovered and material facts which were not before the former Court and from which are to be deduced the new proposition that the former judgment was obtained by fraud. The burden of that issue is upon the defendant, and until he at least gives *prima facie* evidence in support of it, the estoppel stands. And it may be, as I have before

que la cause d'action relève de sa compétence. Si elle est retenue, la preuve de ce type de fraude justifie l'annulation du jugement. Par ailleurs, la fraude intrinsèque est celle qui touche le bien-fondé de l'affaire et l'existence d'une cause d'action. La mesure dans laquelle la preuve d'une fraude intrinsèque peut être opposée à la reconnaissance d'un jugement n'est pas aussi claire que dans le cas d'une preuve de fraude extrinsèque.

Dans l'arrêt *Woodruff c. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242, la Cour d'appel de l'Ontario a interprété de manière restrictive le moyen de défense fondé sur la fraude, en affirmant, aux p. 254-255, que ce moyen de défense pouvait être invoqué lorsque

[TRADUCTION] le jugement obtenu résultait d'une collusion, [. . .] les actes de procédure n'avaient jamais été signifiés au défendeur, [. . .] l'omission de contester l'action n'était pas due au défaut d'agir du défendeur, [. . .] le demandeur avait, de manière frauduleuse, convaincu le défendeur de laisser le tribunal rendre jugement par défaut [. . .] ou une fraude au détriment du défendeur avait été commise ou permise au cours de l'instance devant l'autre tribunal . . .

Selon l'arrêt *Woodruff*, la preuve d'une fraude touchant le bien-fondé de l'affaire (fraude intrinsèque) était inadmissible. Seule la preuve d'une fraude ayant amené à tort un tribunal à se déclarer compétent (fraude extrinsèque) était admissible et pouvait faire obstacle à l'exécution du jugement.

La Cour d'appel de l'Ontario a, par la suite, modifié l'arrêt *Woodruff*, précité. Voir *Jacobs c. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496, p. 506 :

[TRADUCTION] . . . la fraude invoquée doit être accessoire ou extrinsèque, et non simplement imputée à de présumées fausses déclarations faites au procès — auxquelles l'autre partie a répondu par d'autres déclarations — que le tribunal a toutes examinées et plongées, par son jugement, dans les limbes de la préclusion. J'estime que la préclusion continuera de s'appliquer, sauf si on allègue et on établit l'existence de faits substantiels nouveaux ou découverts depuis peu, dont l'ancien tribunal n'était pas saisi et qui permettent de conclure que l'ancien jugement a été obtenu frauduleusement. À cet égard, le fardeau de la preuve incombe au défendeur et la préclusion vaut tant et aussi longtemps que celui-ci n'a pas présenté au moins une preuve *prima facie* de

stated, that when such evidence is given, and in order to fully prove this new issue, the whole case should be re-opened. [Emphasis added.]

The court, in *Jacobs*, acknowledged that in addition to evidence of extrinsic fraud, evidence of intrinsic fraud was admissible where the defendant could establish “proof of new and material facts” that, not being available at the time of trial, were not before the issuing court and demonstrate that the judgment sought to be enforced was obtained by fraud.

48 Contrary to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Jacobs*, the courts of British Columbia take a different view. In *Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393, the British Columbia Court of Appeal maintained the strict approach to the fraud defence set out in *Woodruff*. It held that only extrinsic fraud could be raised in defence of the enforcement of a foreign judgment.

49 In *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218, it was clear that the aim in refusing recognition of a judgment because of fraud “is to prevent abuse of the judicial process” (p. 234). In that case, the Court did not address fraud going to the merits of a judgment but did confirm that fraud going to jurisdiction (extrinsic fraud) is always open to impeachment.

50 What should be the scope of the defence of fraud in relation to foreign judgments? *Jacobs*, *supra*, represents a reasonable approach to that defence. It effectively balances the need to guard against fraudulently obtained judgments with the need to treat foreign judgments as final. I agree with Doherty J.A. for the majority in the Court of Appeal that the “new and material facts” discussed in *Jacobs* must be limited to those facts that a defendant could not have discovered and brought

l’existence d’une fraude. Comme je l’ai dit précédemment, il peut parfois se révéler nécessaire, lorsqu’une telle preuve est présentée, de rouvrir toute l’affaire pour que l’existence de la fraude alléguée puisse être entièrement démontrée. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Jacobs*, la cour a reconnu que, outre la preuve d’une fraude extrinsèque, la preuve d’une fraude intrinsèque était admissible lorsque le défendeur pouvait établir [TRADUCTION] « l’existence de faits substantiels nouveaux » qui n’ont pas été soumis au tribunal d’origine parce qu’ils étaient inconnus au moment du procès, et qui démontrent que le jugement dont on demande l’exécution a été obtenu frauduleusement.

Les tribunaux de la Colombie-Britannique adoptent un point de vue différent de celui qui se dégage de l’arrêt *Jacobs* de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans l’arrêt *Roglass Consultants Inc. c. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a donné au moyen de défense fondé sur la fraude l’interprétation restrictive préconisée dans l’arrêt *Woodruff*. Elle a statué que seule la fraude extrinsèque pouvait être invoquée pour contester l’exécution d’un jugement étranger.

Dans l’arrêt *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218, le refus de reconnaître un jugement entaché de fraude visait clairement à « empêcher que l’on abuse du système judiciaire » (p. 234). Dans cette affaire, la Cour n’a pas examiné la question de la fraude touchant le bien-fondé d’un jugement, mais elle a confirmé que la fraude touchant la compétence (fraude extrinsèque) peut toujours servir à attaquer la validité d’un jugement.

Quelle devrait être la portée du moyen de défense fondé sur la fraude lorsqu’il est question d’un jugement étranger? L’arrêt *Jacobs*, précité, représente une interprétation raisonnable de ce moyen de défense. Il concilie efficacement le besoin de protection contre les jugements obtenus frauduleusement et la nécessité de considérer les jugements étrangers comme étant définitifs. Je conviens avec le juge Doherty, qui s’est exprimé au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, que

to the attention of the foreign court through the exercise of reasonable diligence.

The historic description of and the distinction between intrinsic and extrinsic fraud are of no apparent value and, because of their ability to both complicate and confuse, should be discontinued. It is simpler to say that fraud going to jurisdiction can always be raised before a domestic court to challenge the judgment. On the other hand, the merits of a foreign judgment can be challenged for fraud only where the allegations are new and not the subject of prior adjudication. Where material facts not previously discoverable arise that potentially challenge the evidence that was before the foreign court, the domestic court can decline recognition of the judgment.

Where a foreign judgment was obtained by fraud that was undetectable by the foreign court, it will not be enforced domestically. “Evidence of fraud undetectable by the foreign court” and the mention of “new and material facts” in *Jacobs, supra*, demand an element of reasonable diligence on the part of a defendant. To repeat Doherty J.A.’s ruling, in order to raise the defence of fraud, a defendant has the burden of demonstrating that the facts sought to be raised could not have been discovered by the exercise of due diligence prior to the obtaining of the foreign judgment. See para. 43:

A due diligence requirement is consistent with the policy underlying the recognition and enforcement of foreign judgments. In the modern global village, decisions made by foreign courts acting within Canadian concepts of jurisdiction and in accordance with fundamental principles of fairness should be respected and enforced. That policy does not, however, extend to protect decisions which are based on fraud that could not, through the exercise of reasonable diligence, have been brought to the attention of the foreign court. Respect for the

les [TRADUCTION] « faits substantiels nouveaux » analysés dans l’arrêt *Jacobs* doivent être limités à ceux qu’un défendeur raisonnablement diligent n’aurait pas pu découvrir et signaler au tribunal étranger.

La description historique de la fraude intrinsèque et de la fraude extrinsèque et la distinction apportée sont apparemment inutiles et il y a lieu de les écarter en raison des problèmes et de la confusion qu’elles peuvent engendrer. Il est plus simple d’affirmer que la fraude touchant la compétence peut toujours être invoquée devant un tribunal national pour attaquer la validité d’un jugement. Par ailleurs, la fraude ne peut être invoquée pour contester le bien-fondé d’un jugement étranger qu’en présence d’allégations nouvelles qui n’ont pas déjà été examinées et tranchées. Le tribunal national peut refuser de reconnaître le jugement si on lui soumet des faits substantiels impossibles à découvrir antérieurement et susceptibles de mettre en doute la preuve dont le tribunal étranger était saisi.

Le jugement étranger obtenu par des manœuvres frauduleuses que le tribunal d’origine ne pouvait pas déceler ne sera pas exécuté au Canada. « La preuve d’une fraude que le tribunal étranger ne pouvait pas déceler » et la mention des [TRADUCTION] « faits substantiels nouveaux » dans l’arrêt *Jacobs*, précité, exigent que le défendeur ait fait montre de diligence raisonnable. Comme l’a dit le juge Doherty dans sa décision, pour pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la fraude, le défendeur doit démontrer qu’il n’était pas possible, en faisant montre de diligence raisonnable, de découvrir, avant le prononcé du jugement étranger, les faits maintenant invoqués. Voir le par. 43 :

[TRADUCTION] L’exigence de diligence raisonnable est compatible avec la politique qui sous-tend la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers. Dans le village global moderne, il y a lieu de reconnaître et d’exécuter les décisions des tribunaux étrangers qui respectent les notions de compétence canadiennes et les principes fondamentaux d’équité. Toutefois, cette politique ne s’applique pas aux décisions obtenues par des manœuvres frauduleuses qu’il n’était pas possible, en faisant montre de diligence raisonnable, de signaler au tribunal

51

2003 SCC 72 (CanLII)

52

foreign court does not diminish when a refusal to enforce its judgment is based on material that could not, through the exercise of reasonable diligence, have been placed before that court. [Emphasis added.]

Such an approach represents a fair balance between the countervailing goals of comity and fairness to the defendant.

53 Although *Jacobs, supra*, was a contested foreign action, the test used is equally applicable to default judgments. Where the foreign default proceedings are not inherently unfair, failing to defend the action, by itself, should prohibit the defendant from claiming that any of the evidence adduced or steps taken in the foreign proceedings was evidence of fraud just discovered. But if there is evidence of fraud before the foreign court that could not have been discovered by reasonable diligence, that will justify a domestic court's refusal to enforce the judgment.

54 In the present case, the appellants made a conscious decision not to defend the Florida action against them. The pleadings of the respondents then became the facts that were the basis for the Florida judgment. As a result, the appellants are barred from attacking the evidence presented to the Florida judge and jury as being fraudulent.

55 The appellants have not claimed that there was evidence of fraud that they could not have discovered had they defended the Florida action. In the absence of newly discovered evidence of fraud, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in admitting evidence he found established fraud. He erred in law by failing to limit "new and material facts" to facts which could not have been discovered by the appellants by the exercise of reasonable diligence.

étranger. Le tribunal étranger n'est pas moins respecté lorsque le refus d'exécuter le jugement qu'il a rendu est fondé sur des faits substantiels qu'il n'était pas possible, en faisant montre de diligence raisonnable, de lui soumettre. [Je souligne.]

Cette interprétation représente un juste milieu entre les objectifs opposés de la courtoisie et de l'équité envers le défendeur.

Bien que l'arrêt *Jacobs*, précité, ait porté sur la contestation d'une action intentée à l'étranger, le critère appliqué vaut tout autant en ce qui concerne les jugements par défaut. Lorsque les procédures par défaut à l'étranger ne sont pas fondamentalement inéquitable, l'omission de produire une défense doit suffire pour empêcher le défendeur d'alléguer que l'un des éléments de preuve soumis, ou l'une des mesures prises, dans le cadre de ces procédures est un indice de la fraude qui vient tout juste d'être découverte. Cependant, un tribunal national sera justifié de refuser l'exécution du jugement s'il est prouvé que l'on s'est livré, devant le tribunal étranger, à des manœuvres frauduleuses qu'il n'était pas possible de découvrir en faisant montre de diligence raisonnable.

En l'espèce, les appelants ont sciemment pris la décision de ne pas contester l'action intentée contre eux en Floride. Les actes de procédure des intimés sont alors devenus les faits à partir desquels jugement a été rendu en Floride. Par conséquent, les appelants ne peuvent pas faire valoir que la preuve soumise au juge et au jury de la Floride est entachée de fraude.

Les appelants n'ont pas allégué qu'il existait une preuve de fraude qu'ils n'auraient pas pu découvrir s'ils avaient contesté l'action intentée en Floride. En l'absence d'une preuve de fraude découverte depuis peu, je conviens avec la Cour d'appel que le juge de première instance a commis une erreur en admettant une preuve qui, selon lui, établissait l'existence d'une fraude. Celui-ci a commis une erreur de droit en ne limitant pas les [TRADUCTION] « faits substantiels nouveaux » à ceux que les appelants n'auraient pas pu découvrir en faisant montre de diligence raisonnable.

There was no evidence before the trial judge to support fraud. In fact, the trial judge, himself, stated (at p. 131):

No record of the damage assessment proceedings exists, and the evidence heard by the jury is unknown. There is similarly no record of the instructions given to the jury by the trial judge.

In the absence of such evidence, the trial judge erred in concluding that there was fraud. It is impossible to know whether the evidence now sought to be adduced by the appellants had been previously considered by the jury. The respondent Mr. Beals and an expert on business losses both testified before the Florida jury and gave uncontradicted evidence. Before the Ontario court, Mr. Beals was available for questioning but was not called upon by the appellants to address the allegations of fraud. Similarly, the respondents' counsel in the Florida action testified but no questions of fraud were raised with him.

No evidence was led to show that the jury was misled (deliberately or not) on the extent of the damages. The admitted facts presented to the jury included allegations of fraudulent misrepresentations and loss of profits. The claim by the respondents was for damages to recoup the purchase price of the land, loss of profits and punitive damages. The nature of the damages sought, as well as the admitted facts presented to the Florida jury, was evidence upon which that jury could reasonably reach the damages that it did. I agree with the majority in the Court of Appeal that, although the amount of damages awarded may seem disproportionate, it was a palpable and overriding error for the trial judge to conclude on the dollar amount of the judgment alone that the Florida jury must have been misled.

As the appellants did not provide any evidence of new and previously undiscoverable facts suggestive of fraud, the defence of fraud cannot form the basis

Le juge de première instance ne disposait donc d'aucun élément de preuve étayant l'allégation de fraude. En fait, il a lui-même affirmé ceci (à la p. 131) :

[TRADUCTION] Aucun dossier ne fait état des débats de l'audience relative à l'évaluation des dommages-intérêts et on ne connaît pas la preuve entendue par le jury. De même, aucun dossier ne fait état des directives du juge de première instance au jury.

En l'absence d'une telle preuve, le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l'existence d'une fraude. Il est impossible de savoir si le jury avait déjà examiné la preuve que les appelants cherchent maintenant à présenter. L'intimé M. Beals et l'expert en matière de pertes d'entreprise ont tous les deux témoigné devant le jury de la Floride, sans que leur témoignage soit contredit. Devant le tribunal de l'Ontario, les appelants n'ont pas demandé à M. Beals, qui était disponible, de témoigner au sujet de la fraude alléguée. De même, l'avocat des intimés à l'action en Floride a témoigné sans qu'il soit question d'une fraude.

On n'a soumis aucune preuve indiquant que le jury a été (délibérément ou non) induit en erreur au sujet du préjudice causé. Les faits admis qui ont été présentés au jury incluaient des allégations de déclarations inexactes frauduleuses et de perte de profits. Les intimés réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le prix d'achat du terrain et une perte de profits, ainsi que des dommages-intérêts punitifs. La nature des dommages-intérêts réclamés ainsi que les faits admis qui ont été présentés au jury de la Floride constituaient des éléments de preuve sur lesquels ce jury pouvait raisonnablement s'appuyer pour accorder le montant des dommages-intérêts auquel il est arrivé. Je souscris à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel selon laquelle, bien que le montant des dommages-intérêts accordés puisse paraître démesuré, il reste que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en déduisant, du seul montant accordé par le jugement, que le jury de la Floride avait été induit en erreur.

Vu que les appelants n'ont soumis aucune preuve de faits nouveaux et impossibles à découvrir antérieurement qui indiquerait l'existence d'une fraude,

56

57

58

of a valid challenge to the application for enforcement of the respondents' judgment.

(2) The Defence of Natural Justice

59 As previously stated, the denial of natural justice can be the basis of a challenge to a foreign judgment and, if proven, will allow the domestic court to refuse enforcement. A condition precedent to that defence is that the party seeking to impugn the judgment prove, to the civil standard, that the foreign proceedings were contrary to Canadian notions of fundamental justice.

60 A domestic court enforcing a judgment has a heightened duty to protect the interests of defendants when the judgment to be enforced is a foreign one. The domestic court must be satisfied that minimum standards of fairness have been applied to the Ontario defendants by the foreign court.

61 The enforcing court must ensure that the defendant was granted a fair process. Contrary to the position taken by my colleague LeBel J., it is not the duty of the plaintiff in the foreign action to establish that the legal system from which the judgment originates is a fair one in order to seek enforcement. The burden of alleging unfairness in the foreign legal system rests with the defendant in the foreign action.

62 Fair process is one that, in the system from which the judgment originates, reasonably guarantees basic procedural safeguards such as judicial independence and fair ethical rules governing the participants in the judicial system. This determination will need to be made for all foreign judgments. Obviously, it is simpler for domestic courts to assess the fairness afforded to a Canadian defendant in another province in Canada. In the case of judgments made by courts outside Canada, the review may be more difficult but is mandatory

ils ne peuvent pas invoquer le moyen de défense fondé sur la fraude pour contester valablement la demande d'exécution du jugement obtenu par les intimés.

(2) Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle

Comme nous l'avons vu, le déni de justice naturelle peut être invoqué pour contester un jugement étranger et, si l'existence d'un tel déni est prouvée, le tribunal national peut alors refuser d'exécuter le jugement en question. Pour pouvoir invoquer ce moyen de défense, la partie qui conteste le jugement doit préalablement établir, selon la norme de preuve applicable en matière civile, que les procédures à l'étranger étaient contraires aux notions de justice fondamentale canadiennes.

Un tribunal national saisi d'une demande d'exécution de jugement (« tribunal saisi ») est d'autant plus tenu de protéger les intérêts d'un défendeur lorsque le jugement en question a été rendu à l'étranger. En l'espèce, le tribunal national doit être convaincu que le tribunal étranger a appliqué des normes d'équité minimales à l'égard des défendeurs ontariens.

Le tribunal saisi doit s'assurer que le défendeur a eu droit à une procédure équitable. Contrairement au point de vue exprimé par mon collègue le juge LeBel, il n'appartient pas au demandeur à l'action intentée à l'étranger de démontrer le caractère équitable du régime juridique d'où émane le jugement qu'il veut faire exécuter. Il incombe plutôt au défendeur à l'action intentée à l'étranger d'alléguer que le régime juridique étranger est inéquitable.

La procédure équitable est celle qui, dans le régime d'où émane le jugement, offre raisonnablement des garanties procédurales fondamentales, telles l'indépendance judiciaire et des règles de déontologie équitables régissant la conduite des participants au système judiciaire. Il faut déterminer le caractère équitable de la procédure dans tous les cas où l'exécution d'un jugement étranger est requise. Il est évidemment plus simple pour les tribunaux nationaux d'apprécier l'équité à laquelle a eu droit un défendeur canadien dans une autre

and the enforcing court must be satisfied that fair process was used in awarding the judgment. This assessment is easier when the foreign legal system is either similar to or familiar to Canadian courts.

In the present case, the Florida judgment is from a legal system similar, but not identical, to our own. If the foreign state's principles of justice, court procedures and judicial protections are not similar to ours, the domestic enforcing court will need to ensure that the minimum Canadian standards of fairness were applied. If fair process was not provided to the defendant, recognition and enforcement of the judgment may be denied.

The defence of natural justice is restricted to the form of the foreign procedure, to due process, and does not relate to the merits of the case. The defence is limited to the procedure by which the foreign court arrived at its judgment. However, if that procedure, while valid there, is not in accordance with Canada's concept of natural justice, the foreign judgment will be rejected. The defendant carries the burden of proof and, in this case, failed to raise any reasonable apprehension of unfairness.

In Canada, natural justice has frequently been viewed to include, but is not limited to, the necessity that a defendant be given adequate notice of the claim made against him and that he be granted an opportunity to defend. The Florida proceedings were not contrary to the Canadian concept of natural justice. The appellants concede that they received notice of all the legal procedure taken in the Florida action and that the judge of the foreign court respected the procedure of that jurisdiction. The appellants submit, however, that they were denied natural justice because they were not given sufficient notice to enable them

province canadienne. Malgré les difficultés plus grandes qu'il peut présenter dans le cas d'un jugement rendu à l'extérieur du Canada, cet examen s'impose, en ce sens que le tribunal saisi doit être convaincu du caractère équitable de la procédure suivie pour rendre jugement. L'appréciation de l'équité est plus facile lorsque le régime juridique étranger est soit semblable à celui qui existe au Canada, soit bien connu des tribunaux canadiens.

En l'espèce, le jugement de la Floride émane d'un régime juridique semblable, mais non identique, au nôtre. Dans le cas où les principes de justice, les règles de procédure et les protections judiciaires de l'État étranger diffèrent des nôtres, le tribunal national saisi doit s'assurer que les normes d'équité minimales canadiennes sont respectées. Il peut refuser de reconnaître et d'exécuter le jugement si le défendeur n'a pas eu droit à une procédure équitable.

Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle est limité à la forme de la procédure étrangère et à l'application régulière de la loi, et n'a rien à voir avec le bien-fondé de l'affaire. Ce moyen de défense concerne seulement la procédure que le tribunal étranger a suivie pour arriver à son jugement. Toutefois, l'exécution du jugement sera refusée dans le cas où, si valide qu'elle soit à l'étranger, la procédure suivie pour le rendre n'est pas conforme à la notion de justice naturelle canadienne. Le fardeau de la preuve incombe au défendeur et, en l'espèce, ce dernier n'a suscité aucune crainte raisonnable d'injustice.

Au Canada, on a souvent considéré que la justice naturelle commande notamment de donner au défendeur un avis suffisant de l'action intentée contre lui, ainsi que la possibilité de contester cette action. Les procédures engagées en Floride n'étaient pas contraires à la notion de justice naturelle canadienne. Les appelants concèdent qu'ils ont reçu avis de toutes les démarches juridiques entreprises dans le cadre de l'action intentée en Floride, et que le juge du tribunal étranger a suivi la procédure applicable dans ce ressort. Ils allèguent cependant avoir été l'objet d'un déni de justice naturelle du fait que l'avis qu'ils ont reçu ne leur permettait pas de

63

64

65

to discover the extent of their financial jeopardy.

mesurer l'ampleur du risque financier auquel ils étaient exposés.

66

The appellants claim to have been denied the opportunity to assess the extent of their financial jeopardy because the respondents' claim failed to specify the exact dollar amount of damages and types of damages they were seeking. The Florida claims, particularly the Third Amended Complaint, made it clear that the damages sought were potentially significant. The complaints filed in Florida raised allegations of fraud and sought punitive damages, both of which allow for the possibility of a substantial award of damages. Treble damages were sought. Repayment of the purchase price, the amount lost by the respondents due to their inability to construct a model home on the lot, the expenses incurred in preparing that lot and lost revenue due to the respondents' inability to construct a model home to be used in their construction business were all sought in the Third Amended Complaint. In light of knowing the types of damages claimed, not being provided with a specific dollar value of the amount of damages sought cannot constitute a denial of natural justice. The appellants were mistaken when they presumed that the damages award would be approximately US\$8,000.

Les appelants affirment qu'ils n'ont pas eu la possibilité de mesurer l'ampleur du risque financier auquel ils étaient exposés parce que la demande des intimés ne faisait état ni du montant exact ni de la nature des dommages-intérêts réclamés. Les allégations formulées en Floride, en particulier la troisième plainte modifiée, montraient clairement que les dommages-intérêts réclamés risquaient d'être élevés. Les plaintes déposées en Floride comportaient des allégations de fraude et une demande de dommages-intérêts punitifs qui, dans les deux cas, risquaient de donner lieu à des dommages-intérêts élevés. Des dommages-intérêts triples étaient réclamés. Dans la troisième plainte modifiée, les intimés réclamaient un remboursement fondé sur le prix d'achat du terrain, la perte due à l'impossibilité de construire une maison-témoin à cet endroit, les dépenses d'aménagement du terrain et la perte de revenu due à l'impossibilité de construire une maison-témoin destinée à leur entreprise de construction. Étant donné que les appelants connaissaient la nature des dommages-intérêts réclamés, l'omission de leur en communiquer le montant exact ne saurait constituer un déni de justice naturelle. Les appelants ont commis une erreur en estimant à environ 8 000 \$US le montant des dommages-intérêts qui pourrait être accordé.

67

The respondents did not give notice that an expert on the assessment of business losses would testify before the Florida jury. The failure to disclose witnesses in a notice of assessment is not a denial of natural justice.

Les intimés n'ont pas donné avis du fait qu'un expert en matière d'évaluation des pertes d'entreprise témoignerait devant le jury de la Floride. Le défaut de communiquer l'identité de témoins dans un avis d'évaluation n'est pas un déni de justice naturelle.

68

LeBel J. would expand the defence of natural justice by interpreting the right to receive notice of a foreign action to include notice of the legal steps to be taken by the defendant where the legal system differs from that of Canada's and of the consequences flowing from a decision to defend, or not defend, the foreign action. Where such notice was not given, he would deny enforcement of the resulting judgment. No such burden should rest with the foreign plaintiff. Within Canada, defendants

Le juge LeBel élargirait la portée du moyen de défense fondé sur la justice naturelle en considérant que le droit d'être avisé de l'introduction d'une action à l'étranger inclut le droit du défendeur d'être avisé des démarches juridiques qu'il doit entreprendre lorsque le régime juridique du ressort étranger diffère de celui du Canada, ainsi que des conséquences d'une décision de contester ou de ne pas contester l'action en question. Le juge LeBel refuserait l'exécution du jugement rendu dans le

are presumed to know the law of the jurisdiction seized with an action against them. Plaintiffs are not required to expressly or implicitly notify defendants of the steps that they must take when notified of a claim against them. This approach is equally appropriate in the context of international litigation. To find otherwise would unduly complicate cross-border transactions and hamper trade with Canadian parties. A defendant to a foreign action instituted in a jurisdiction with a real and substantial connection to the action or parties can reasonably be expected to research the law of the foreign jurisdiction. The Saldanhas and Thivys owned land in the State of Florida and entered into a real estate transaction in that state. When served with notice of an action against them in the State of Florida, the appellants were responsible for gaining knowledge of Florida procedure in order to discover the particularities of that legal system.

My interpretation of the Florida legal system differs from that of LeBel J. in that I am of the opinion that the appellants were fully informed about the Florida action. They were advised of the case to meet and were granted a fair opportunity to do so. They did not defend the action. Once they received notice of the amount of the judgment, the appellants obviously had precise notice of the extent of their financial exposure. Their failure to act when confronted with the size of the award of damages was not due to a lack of notice but due to relying on the mistaken advice of their lawyer.

For these reasons, the defence of natural justice does not arise.

(3) The Defence of Public Policy

The third and final defence is that of public policy. This defence prevents the enforcement of a

cas où un tel avis n'a pas été donné. Aucun fardeau de cette nature ne devrait incomber au demandeur étranger. Au Canada, les défendeurs sont présumés connaître le droit du ressort dans lequel une action est intentée contre eux. Les demandeurs ne sont pas tenus d'informer explicitement ou implicitement les défendeurs des démarches que ceux-ci doivent entreprendre après avoir reçu avis d'une demande présentée contre eux. Il convient également d'adopter cette approche dans le contexte d'un litige international. Toute autre conclusion compliquerait indûment les opérations transfrontalières et entraverait les échanges avec les résidents canadiens. On peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un défendeur à une action intentée dans un ressort étranger ayant un lien réel et substantiel avec l'action ou les parties s'informe du droit applicable dans le ressort en question. Les Saldanha et les Thivy possédaient du terrain en Floride et ont conclu une opération immobilière dans cet État. Lorsque les appelants ont été avisés de l'introduction d'une action contre eux en Floride, il leur incombait dès lors de se renseigner sur la procédure applicable en Floride afin de connaître les particularités du régime juridique de cet État.

Mon interprétation du régime juridique de la Floride diffère de celle du juge LeBel en ce sens que j'estime que les appelants étaient très bien informés de l'action intentée en Floride. Ils ont été avisés de la preuve à réfuter et ont eu une possibilité raisonnable de la réfuter. Ils n'ont pas contesté l'action. Il est évident que, lorsqu'ils ont reçu un avis du montant accordé par le jugement, les appelants ont alors connu exactement l'ampleur du risque financier auquel ils étaient exposés. Leur défaut d'agir face à l'importance du montant des dommages-intérêts accordés est dû non pas à l'absence d'avis, mais plutôt au fait qu'ils ont suivi les conseils erronés de leur avocat.

Pour ces motifs, le moyen de défense fondé sur la justice naturelle ne peut pas être invoqué.

(3) Le moyen de défense fondé sur l'ordre public

Le troisième et dernier moyen de défense est fondé sur l'ordre public. Ce moyen de défense

foreign judgment which is contrary to the Canadian concept of justice. The public policy defence turns on whether the foreign law is contrary to our view of basic morality. As stated in Castel and Walker, *supra*, at p. 14-28:

... the traditional public policy defence appears to be directed at the concept of repugnant laws and not repugnant facts. . . .

72

How is this defence of assistance to a defendant seeking to block the enforcement of a foreign judgment? It would, for example, prohibit the enforcement of a foreign judgment that is founded on a law contrary to the fundamental morality of the Canadian legal system. Similarly, the public policy defence guards against the enforcement of a judgment rendered by a foreign court proven to be corrupt or biased.

73

The appellants submitted that the defence of public policy should be broadened to include the case where neither the defence of natural justice nor the current defence of public policy would apply but where the outcome is so egregious that it justifies a domestic court's refusal to enforce the foreign judgment. The appellants argued that, as a matter of Canadian public policy, a foreign judgment should not be enforced if the award is excessive, would shock the conscience of, or would be unacceptable to, reasonable Canadians. The appellants claimed that the public policy defence provides a remedy where the judgment, by its amount alone, would shock the conscience of the reasonable Canadian. It was argued that, if the respondents and their witnesses were truthful in the Florida proceeding, it must follow that the laws in Florida permit a grossly excessive award for lost profits absent a causal connection between the acts giving rise to liability and the damages suffered. Such a result, the appellants submitted, would shock the conscience of the reasonable Canadian. I do not agree.

empêche l'exécution d'un jugement étranger contraire à la notion de justice canadienne. Il s'agit de savoir si le droit étranger est contraire à nos valeurs morales fondamentales. Comme l'affirment Castel et Walker, *op. cit.*, p. 14-28 :

[TRADUCTION] ... le moyen de défense traditionnel fondé sur l'ordre public paraît axé sur la notion de lois répugnantes et non sur la notion de faits répugnants. . . .

Quelle est l'utilité de ce moyen de défense pour le défendeur qui veut empêcher l'exécution d'un jugement étranger? Il sert notamment à interdire l'exécution d'un jugement étranger fondé sur une loi contraire aux valeurs morales fondamentales du régime juridique canadien. De même, le moyen de défense fondé sur l'ordre public empêche l'exécution du jugement d'un tribunal étranger indubitablement corrompu ou partial.

Les appelants ont soutenu qu'il y a lieu d'élargir le moyen de défense fondé sur l'ordre public de manière à pouvoir l'invoquer dans le cas où le moyen de défense fondé sur la justice naturelle et l'actuel moyen de défense fondé sur l'ordre public sont inopposables, mais où le jugement rendu à l'étranger est à ce point inacceptable qu'il justifie un refus d'exécution de la part du tribunal national. Les appelants ont fait valoir que, pour des raisons d'ordre public, il n'y a pas lieu d'exécuter, au Canada, un jugement étranger qui accorde une somme démesurée qui choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables ou que ceux-ci jugeraient inacceptable. Ils ont allégué que le moyen de défense fondé sur l'ordre public porte remède dans le cas où le jugement choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables, ne serait-ce à cause du seul montant qu'il accorde. D'après les appelants, si les intimés et leurs témoins ont dit la vérité au cours de l'instance en Floride, il s'ensuit nécessairement que les lois de la Floride permettent d'accorder une indemnité nettement démesurée pour la perte de profits, et ce, en l'absence de lien causal entre le préjudice subi et les actes ayant donné naissance à la responsabilité. Un tel résultat, de prétendre les appelants, choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables. Je ne suis pas d'accord.

Blom, *supra*, predicted the appellants' request for the expansion of the public policy defence (at p. 400):

The only change that the *Morguard* approach to recognition may bring in its wake is a greater temptation to expand the notion of public policy, so as to justify refusing a foreign default judgment that meets the *Morguard* criteria, but whose enforcement nevertheless appears to impose a severe hardship on the defendant.

The use of the defence of public policy to challenge the enforcement of a foreign judgment involves impeachment of that judgment by condemning the foreign law on which the judgment is based. It is not a remedy to be used lightly. The expansion of this defence to include perceived injustices that do not offend our sense of morality is unwarranted. The defence of public policy should continue to have a narrow application.

The award of damages by the Florida jury does not violate our principles of morality. The sums involved, although they have grown large, are not by themselves a basis to refuse enforcement of the foreign judgment in Canada. Even if it could be argued in another case that the arbitrariness of the award can properly fit into a public policy argument, the record here does not provide any basis allowing the Canadian court to re-evaluate the amount of the award. The public policy defence is not meant to bar enforcement of a judgment rendered by a foreign court with a real and substantial connection to the cause of action for the sole reason that the claim in that foreign jurisdiction would not yield comparable damages in Canada.

There was no evidence that the Florida procedure would offend the Canadian concept of justice. I disagree for the foregoing reasons that enforcement of the Florida monetary judgement would shock the conscience of the reasonable Canadian.

Blom, *loc. cit.*, laissait présager la demande des appelants d'élargir la portée du moyen de défense fondé sur l'ordre public (à la p. 400) :

[TRADUCTION] Le seul changement que risque de provoquer la façon dont l'arrêt *Morguard* aborde la reconnaissance est que l'on sera davantage tenté d'élargir la notion d'ordre public pour justifier le refus d'exécuter un jugement rendu par défaut à l'étranger qui respecte les critères de l'arrêt *Morguard*, mais dont l'exécution paraît cependant causer de grandes difficultés au défendeur.

Le recours au moyen de défense fondé sur l'ordre public pour contester l'exécution d'un jugement étranger signifie que l'on attaque la validité de ce jugement en dénonçant la loi étrangère sur laquelle il est fondé. Ce moyen de défense ne doit pas être invoqué à la légère. Rien ne justifie d'en élargir la portée de manière à pouvoir l'invoquer pour remédier à des injustices perçues qui ne heurtent pas notre sens des valeurs. Le moyen de défense fondé sur l'ordre public devrait continuer d'être appliqué d'une manière restrictive.

Le montant des dommages-intérêts accordés par le jury de la Floride ne fait pas entorse à nos principes. Malgré l'ampleur qu'elles ont prise, les sommes en question ne justifient pas, à elles seules, un refus d'exécuter le jugement étranger au Canada. Même s'il était possible, dans une autre affaire, d'invoquer l'ordre public pour faire valoir que le montant accordé est arbitraire, rien dans le dossier soumis en l'espèce n'autorise le tribunal canadien à réévaluer le montant accordé. Le moyen de défense fondé sur l'ordre public n'est pas destiné à empêcher l'exécution du jugement d'un tribunal étranger ayant un lien réel et substantiel avec la cause d'action, pour le seul motif que la demande présentée dans ce ressort étranger ne donnerait pas lieu à des dommages-intérêts comparables au Canada.

Rien ne prouvait que la procédure suivie en Floride était contraire à la notion de justice canadienne. Pour les motifs qui précèdent, je ne suis pas d'accord pour dire que l'exécution du jugement rendu en Floride choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes raisonnables.

74

75

76

77

C. *Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*

78

The appellants submitted that the Florida judgment cannot be enforced because its enforcement would force them into bankruptcy. It was argued that the recognition and enforcement of that judgment by a Canadian court would constitute a violation of s. 7 of the *Charter*. The appellants submitted that a *Charter* remedy should be recognized to the effect that, before a domestic court enforces a foreign judgment which would result in the defendant's bankruptcy, the court must be satisfied that the foreign judgment has been rendered in accordance with the principles of fundamental justice. No authority is offered for that proposition with which I disagree but, in any event, the Florida proceedings were conducted in conformity with fundamental justice. The obligation of a domestic court to recognize and enforce a foreign judgment cannot depend on the financial ability of the defendant to pay that judgment. As s. 7 of the *Charter* does not shield a Canadian resident from the financial effects of the enforcement of a judgment rendered by a Canadian court, I have difficulty accepting that s. 7 should shield a Canadian defendant from the enforcement of a foreign judgment.

V. Disposition

79

The parties agreed that the Florida court had a real and substantial connection to the action launched by the respondents. Having properly taken jurisdiction, the judgment of that court must be recognized and enforced by a domestic court, provided that no defences bar its enforcement. None of the existing defences of fraud, natural justice or public policy have been supported by the evidence. Although the damage award may appear disproportionate to the original value of the land in question, that cannot be determinative. The judgment of the Florida court should be enforced.

80

The appeal is dismissed with costs.

C. *L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés*

Les appelants ont soutenu que le jugement rendu en Floride ne peut être exécuté parce que cela les obligerait à faire faillite. Ils ont allégué que la reconnaissance et l'exécution de ce jugement par un tribunal canadien constituerait une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Selon eux, il y a lieu de faire droit à un recours fondé sur la *Charte* étant donné que, pour exécuter un jugement étranger qui entraînerait la faillite du défendeur, le tribunal national doit être convaincu que ce jugement est conforme aux principes de justice fondamentale. Aucune jurisprudence ni aucune doctrine n'est citée à l'appui de cette proposition à laquelle je ne souscris pas, et, quoi qu'il en soit, l'instance en Floride s'est déroulée d'une manière conforme à la justice fondamentale. L'obligation d'un tribunal national de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger ne saurait être tributaire de la capacité du défendeur de payer le montant que ce jugement lui ordonne de verser. Vu que l'art. 7 de la *Charte* ne protège pas un résident canadien contre les conséquences financières de l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal canadien, j'ai peine à croire qu'il devrait protéger un défendeur canadien contre l'exécution d'un jugement étranger.

V. Dispositif

Les parties ont convenu que le tribunal de la Floride avait un lien réel et substantiel avec l'action intentée par les intimés. Étant donné que ce tribunal a exercé correctement sa compétence, un tribunal national se doit de reconnaître et d'exécuter le jugement qu'il a rendu, pourvu qu'aucun moyen de défense ne vienne en empêcher l'exécution. En l'espèce, la preuve ne justifie d'invoquer aucun des moyens de défense existants qui sont fondés sur la fraude, la justice naturelle ou l'ordre public. Bien que le montant des dommages-intérêts accordés puisse paraître démesuré par rapport à la valeur initiale du terrain en cause, cela ne saurait être déterminant. Le jugement rendu par le tribunal de la Floride doit être exécuté.

L'appel est rejeté avec dépens.

The reasons of Iacobucci and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — The question raised by this appeal is the sufficiency of the notice provided to Ontario defendants (the appellants) of Florida proceedings against them by two Sarasota County real estate developers over the sale of an empty residential building lot in 1984 for US\$8,000. The subject matter of their contract turned out to be the wrong lot. The respondents kept the lot (they say they did not intend to purchase) and sued the appellants for damages.

The Florida default judgment now commands payment of over C\$1,000,000, an award described by the Ontario trial judge as “breathhtaking”. The damages were assessed by a Florida jury in less than half a day.

If the notice had been sufficient, I would have agreed reluctantly with the majority of my colleagues that the default judgment against them would be enforceable in Ontario despite the fact the foreign court never got to hear the Ontario defendants’ side of the story. Their failure to participate using the procedures open to them in Florida would have bound them to the result. However, in my view, the appellants’ inactivity in the face of their mushrooming legal problem is explained by the fact they were kept in the dark about the true nature and extent of their jeopardy. They were not served with some of the more important documents on liability filed in the Florida proceeding before they were noted in default, nor were they served with other important documents relevant to the assessment of damages filed after default but prior to the trial at which judgment was entered against them. Proper notice is a function of the particular circumstances of the case giving rise to the foreign default judgment. In this case, in my view, there was a failure of notification amounting to a breach of natural justice. In these

Version française des motifs des juges Iacobucci et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — La question qui se pose, en l’espèce, est de savoir si des défendeurs ontariens (les appelants) ont reçu de deux promoteurs immobiliers du comté de Sarasota, en Floride, un avis suffisant des poursuites intentées contre eux dans cet État. Ces poursuites concernaient un terrain vague destiné à la construction d’un immeuble résidentiel, qu’ils avaient vendu, en 1984, pour la somme de 8 000 \$US. Il s’était révélé que le contrat portait sur le mauvais lot. Les intimés ont conservé le lot qu’ils prétendaient ne pas avoir voulu acheter et ont intenté une action en dommages-intérêts contre les appelants.

Le jugement rendu par défaut en Floride ordonne maintenant le paiement de plus de 1 000 000 \$CAN, montant qualifié de [TRADUCTION] « renversant » par le juge de première instance en Ontario. Un jury de la Floride a mis moins d’une demi-journée à évaluer les dommages-intérêts.

Si l’avis donné avait été suffisant, j’aurais souscrit à regret à l’opinion majoritaire de mes collègues voulant que le jugement par défaut prononcé contre les appelants soit exécutoire en Ontario même si le tribunal étranger n’a jamais entendu leur version des faits. Les appelants seraient liés par ce jugement en raison de leur omission de participer à l’instance en Floride par l’exercice des recours disponibles dans ce ressort. J’estime, cependant, que l’inaction des appelants face à leur problème juridique qui s’aggravait très rapidement s’explique par le fait qu’ils ignoraient la nature et l’ampleur véritables du risque auquel ils étaient exposés. On ne leur avait pas signifié certains des plus importants documents concernant leur responsabilité qui avaient été déposés dans le cadre de l’instance en Floride avant même que leur défaut soit constaté. On ne leur avait pas signifié non plus d’autres documents importants utiles pour évaluer les dommages-intérêts qui avaient été déposés après la constatation de leur défaut, mais avant le procès au terme duquel un jugement a été prononcé contre eux. L’avis qui doit être donné

81

82

83

circumstances, the Ontario courts ought not to give effect to the Florida judgment.

varie selon les circonstances particulières de l'affaire à l'origine du jugement par défaut rendu à l'étranger. J'estime que l'insuffisance de l'avis donné en l'espèce représente un déni de justice naturelle. Dans ces circonstances, les tribunaux ontariens doivent s'abstenir de mettre à exécution le jugement de la Floride.

I. Real and Substantial Connection

I. Lien réel et substantiel

84 I agree with Major J. that the “real and substantial connection” test developed in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 325, and *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1058, provides an appropriate conceptual basis for the enforcement in Canada of final judgments obtained in foreign jurisdictions as it does for final judgments obtained in other provinces.

Je conviens avec le juge Major que le critère du « lien réel et substantiel » élaboré dans les arrêts *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 325, et *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1058, fournit, comme dans le cas des jugements définitifs obtenus dans d'autres provinces, un fondement conceptuel approprié pour exécuter au Canada les jugements définitifs obtenus dans des ressorts étrangers.

85 That said, I recognize that there are significant differences between enforcement of a foreign judgment and enforcement of judgments from one province or territory to another within the Canadian federation. As La Forest J. observed in *Morguard* (at p. 1098):

Cela dit, je reconnais qu'il existe d'importantes différences entre l'exécution d'un jugement étranger et celle d'un jugement d'une province ou d'un territoire par les tribunaux d'une autre province ou d'un autre territoire de la fédération canadienne. Comme le juge La Forest le fait observer dans l'arrêt *Morguard*, p. 1098 :

The considerations underlying the rules of comity apply with much greater force between the units of a federal state. . . .

Les considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral. . .

Morguard went on to refer to “[t]he integrating character of our constitutional arrangements” (p. 1100), including (1) common citizenship, (2) interprovincial mobility of citizens, (3) the common market among the provinces envisaged by our Constitution, and (4) the essentially unitary structure of our judicial system presided over by the Supreme Court of Canada. The constitutional flavour of the *Morguard* analysis was picked up and emphasized in *Hunt*, *supra*, and again in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 53. We should not backtrack on the importance of that distinction.

L'arrêt *Morguard* mentionne ensuite « [l]e caractère unificateur de nos arrangements constitutionnels » (p. 1100), dont (1) la citoyenneté commune, (2) la mobilité interprovinciale des citoyens, (3) le marché commun interprovincial prévu par notre Constitution, et (4) la structure essentiellement unitaire de notre système judiciaire dont le sommet est occupé par la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *Hunt*, précité, et ensuite dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 53, la Cour a relevé et souligné la connotation constitutionnelle de l'analyse effectuée dans l'arrêt *Morguard*. Il n'y a pas lieu de revenir sur l'importance de cette distinction.

It stands to reason that if the issues posed by the enforcement of foreign judgments differ from the issues encountered in the enforcement of judgments among the provinces and the territories, the legal rules are not going to be identical. Accordingly, while I accept that the *Morguard* test (“real and substantial connection”) provides a framework for the enforcement of foreign judgments, it would be prudent at this stage not to be overly rigid in staking out a position on available defences beyond what the facts of this case require. Both Major J. (paras. 39-41) and LeBel J. (paras. 217-18) acknowledge (with varying degrees of enthusiasm) that a greater measure of flexibility may be called for in considering defences to the enforcement of foreign judgments as distinguished from interprovincial judgments. The time will come when such a re-examination of available defences will be necessary. The need for such a re-examination does not arise in this case. The appellants come within the traditional limits of the natural justice defence, and their appeal should be allowed on that ground.

II. The Foreign Judgment

In 1981, the appellants bought an empty lot in a Florida real estate subdivision near Sarasota for US\$4,000. It was described as Lot 2. They did not build. They did not even visit it. They just paid the municipal taxes. In 1983, they thought they had sold it to the respondents for US\$8,000. Despite the fact that all of the closing documentation referred to Lot 2, the respondents (who say they did not “catch” the reference to Lot 2 in the closing document) eventually claimed that they had *intended* to purchase the lot next door — Lot 1 — and that they had been falsely and fraudulently induced to buy Lot 2 by the appellants and a Florida real estate agent called O’Neill.

Il est évident que les règles juridiques applicables ne seront pas les mêmes si les problèmes soulevés par l’exécution de jugements étrangers diffèrent de ceux que pose l’exécution des jugements d’une province ou d’un territoire par les tribunaux d’une autre province ou d’un autre territoire. En conséquence, bien que je reconnaisse que le critère du « lien réel et substantiel » établi dans l’arrêt *Morguard* offre un cadre d’exécution en matière de jugements étrangers, j’estime qu’à ce stade il vaut mieux éviter d’adopter, au sujet des moyens de défense disponibles, un point de vue plus strict que ce que commandent les faits de la présente affaire. Les juges Major (par. 39-41) et LeBel (par. 217-218) reconnaissent (plus ou moins volontiers) qu’en examinant les moyens de défense opposables à l’exécution d’un jugement étranger, il peut être nécessaire de faire montre d’une plus grande souplesse que dans le cas d’un jugement rendu par un tribunal d’une autre province. À la longue, il faudra procéder à un tel réexamen des moyens de défense disponibles, qui ne s’avère toutefois pas nécessaire en l’espèce. Les appelants satisfont aux conditions traditionnelles requises pour pouvoir invoquer la justice naturelle comme moyen de défense, et leur appel devrait être accueilli pour ce motif.

II. Le jugement étranger

En 1981, les appelants ont acheté, pour la somme de 4 000 \$US, un terrain vague faisant partie d’un lotissement situé près de Sarasota, en Floride. Ce terrain était décrit comme le lot 2. Les appelants n’y ont rien construit et ne l’ont même pas visité. Ils se sont contentés d’en acquitter les taxes municipales. En 1983, ils croyaient l’avoir vendu aux intimés pour la somme de 8 000 \$US. Bien que tous les documents requis pour conclure la vente aient mentionné le lot 2, les intimés (qui affirment ne pas avoir « relevé » cette mention du lot 2 dans les documents) ont finalement prétendu avoir eu l’*intention* d’acheter le lot voisin, soit le lot 1, et que les appelants et un agent immobilier de la Floride, appelé O’Neill, les avaient fausement et frauduleusement incités à acheter le lot 2.

88 No doubt the Florida courts had jurisdiction over the ensuing dispute. The land was located in that jurisdiction. The appellants ought to have anticipated, and probably did anticipate, that disputes over Florida land would be decided by Florida courts. However, they could not fairly have anticipated that this pedestrian real estate deal gone sour would eventually explode into a Florida judgment against them said to be worth in excess of C\$800,000 at the time of the trial in Ontario in November 1998 with interest continuing to run for the past five years at 12 percent per annum, producing an ultimate Kafka-esque judgment with an apparent value of over C\$1,000,000.

89 It appears that soon after being served with the respondents' Complaint, the appellants decided to tell their story to the Florida court by filing a Statement of Defence, but to forgo the further expense of hiring a Florida lawyer to represent their interests. The costs would likely have exceeded the amount they thought was in issue. As the trial judge in Ontario put it, based on what was disclosed in the Complaint, litigation of an US\$8,000 real estate transaction in Florida hardly seemed to be "worth the candle". The fact this evaluation proved to be disastrously wrong is a measure of the inadequacy of what they were told about the Florida proceedings.

90 My colleague Major J. holds, in effect, that the appellants are largely the victims of what he considers to be some ostrich-like inactivity and some poor legal advice from their Ontario solicitor. There is some truth to this, but such a bizarre outcome nevertheless invites close scrutiny of how the Florida proceedings transformed a minor real estate transaction into a major financial bonanza for the respondents.

Il ne fait aucun doute que les tribunaux de la Floride étaient compétents pour régler le différend qui a suivi. Le terrain était situé dans ce ressort. Les appelants auraient dû prévoir, et avaient probablement prévu, que tout différend relatif au terrain en Floride serait tranché par les tribunaux de la Floride. Toutefois, ils ne pouvaient pas vraiment prévoir qu'une banale opération immobilière ayant mal tourné aboutirait à un jugement d'un tribunal de la Floride les condamnant à verser une somme qui était estimée à plus de 800 000 \$CAN au moment du procès tenu en Ontario, en novembre 1998, et qui semble maintenant atteindre le montant kafkaïen de plus de 1 000 000 \$CAN, en raison des intérêts courus au taux annuel de 12 pour 100 pendant les cinq dernières années.

Il appert que, peu après s'être vu signifier la plainte des intimés, les appelants ont décidé de déposer une défense exposant leur version des faits au tribunal de la Floride, mais d'éviter toute dépense additionnelle liée à l'embauche d'un avocat de la Floride pour défendre leurs intérêts. Ces dépenses auraient probablement été supérieures au montant qui, croyaient-ils, était en litige. Comme l'a dit le juge de première instance en Ontario, compte tenu de ce que révélait la plainte, aller plaider en Floride relativement à une opération immobilière de 8 000 \$US ne paraissait guère [TRADUCTION] « en val[oir] la chandelle ». Le désastre auquel a mené cette mauvaise évaluation de la situation montre à quel point l'avis que les appelants ont reçu au sujet de l'instance en Floride était insuffisant.

Mon collègue le juge Major conclut, en effet, que les appelants sont en grande partie victimes de leur inaction qu'il attribue à un genre de refus, de leur part, de voir le danger auquel ils étaient exposés et à des mauvais conseils de la part de leur avocat ontarien. Bien qu'il puisse y avoir une part de vérité dans ces propos, il reste qu'un résultat aussi singulier commande un examen attentif de la façon dont l'instance en Floride a permis aux intimés de tirer un profit important et inattendu d'une opération immobilière mineure.

While the notification procedures under the Florida rules may be considered in Florida to be quite adequate for Florida residents with easy access to advice and counsel from Florida lawyers (and there is no doubt that Florida procedures in general conform to a reasonable standard of fairness), nevertheless the question here is whether the appellants *in this proceeding* were sufficiently informed of the case against them, both with respect to liability and the potential financial consequences, to allow them to determine in a reasonable way whether or not to participate in the Florida action, or to let it go by default.

III. The Initial Aborted Proceedings

The Florida action was initially commenced on February 15, 1985 by the two respondents and their then partners (who will collectively be referred to as the respondents) in the Twentieth Judicial Circuit in and for Charlotte County, Florida. The appellants duly filed a defence. Eventually, this first action was “voluntarily dismiss[ed] . . . without prejudice” by the Florida court, apparently on the basis that the respondents had commenced their action in the wrong Circuit. The respondents immediately started a second action in the Twelfth Judicial Circuit and again the appellants filed a defence. This suggests that when the appellants were notified of what pleading had to be done, they did it.

IV. The Nature of the Complaint Against the Appellants

The original plaintiffs, two real estate developers and their wives (including the present respondents), alleged that the appellants misrepresented that they owned building Lot 1, whereas they owned building Lot 2, and that this misrepresentation was “willfully false and fraudulent”. The respondents said “they” (i.e., the individual respondents) began building on Lot 1, discovered the error, and “immediately ceased construction”.

Il est certes possible de considérer que la procédure prescrite en matière d’avis par les règles de la Floride est tout à fait suffisante en ce qui concerne les résidents de la Floride, qui ont facilement accès aux avis et aux conseils des avocats de cet État (et il ne fait aucun doute que la procédure de la Floride est, de manière générale, conforme à une norme raisonnable d’équité). Néanmoins, il faut se demander si l’avis que les appelants *en l’espèce* ont reçu au sujet du risque auquel ils étaient exposés — tant sur le plan de la responsabilité que sur celui des conséquences financières possibles — suffisait pour qu’ils soient en mesure de décider raisonnablement s’ils devaient participer à l’action intentée en Floride ou laisser le tribunal rendre jugement par défaut.

III. L’instance initiale annulée

Les deux intimés et leurs associés de l’époque (qui seront collectivement appelés « les intimés ») ont intenté l’action initiale, le 15 février 1985, dans le Twentieth Judicial Circuit du comté de Charlotte, en Floride. Les appelants ont dûment produit une défense. Finalement, le tribunal de la Floride a rejeté la première action [TRADUCTION] « sur requête des demandeurs [intimés en l’espèce] et sous toutes réserves », apparemment parce que les intimés avaient intenté leur action dans le mauvais ressort. Les intimés ont aussitôt intenté une deuxième action dans le Twelfth Judicial Circuit et, là encore, les appelants ont produit une défense. Cela montre que, lorsqu’ils ont été avisés de produire un acte de procédure, les appelants l’ont fait.

IV. La nature de la plainte déposée contre les appelants

Les demandeurs initiaux, deux promoteurs immobiliers et leurs épouses (y compris les intimés au présent pourvoi), ont allégué que les appelants leur avaient déclaré qu’ils possédaient le lot 1, alors qu’ils possédaient le lot 2, et que cette déclaration inexacte était [TRADUCTION] « délibérément fausse et frauduleuse ». Les intimés ont affirmé qu’« ils » (c’est-à-dire eux-mêmes personnellement) s’étaient rendu compte de l’erreur après avoir commencé à

91

92

93

As a result, the respondents incurred the expenses of preparing the lot for construction and lost revenue because they were unable to construct a model home on Lot 1, which was a corner lot.

construire sur le lot 1, et qu'ils avaient [TRADUCTION] « aussitôt arrêté les travaux de construction ». Les intimés avaient donc engagé des dépenses d'aménagement du terrain aux fins de construction et subi une perte de revenu due à l'impossibilité de construire une maison-témoin sur le lot 1, qui était un terrain d'angle.

94 It is not our function to get into the merits of the Florida case but I note the respondent, Frederick Beals III, eventually acknowledged in the Florida proceedings that work terminated in October 1984 not because of an error in the legal description of the lot but because of a falling out among the respondents. At that time, a “Johnny Quick toilet” had been delivered to the work site but the floor slab had not yet been poured. The error with regard to Lot 1 and Lot 2 was not discovered by the respondents until three months later in January 1985.

Il ne nous appartient pas d'examiner le bien-fondé de l'instance en Floride, mais je note que l'intimé, Frederick Beals III, a finalement reconnu, dans le cadre de cette instance, que l'arrêt des travaux, en octobre 1984, était dû non pas à une erreur de description cadastrale, mais à une brouille entre les intimés. À cette époque, une toilette chimique avait été livrée sur le chantier alors que la dalle du plancher n'était pas encore coulée. Ce n'est que trois mois plus tard, en janvier 1985, que les intimés se sont rendu compte de l'erreur concernant le lot 1 et le lot 2.

95 The total expenditures on the project, including the purchase price, the building permits, the survey tests, trusses and some other materials were about US\$14,000. The respondent Beals later testified that the average profit experienced on the houses he built in 1984 was about US\$5,000 per home. The respondents' eventual award on account of loss of profit was more than ten times that figure.

Les dépenses du projet, comprenant le prix d'achat et les sommes déboursées pour les permis de construction, les travaux d'arpentage, les fermes de toit et d'autres matériaux, totalisaient environ 14 000 \$US. L'intimé Beals a, par la suite, témoigné que le profit moyen réalisé sur chacune des maisons qu'il avait construites en 1984 était d'environ 5 000 \$US. Les intimés ont finalement obtenu, au titre de la perte de profits, un montant dix fois supérieur à cette somme.

96 The Complaint, and each subsequent “as amended” Complaint, simply refers to the respondents' damages on “a model home” (emphasis added). “A” model home is expressed in the singular and would not normally be understood, I think, to encompass an undisclosed and unbuilt residential subdivision which the respondents now say they had in mind.

La plainte et chaque plainte modifiée qui a suivi font simplement état des dommages-intérêts que les intimés réclamaient pour [TRADUCTION] « une maison-témoin » (je souligne). Vu que l'article « une » est au singulier, je ne crois pas que les termes « une » maison-témoin seraient normalement interprétés comme désignant un lotissement résidentiel non mentionné et non construit, auquel les intimés disent maintenant avoir songé.

97 The respondents claimed treble damages, rescission, punitive damages and costs. In the end, the jury seems to have ordered reimbursement of the actual expenditures (about US\$14,000) plus loss of profit (about US\$56,000), all of which was trebled to make the total of US\$210,000, plus punitive

Les intimés ont réclamé des dommages-intérêts triples, la résiliation du contrat, des dommages-intérêts punitifs et les dépens. En fin de compte, le jury semble avoir ordonné le remboursement des dépenses réelles (environ 14 000 \$US) et de la perte de profit (environ 56 000 \$US),

damages of US\$50,000. The balance of the current million dollar claim consists of accumulated post-judgment interest compounding at the rate of 12 percent, plus the effect of a less favourable U.S. currency exchange rate.

V. The Complaint Against Other Parties

The respondents also alleged in their Complaint that, in August 1984, they — the developers — had initiated contact with a Sarasota real estate firm, O'Neill's Realty, who showed them Lot 1. The respondents go on to state in their Complaint that the realtor was only authorized by the appellants to sell Lot 2 (para. 25). Nevertheless, the realtor (both the corporation and James O'Neill personally), “knowingly and falsely” misrepresented that the appellants owned Lot 1 (para. 27) and “fraudulently” failed to stop the closing of the sale of the wrong lot (paras. 33 and 51). The respondents claimed the same relief against the realtor as they had against the appellants (para. 37). As will be seen, the respondents’ allegation in their Complaint against the realtor O'Neill more or less corresponded with the appellants’ version of events set out in their Statement of Defence.

The respondents subsequently added a complaint against a new defendant, the Commonwealth Land Title Insurance Company, alleging that the title insurer knew or should have known that all of the closing documentation erroneously referred to the appellants’ Lot 2, instead of the desired Lot 1, and by “remaining silent” breached its corporate duty of disclosure.

With respect to the issue of notice, Florida rules require the written Complaint to expressly warn that “[e]ach defendant is hereby required to serve written defenses . . . within 20 days. . . . If a defendant fails to do so, a default [judgment] will be entered against that defendant for the relief demanded” This is what the appellants were told. The logical implication of this statement, it seems to me, is that if a

le tout multiplié par trois pour un total de 210 000 \$US, plus le versement de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs. Le reste de la créance actuelle de 1 000 000 \$CAN s’explique par les intérêts composés après jugement qui ont couru au taux de 12 pour 100, et par le taux de change moins favorable de la devise américaine.

V. La plainte déposée contre les autres parties

Les intimés ont aussi allégué dans leur plainte qu’en août 1984 les promoteurs avaient communiqué avec une société immobilière de Sarasota, O'Neill's Realty, qui leur avait montré le lot 1. Ils ajoutent, dans leur plainte, que les appelants avaient seulement autorisé l’agent immobilier à vendre le lot 2 (par. 25). Néanmoins, l’agent immobilier (la société immobilière et James O'Neill personnellement) a [TRADUCTION] « sciemment et faussement » déclaré que les appelants possédaient le lot 1 (par. 27) et « frauduleusement » omis d’empêcher la vente du mauvais lot (par. 33 et 51). Les intimés ont réclamé de l’agent immobilier la même réparation que celle réclamée des appelants (par. 37). Comme nous le verrons, l’allégation que les intimés ont formulée dans leur plainte contre l’agent immobilier O'Neill recoupait plus ou moins la version des faits énoncée dans la défense des appelants.

Les intimés ont, par la suite, déposé contre une nouvelle défenderesse, la Commonwealth Land Title Insurance Company, une plainte dans laquelle ils alléguaient que cette société d’assurance de titres de propriété savait ou aurait dû savoir que tous les documents requis pour conclure la vente décrivaient erronément le lot 2, au lieu du lot 1 désiré, comme étant celui qui appartenait aux appelants, et qu’en [TRADUCTION] « ne disant rien » elle avait manqué à son obligation de divulgation.

En ce qui concerne l’avis qui doit être donné, les règles de la Floride exigent que la plainte écrite contienne la mise en garde expresse suivante : [TRADUCTION] « [c]haque défendeur est, par les présentes, tenu de signifier une défense écrite [. . .] dans les 20 jours. [. . .] Si un défendeur omet de le faire, un [jugement par] défaut accordant la réparation demandée sera rendu contre lui . . . » C’est

98

99

100

written defence were served, the defendants would *not* be in default of the pleading. This also turned out not to be true.

VI. The Statement of Defence

101

The appellants filed, then refiled in the different judicial circuit, a Statement of Defence which pleaded in the relevant part, as follows:

2. The facts are as follows:

a) At no time did the Sellers engage the services of O'Neill's Realty, Inc., and/or James O'Neill to sell the property above-referred to or any other property whatsoever.

b) On or about 1984, the Defendant, James O'Neill, contacted the Sellers and informed them that he had a client who wished to purchase the above-referred to property. As there had been no previous communication of any kind whatsoever between the Sellers and James O'Neill, the Sellers believed that he, the said James O'Neill, represented the Plaintiffs.

c) During subsequent telephone conversations in or about August, 1984, the Sellers advised James O'Neill that they had never been in Port Charlotte, Florida, and that the only information in their possession with respect to the above-referred to property was the number allocated to same, that is to say: Lot 2, Block 3694 of Port Charlotte Subdivision, Section 65.

d) James O'Neill assured the Sellers that they were the owners of the lands that his client wished to purchase as he, the said James O'Neill, had perused the Public Records for the property in which his client was interested, and the names of the Sellers appeared thereon as owners. The Sellers were satisfied with his representations and therefore proceeded on that basis.

3. On or about August, 1984, the Sellers received a Contract for Sale of Real Estate which said Contract described the above-referred to property as being Lot 1. The Sellers contacted James O'Neill to advise him of the discrepancy.

4. James O'Neill once again assured the Sellers that they did own the property in which his client was

ce qui a été dit aux appelants. Il me semble que cet énoncé signifie logiquement que les défendeurs *ne* seraient *pas* en défaut s'ils signifiaient une défense écrite. Cela s'est également révélé faux.

VI. La défense

Les appelants ont déposé dans le premier ressort judiciaire, et ensuite dans l'autre ressort, une défense contenant, dans sa partie pertinente, les allégations suivantes :

[TRADUCTION]

2. Les faits sont les suivants :

a) Les vendeurs n'ont jamais eu recours à O'Neill's Realty, Inc. ou à James O'Neill pour vendre le bien susmentionné ou quelque autre bien.

b) En 1984, ou vers 1984, le défendeur, James O'Neill, a communiqué avec les vendeurs et les a informés qu'un de ses clients souhaitait acheter le bien susmentionné. Comme James O'Neill et les vendeurs n'avaient jamais communiqué ensemble auparavant, les vendeurs ont cru que le dénommé James O'Neill représentait les demandeurs.

c) Au cours des conversations téléphoniques qui ont suivi en août 1984 ou vers le mois d'août 1984, les vendeurs ont informé James O'Neill qu'ils n'étaient jamais allés à Port Charlotte, en Floride, et qu'ils connaissaient seulement le numéro du bien susmentionné, à savoir qu'il s'agissait du lot 2, bloc 3694 du lotissement de Port Charlotte, section 65.

d) James O'Neill a assuré aux vendeurs qu'ils étaient les propriétaires du terrain que son client souhaitait acheter, car il avait lui-même, James O'Neill, été en mesure de constater, en examinant les registres publics, que le bien qui intéressait son client y était inscrit comme appartenant aux vendeurs. Les vendeurs ont agi sur la foi de ces dires après les avoir jugés satisfaisants.

3. En août 1984 ou vers le mois d'août 1984, les vendeurs ont reçu un contrat de vente de bien immobilier indiquant que le bien vendu était le lot 1. Les vendeurs ont communiqué avec James O'Neill pour l'informer de cette disparité.

4. James O'Neill a de nouveau assuré aux vendeurs qu'ils étaient bel et bien les propriétaires du bien que son

interested and therefore the requisite change to the Contract was made. James O'Neill did not indicate to the Sellers that the change had to be initialled.

5. The Contract was returned to James O'Neill and on or about September 20th, 1984, the Sellers received a Warranty Deed which indicated that the property being sold was Lot 2.

6. As the discrepancy had been discussed with and pointed out to James O'Neill, and as the Warranty Deed specified Lot 2, Block 3694 of Port Charlotte Subdivision, Section 65, the Sellers had no reason to believe that the discrepancy in the Lot Number, that is to say Lot 2 as opposed to Lot 1, had not been discussed with the Plaintiffs and that the matter had not been efficiently and legally resolved. [Emphasis in original.]

The respondents never amended their Complaint against the appellants even though, as we will see, there was a good deal of activity in relation to the other defendants (before and after default was noted against the appellants) prior to the Florida court's final judgment against the appellants dated December 13, 1991.

VII. The Appellants' Dilemma

The appellants had to decide how to respond to the Complaint. To make an informed decision, they should have been told in general terms of the case they had to meet on liability and, more importantly on these facts, an indication of the jeopardy they faced in terms of damages. This is not a case where the plaintiffs were satisfied with the damages implicit in a failed minor real estate transaction. The Complaint, in my view, did not adequately convey to the appellants the importance of the decision that would eventually be made in the Florida court. The appellants were merely told, unhelpfully, that the claim exceeded US\$5,000.

The appellants were entitled to draw some comfort from the fact that the respondents' guns were trained not on them alone, but on the real estate

client souhaitait acquérir, et la modification qui s'imposait a donc été apportée au contrat. Il n'a cependant pas indiqué aux vendeurs qu'ils devaient parapher cette modification.

5. Le contrat a été retourné à James O'Neill et, le 20 septembre 1984 ou vers cette date, les vendeurs ont reçu un acte de garantie dans lequel il était indiqué que le bien vendu était le lot 2.

6. Étant donné que la disparité avait été signalée à James O'Neill et analysée avec lui, et que l'acte de garantie indiquait le lot 2, bloc 3694 du lotissement de Port Charlotte, section 65, rien ne permettait aux vendeurs de croire que la différence de numéro du lot, c'est-à-dire le lot 2 au lieu du lot 1, n'avait pas fait l'objet d'une discussion avec les demandeurs et que le problème n'avait pas été réglé efficacement et légalement. [Souligné dans l'original.]

Les intimés n'ont jamais modifié la plainte qu'ils avaient déposée contre les appelants même si, comme nous le verrons, la situation a beaucoup évolué dans le cas des autres défendeurs (avant et après la constatation du défaut des appelants), avant que le tribunal de la Floride rende un jugement définitif contre les appelants, le 13 décembre 1991.

VII. Le dilemme des appelants

Les appelants devaient décider comment répondre à la plainte. Pour qu'ils soient en mesure de prendre une décision éclairée, on aurait dû les informer de la preuve générale qu'ils devaient réfuter en matière de responsabilité et, ce qui est encore plus important compte tenu des faits, leur faire part des dommages-intérêts auxquels ils risquaient d'être condamnés. Il ne s'agit pas d'un cas où les demandeurs se sont contentés des dommages-intérêts normalement liés à l'échec d'une opération immobilière mineure. J'estime que la plainte ne permettait pas aux appelants de saisir la gravité de la décision que pourrait rendre le tribunal de la Floride. Elle ne faisait qu'indiquer, inutilement, aux appelants que le montant réclamé était supérieur à 5 000 \$US.

Les appelants étaient en droit de juger rassurant le fait qu'ils n'étaient pas les seuls dans la mire des intimés, vu que l'agent immobilier et la société

102

103

104

agent and the title insurer as well. Moreover, the respondent developers' allegations against the realtor O'Neill coincided with their own Statement of Defence, particularly the allegation that the appellants authorized the realtor to sell only Lot 2 — not Lot 1. On September 12, 1991, prior to the damages trial, the respondents settled with the realtor and the title insurer for US\$10,750. This radically transformed the potential jeopardy of the appellants. They were never told of the settlement.

VIII. The Florida Pleadings Rule

105 Under Rule 1.190(a) of the Florida *Rules of Civil Procedure* (Fla. Stat. Ann. R. Civ. P. § 1.190(a)), the appellants were required to refile their Defence every time the respondents amended their Complaint, even if the amendments were solely directed at other defendants. This was nowhere brought to the appellants' attention. As mentioned earlier, I think the appellants could fairly understand from the "warning" in the original Complaint that only if no defence were filed would there be a pleadings default in the action. Otherwise there would be no pleadings default. The respondents never amended their Complaint against the appellants. There was therefore nothing further for the appellants "to answer". They were nevertheless noted in default for failing to file a defence.

106 The respondents' Amended Complaint, Second Amended Complaint, Third Amended Complaint and ultimately Fourth Amended Complaint modified the allegations against other parties. In terms of procedural fairness, I think the appellants were entitled to assume that in the absence of any new allegations against them there was no need to refile a defence that had already been filed in the same action. To non-lawyers, a requirement for such apparently useless duplication would come as a surprise.

107 Yet we are told that:

d'assurance de titres de propriété l'étaient aussi. En outre, les allégations que les promoteurs intimés ont formulées contre l'agent immobilier O'Neill recoupaient leur propre défense, en particulier lorsqu'ils affirmaient que les appelants avaient seulement autorisé l'agent immobilier à vendre le lot 2 et non pas le lot 1. Le 12 septembre 1991, avant l'audience relative aux dommages-intérêts, les intimés se sont entendus avec l'agent immobilier et la société d'assurance de titres de propriétés pour qu'ils leur versent la somme de 10 750 \$US à titre de règlement, ce qui avait pour effet de changer radicalement le risque auquel les appelants étaient exposés. Ces derniers n'ont jamais été informés du règlement.

VIII. La règle de procédure de la Floride

Aux termes de la règle 1.190a) des *Rules of Civil Procedure* de la Floride (Fla. Stat. Ann. R. Civ. P. § 1.190a)), les appelants devaient déposer de nouveau leur défense chaque fois que les intimés modifiaient leur plainte, même si les modifications apportées ne visaient que les autres défendeurs. Les appelants n'ont jamais été informés de l'existence de cette règle. Je le répète, j'estime que les appelants pouvaient raisonnablement déduire de la « mise en garde » contenue dans la plainte initiale qu'il y aurait défaut de déposer un acte de procédure seulement si aucune défense n'était produite, sans quoi il n'y aurait pas de défaut à cet égard. Les intimés n'ont jamais modifié leur plainte contre les appelants. Par conséquent, rien ne justifiait une autre « réponse » des appelants. Ils ont néanmoins fait l'objet d'une constatation de défaut fondée sur l'omission de produire une défense.

Dans leurs première, deuxième, troisième et, finalement, quatrième plaintes modifiées, les intimés modifiaient les allégations contre les autres parties. Sur le plan de l'équité procédurale, j'estime que les appelants étaient en droit de supposer qu'en l'absence de nouvelles allégations contre eux ils n'avaient pas à déposer de nouveau une défense déjà produite en réponse à la même action. Pour le non-juriste, l'exigence de déposer, apparemment inutilement, un tel acte de procédure aurait de quoi étonner.

Pourtant, on nous dit ceci :

Under Florida law Dominic Thivy, Rose Thivy, Geoffrey Saldanha and Leueen Saldanha were under a mandatory obligation to deliver a defence to each of the new amended complaints. [Emphasis added.]

It seems to me the appellants were entitled to be told from the outset that their defence would be treated as non-existent if the Complaint were thereafter amended against *other* defendants.

When a Canadian resident is served with a legal process from within his or her own jurisdiction, he or she is presumed to know the law and the risks attendant with the notice. There can be no such presumption across different legal systems.

As the basis of the respondents' judgment is *default of pleading*, this lack of notification goes to the heart of the present appeal.

IX. Other Information the Appellants Did not Know

It is to be remembered that although the appellants had decided not to have a Florida lawyer, they were very much part of the liability phase of the action until noted in default on July 25, 1990, and very much interested in the assessment of damages phase of the action which did not take place until December 11, 1991. Even a defendant who concedes liability (as opposed to one who merely defaults) might want to contest what may appear to be “breathtaking” damages claimed by the successful party. Liability and assessment of damages are two distinct and separate issues. A defendant may choose to concede the one but contest the other.

In administrative law, where issues of notification have been extensively canvassed, albeit in a different context, it is well established that a party must be made aware of “the potential jeopardy faced”: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*

[TRANSLATION] Suivant la loi de la Floride, Dominic Thivy, Rose Thivy, Geoffrey Saldanha et Leueen Saldanha avaient l'obligation absolue de produire une défense pour chaque nouvelle plainte modifiée. [Je souligne.]

Il me semble que les appelants étaient en droit d'être informés, dès le départ, que leur défense serait considérée comme non existante si la plainte était, par la suite, modifiée à l'égard des *autres* défendeurs.

Lorsqu'un résident canadien se voit signifier un acte de procédure émanant de son propre ressort, il est présumé connaître la loi applicable et les risques que suppose l'avis qui lui est alors donné. Une telle présomption ne s'applique pas lorsqu'un régime juridique différent est en cause.

Comme le jugement obtenu par les intimés repose sur le *défaut de produire un acte de procédure*, cette absence d'avis est cruciale en l'espèce.

IX. Autres données inconnues des appelants

Il faut se rappeler que, même après avoir décidé de ne pas constituer avocat en Floride, les appelants avaient vraiment participé à l'étape de l'action relative à l'examen de la responsabilité jusqu'à ce leur défaut soit constaté le 25 juillet 1990, et qu'ils étaient des parties indubitablement intéressées à l'étape de l'évaluation des dommages-intérêts qui n'a débuté que le 11 décembre 1991. Même le défendeur qui reconnaît sa responsabilité (contrairement à celui qui est simplement en défaut) pourrait vouloir contester les dommages-intérêts apparemment « renversants » que lui réclame la partie ayant eu gain de cause. La responsabilité et l'évaluation des dommages-intérêts sont deux questions tout à fait distinctes. Un défendeur peut choisir de reconnaître l'un, tout en contestant l'autre.

En droit administratif, où des questions en matière d'avis ont été étudiées en profondeur, quoique dans un contexte différent, il est bien établi qu'une partie doit être informée [TRANSLATION] « du risque auquel elle est exposée » : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*

108

109

110

111

(loose-leaf ed.), at para. 9:5222. One of the criteria determining the stringency of natural justice requirements in particular circumstances is “the importance of the decision to the individual or individuals affected”: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 25. There is a difference in “importance” between a minor real estate transaction whose defence is “not worth the candle” and a major claim which the respondents have successfully orchestrated into a million dollar liability.

(a) *During the Liability Phase which Concluded July 25, 1990*

112

The appellants received no notice of the court order dated November 6, 1987, striking out the claim for punitive damages against the realtor and the title insurance defendant on the basis, apparently, that treble damages are themselves intended to be punitive, and an additional claim for punitive damages is not permitted under Florida law. Despite this ruling, the appellants, as defaulters, were subsequently held liable for treble damages of US\$210,000 *plus* punitive damages of US\$50,000. The punitive damages issue went very much to the appellants’ potential jeopardy, yet it seems they were not kept in the picture about court orders made in the same action as between the other parties relevant to the same head of damage alleged against them. This event predated being noted in default. If the appellants had received the advantage of this ruling, it would potentially have reduced the eventual damages against them by almost 20 percent. In other words, the oversight, if that is what it was, related to what is now claimed to be worth about a quarter of a million dollars.

113

On June 19, 1990, the appellants were sent a notice that an application would be made to the Florida court to note them in default for failure to file a defence to the Third Amended Complaint or “serve any pleading or other paper as required by

(éd. feuilles mobiles), par. 9:5222. L’un des critères qui détermine la rigueur avec laquelle les règles de la justice naturelle doivent être appliquées dans certaines circonstances est « l’importance de la décision pour les personnes visées » : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 25. L’opération immobilière mineure qui ne vaut pas la peine qu’on se défende n’a pas la même « importance » qu’une réclamation majeure que les intimés ont réussi à transformer en créance de 1 000 000 \$.

a) *Pendant l’étape de l’examen de la responsabilité qui a pris fin le 25 juillet 1990*

Les appelants n’ont pas été avisés de l’ordonnance du 6 novembre 1987, dans laquelle le tribunal annulait la demande de dommages-intérêts punitifs présentée contre l’agent immobilier et la société d’assurance de titres de propriété, en raison, semble-t-il, du caractère intrinsèquement punitif des dommages-intérêts triples et du fait que la loi de la Floride interdisait de présenter une demande additionnelle de dommages-intérêts punitifs. Malgré cette décision, les appelants, en tant que parties en défaut, se sont vu par la suite ordonner de payer des dommages-intérêts triples de 210 000 \$US, *plus* des dommages-intérêts punitifs de 50 000 \$US. Les dommages-intérêts punitifs faisaient étroitement partie du risque auquel les appelants étaient exposés, mais ces derniers ne semblent avoir été informés d’aucune ordonnance judiciaire rendue, dans le cadre de la même action, à l’égard des autres parties et relativement au même préjudice qui leur était reproché. S’ils avaient été avisés de cette ordonnance rendue avant la constatation de leur défaut, les appelants auraient pu voir réduire de presque 20 pour 100 le montant qu’ils se sont vu finalement ordonner de payer. En d’autres mots, l’oubli, si on peut dire, portait sur ce qui est maintenant évalué à un quart de million de dollars.

Le 19 juin 1990, les appelants ont été avisés que le tribunal de la Floride serait saisi d’une requête en constatation de défaut résultant de l’omission de produire une défense à l’encontre de la troisième plainte modifiée ou [TRADUCTION] « de signifier

law”. The appellants had no reason to think that the defence they had already filed was not applicable to the Third Amended Complaint. (Indeed, there apparently was a Fourth Amended Complaint but it is not in the record before us.) Unless the appellants were made aware of the Florida pleadings rule, which they were not, such a notice would simply add to their confusion. It may be obvious to a Florida lawyer that every amended Complaint requires a fresh defence even if there are no changes relevant to the defendant called upon to plead, but such a requirement would not be obvious to an Ontario lawyer, still less to self-represented litigants such as the appellants.

The appellants were noted in default on July 25, 1990.

(b) *After Being Noted in Default but Prior to the Jury Trial on December 11, 1991*

In some cases, a court making an assessment of unliquidated damages might think it unnecessary to notify the defaulters of the ongoing proceedings. It would depend on the circumstances. For example, in Ontario, Rule 19.02(3) leaves notice in the discretion of the court (*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194). Whatever may be the minimum requirements in some cases, I believe the circumstances here cried out for notice of the subsequent proceedings because in the period between the noting of default on July 25, 1990, and the damages trial on December 11, 1991, the potential jeopardy changed radically to the appellants’ disadvantage.

The appellants were not told that by Stipulation dated October 31, 1990, the respondents and realtor (both corporate and individual) made a deal “to delete claims against [the realtor] for treble damages, punitive damages, and statutory violations”, leaving

un acte de procédure ou autre document requis par la loi ». Les appelants n’avaient aucune raison de croire que la défense qu’ils avaient déjà produite ne s’appliquait pas à la troisième plainte modifiée. (En fait, il y aurait apparemment eu une quatrième plainte modifiée, qui ne figure cependant pas dans le dossier qui nous a été soumis.) À moins que les appelants ne soient informés de la règle de procédure de la Floride, ce qui n’a pas été fait, cet avis était simplement de nature à semer plus de confusion dans leur esprit. Bien qu’elle puisse être évidente pour un avocat de la Floride, l’obligation de déposer une nouvelle défense chaque fois qu’une plainte est modifiée — même si aucune des modifications apportées ne concerne le défendeur appelé à plaider — ne l’est cependant pas pour un avocat ontarien, et encore moins pour des parties, comme les appelants, qui se défendent elles-mêmes.

Le défaut des appelants a été constaté le 25 juillet 1990.

b) *Après la constatation du défaut, mais avant la tenue du procès devant jury le 11 décembre 1991*

Dans certains cas, le tribunal peut juger inutile d’aviser les parties en défaut de l’évaluation de dommages-intérêts non déterminés à laquelle il procède. Tout dépend des circonstances. Par exemple, la règle ontarienne 19.02(3) laisse à la discrétion du tribunal le soin de donner ou non avis (*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194). Quelles que soient les exigences minimales dans certains cas, je crois que, dans les circonstances de la présente affaire, il était indispensable de donner un avis des procédures subséquentes étant donné qu’entre le 25 juillet 1990, date de la constatation du défaut, et le 11 décembre 1991, date de l’audience relative aux dommages-intérêts, le risque auquel les appelants étaient exposés avait radicalement changé à leur détriment.

Les appelants n’ont pas été informés que, par stipulation datée du 31 octobre 1990, les intimés et l’agent immobilier (à la fois la société immobilière et l’agent immobilier lui-même) avaient convenu [TRADUCTION] « de supprimer les demandes

114

115

116

the respondents' claim against the realtor (who had been the only contact between the respondents and the appellants) to proceed in simple negligence. The appellants were now the only parties against whom treble damages and punitive damages were sought, but they were not told of that fact. Had they been so advised, they would have been able to consider cross-proceedings against the realtor for indemnification in respect of the more substantial claims now asserted against them alone.

de dommages-intérêts triples, de dommages-intérêts punitifs et d'indemnité pour violation de la loi déposées contre [l'agent immobilier] », et de laisser la demande des intimés contre l'agent immobilier (qui avait été le seul interlocuteur entre les intimés et les appelants) être examinée et tranchée sous l'angle de la simple négligence. Les appelants, qui étaient dorénavant les seules parties visées par la demande de dommages-intérêts triples et de dommages-intérêts punitifs, n'ont donc pas été avisés de ce fait. Si on les avait avisés, ils auraient pu songer à déposer contre l'agent immobilier une demande entre défendeurs en vue d'être indemnisés pour les réclamations plus substantielles dont ils faisaient désormais seuls l'objet.

117 Nor were the appellants served with the court order dated March 27, 1991, striking out as improper the respondents' claim for attorney's costs against the realtor and the title insurance company. By way of contrast, the final judgment against the appellants dated December 13, 1991, specifically "reserves jurisdiction to tax costs, prejudgment interest, and attorney's fees" against the appellants.

Les appelants n'ont pas non plus reçu signification de l'ordonnance judiciaire du 27 mars 1991 annulant pour cause d'irrégularité la réclamation d'honoraires d'avocat que les intimés avaient présentée contre l'agent immobilier et la société d'assurance de titres de propriété. Par contre, le jugement définitif rendu contre les appelants le 13 décembre 1991 précisait que le tribunal [TRADUCTION] « se déclare compétent pour fixer les dépens, les intérêts avant jugement et les honoraires d'avocat » que les appelants pourront être condamnés à payer.

118 Nor were the appellants served with an order dated June 17, 1991 for mandatory mediation which provided that "[a]ll parties are required to participate" (emphasis added). Even defendants who consider it uneconomical to litigate a US\$8,000 building lot deal in a foreign country might well consider it to be in their best interest to participate in a mediation. The respondents say that the appellants were not entitled to notice of the order for mediation but it seems wholly incongruous to have a mediation order requiring "[a]ll parties" to participate when the *only* parties who were now the respondents' target for treble and punitive damages were not even told about it.

De même, les appelants n'ont pas reçu signification de l'ordonnance du 17 juin 1991 concernant un processus de médiation obligatoire, qui prévoyait que [TRADUCTION] « [t]outes les parties sont tenues de participer » (je souligne). Même le défendeur qui ne juge pas rentable d'aller participer à l'étranger à un litige portant sur la vente d'un terrain à bâtir pour la somme de 8 000 \$US pourrait bien considérer qu'il est dans son intérêt de participer à une médiation. Selon les intimés, les appelants n'avaient pas droit à un avis de l'ordonnance de médiation. Toutefois, il semble tout à fait absurde de délivrer une ordonnance requérant la participation de « [t]outes les parties » dans le cas où les *seules* parties désormais visées par la demande des intimés visant à obtenir des dommages-intérêts triples et des dommages-intérêts punitifs n'en avaient même pas été avisées.

119 Nor were the appellants told that on September 12, 1991, the respondents settled with the realtor for US\$8,250 and subsequently settled with the title

Les appelants n'ont pas été informés non plus que, le 12 septembre 1991, les intimés — tout en conservant la propriété du lot 2 — s'étaient

insurers for US\$2,500 while still retaining title to Lot 2. This left the appellants as the sole target at the damages trial. According to the documents they had received, the appellants were still entitled to believe that the respondents continued to make against the realtor essentially the same points as those the appellants themselves had set out in their Statement of Defence. This was no longer true. The appellants did not know that they were now on their own.

Nor were the appellants served, as required by the Florida rules, with notice of the experts the respondents proposed to call at the damages assessment. This too might have operated as a wake-up call to the appellants, who at this late stage were drifting obliviously toward financial disaster.

As mentioned above, the Third Amended Complaint claimed the respondents' damages on a model home. It is true that by their default, the appellants admitted the allegations of fact in the Complaint, but the facts thus admitted were specific to the respondents and to a single model home. There is surely a significant difference between damages on a single home (even a "model" home) and damages on a theory of lost profit from the construction of a non-existent residential subdivision. Yet it is a judgment largely based on the latter allegation, not the allegation in the Complaint, that is the basis of the bulk of the million dollar judgment now sought to be enforced against the appellants in Ontario.

On December 11, 1991, the Florida court entered a directed verdict for unliquidated damages against the appellants, and assessed the damages at US\$210,000 plus US\$50,000 punitive damages. It now appears that the out-of-pocket construction costs which formed a substantial part of the award of compensatory damages against the appellants

entendus avec l'agent immobilier et ensuite avec la société d'assurance de titres de propriétés pour qu'ils leur versent respectivement les sommes de 8 250 \$US et de 2 500 \$US, à titre de règlement. Les appelants se retrouvaient ainsi les seuls visés à l'audience relative aux dommages-intérêts. Selon les documents qu'ils avaient reçus, les appelants étaient toujours en droit de croire que les intimés maintenaient contre l'agent immobilier essentiellement les mêmes allégations que celles qu'ils avaient eux-mêmes incluses dans leur défense. Ce n'était toutefois plus le cas. Les appelants ignoraient qu'ils se retrouvaient désormais seuls.

En plus, contrairement aux règles de la Floride, les appelants n'ont pas été avisés des experts que les intimés comptaient appeler à témoigner lors de l'évaluation des dommages-intérêts. Un tel avis aurait pu également sonner l'alarme aux appelants qui, à cette étape tardive, se dirigeaient inconsciemment vers un désastre financier.

Comme nous l'avons vu, la troisième plainte modifiée parlait des dommages-intérêts que les intimés réclamaient pour une maison-témoin. Il est vrai que le défaut des appelants signifiait qu'ils admettaient le bien-fondé des allégations de fait contenues dans la plainte, mais les faits ainsi admis se rapportaient uniquement aux intimés et à une maison-témoin. Il y a sûrement une différence importante entre réclamer des dommages-intérêts pour une seule maison (même une « maison-témoin ») et réclamer des dommages-intérêts pour la perte théorique de profits relativement à un lotissement résidentiel n'ayant jamais été construit. Cependant, le jugement accordant la somme de 1 000 000 \$ — dont on demande maintenant l'exécution contre les appelants en Ontario — repose essentiellement sur une opinion largement fondée sur la dernière allégation et non sur celle contenue dans la plainte.

Le 11 décembre 1991, le tribunal de la Floride a inscrit un verdict imposé dans lequel il ordonnait aux appelants de verser des dommages-intérêts non déterminés répartis ainsi : la somme de 210 000 \$US à titre de dommages-intérêts, et celle de 50 000 \$US à titre de dommages-intérêts punitifs. Il se révèle maintenant que les coûts de

120

121

122

were not incurred by the respondents, as had been alleged in their Complaint, but by Fox Chase Homes of Sarasota, Inc. or Fox Chase Homes of Charlotte County, Inc., whose names appeared nowhere in the pleadings. In the Ontario action, the trial judge found that under Florida law “causes of action of a corporation such as Fox Chase are the property of the corporation and cannot be passed through to its shareholders. Dissolved corporations cannot maintain actions except through their last directors with appropriate description in the Style of Cause not present in this matter.” There was no such “appropriate description” in the Florida style of cause. In my view, the intervention of one or two corporate entities could raise a number of potential defences not otherwise available in the assessment of damages. The purpose of a pleading is to give notice. It is certainly not implicit in anything said in the Complaint that the respondents were claiming damages on behalf of corporations in which they had an interest.

construction, qui représentaient une partie substantielle des dommages-intérêts compensatoires auxquels les appelants étaient condamnés, ont été engagés non pas par les intimés, comme ils l’alléguaient dans leur plainte, mais plutôt par la Fox Chase Homes of Sarasota, Inc. ou la Fox Chase Homes of Charlotte County, Inc., dont les noms ne figurent nulle part dans les actes de procédure. Dans le cadre de l’action intentée en Ontario, le juge de première instance a conclu que, selon la loi de la Floride, [TRADUCTION] « les causes d’action d’une société comme la Fox Chase sont sa propriété et ne peuvent être cédées à ses actionnaires. Les sociétés dissoutes ne peuvent poursuivre une action que par l’intermédiaire de leurs derniers administrateurs désignés de manière appropriée dans l’intitulé de la cause, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. » Une telle « désignation appropriée » ne figure pas dans l’intitulé de la cause en Floride. À mon avis, l’intervention d’une ou deux personnes morales aurait pu permettre d’invoquer un certain nombre de moyens de défense qui n’étaient pas par ailleurs disponibles lors de l’évaluation des dommages-intérêts. Un acte de procédure sert à aviser. Il est certain que rien de ce qui est mentionné dans la plainte ne laisse entendre que les intimés réclamaient des dommages-intérêts au nom de sociétés dont ils étaient actionnaires.

123 The appellants had not even been told that the respondents would be seeking damages for the corporation’s lost opportunity to build an undefined number of homes on land to which neither the respondents nor the corporation held title.

Les appelants n’ont même pas été informés que les intimés comptaient réclamer des dommages-intérêts pour la possibilité que la société avait perdue de construire un nombre indéterminé de maisons sur un terrain qui ne lui appartenait pas et qui n’appartenait pas non plus aux intimés.

124 I do not accept the suggestion that the appellants are the authors of their own misfortune on the basis that if they had hired a Florida lawyer they would have found out about all of these developments. The appellants decided not to defend the case set out against them in the Complaint. That case was subsequently transformed. They never had the opportunity to put their minds to the transformed case because they were never told about it.

Je rejette l’idée que les appelants sont les artisans de leur malheur en ce sens que l’embauche d’un avocat en Floride leur aurait permis de prendre connaissance de tous ces changements de situation. Les appelants ont décidé de ne pas contester la preuve déposée contre eux dans la plainte. Cette preuve a été, par la suite, modifiée. Les appelants n’ont jamais eu la possibilité de prendre connaissance de la nouvelle preuve parce qu’on ne leur a jamais fait part de son existence.

125 I do not suggest that any one of the foregoing omissions of notice would necessarily have been

Je n’insinue pas que l’une ou l’autre des omissions de donner avis susmentionnées aurait

fatal to enforcement of the respondents' default judgment in Ontario. Cumulatively, at all events, these continuing omissions seem to me to demonstrate an unfair procedure which in this particular case failed to meet the standards of natural justice.

X. Availability of an Appeal

The appellants had ten days to appeal the default judgment. They did not do so, apparently based on advice from their Ontario solicitor. I agree with Major J. that the appellants cannot be relieved of the consequences of their failure to appeal simply because they acted on legal advice.

The failure to exhaust local remedies in the foreign court is ordinarily a factor to be taken into account in determining whether a foreign judgment is enforceable in Ontario, but I do not think it is fatal here. We are dealing with a *default* judgment obtained, in my view, without compliance with the rules of natural justice. Moreover, even if the appellants had appealed, we are told that no record of the damage assessment proceedings exists. There is no transcript of the evidence heard by the jury. There is similarly no record of the instructions given to the jury by the trial judge. If the respondents complied with the letter of the Florida rules, as they say they did, a Florida appellate court might well uphold the default judgment. The Ontario court is faced with a *different* issue than that which would have confronted a Florida appellate court. Was the notice, notwithstanding presumed compliance with Florida court rules, sufficient to alert the *foreign* defendants to the case they had to meet, and the potential jeopardy they faced?

I agree in this respect with the view of the English Court of Appeal in *Adams v. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929, at pp. 1052-53, that the availability of an appeal in the foreign jurisdiction is not necessarily determinative.

nécessairement rendu inexécutoire en Ontario le jugement par défaut obtenu par les intimés. Tout bien considéré, il me semble que ces omissions continues témoignent d'une procédure inéquitable qui, en l'espèce, ne respectait pas les règles de justice naturelle.

X. L'existence d'un droit d'appel

Les appelants avaient dix jours pour porter en appel le jugement par défaut. Ils ne l'ont pas fait, apparemment sur le conseil de leur avocat ontarien. Je conviens avec le juge Major que les appelants ne peuvent pas échapper aux conséquences de leur défaut d'interjeter appel simplement parce qu'ils ont agi sur le conseil d'un avocat.

Le défaut d'épuiser les recours disponibles sur place dans le ressort étranger est habituellement un facteur dont il faut tenir compte pour décider si un jugement est exécutoire en Ontario, mais je ne crois pas que ce défaut soit fatal en l'espèce. Nous sommes en présence d'un jugement *par défaut* obtenu, selon moi, d'une manière contraire aux règles de justice naturelle. Qui plus est, même si les appelants avaient interjeté appel, il reste, nous dit-on, qu'aucun dossier ne fait état des débats de l'audience relative à l'évaluation des dommages-intérêts. Il n'existe aucune transcription de la preuve entendue par le jury. De même, aucun dossier ne fait état des directives du juge de première instance au jury. Si les intimés avaient respecté à la lettre les règles de la Floride, comme ils le prétendent, un tribunal d'appel de la Floride pourrait bien confirmer la validité du jugement par défaut. La question en litige dont est saisi le tribunal ontarien est *différente* de celle qu'un tribunal d'appel de la Floride aurait été appelé à trancher. Même en présumant que les règles de pratique de la Floride ont été respectées, on peut se demander si l'avis donné était suffisant pour prévenir les défendeurs *étrangers* de la preuve à réfuter et du risque auquel ils étaient exposés.

À ce propos, je partage l'opinion de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *Adams c. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929, p. 1052-1053, selon laquelle l'existence d'un droit d'appel dans le ressort étranger n'est pas nécessairement

126

127

128

Cape Industries was also a case of a default judgment.

129 I would also reject the argument that the appeal should be dismissed because the appellants ought to have moved “promptly” to set aside the default judgment for “excusable neglect”. Such relief is normally available to a defendant who has formed an intention to defend but for some “excusable” reason had “delayed” in taking appropriate steps. The problem here is that the appellants had in fact filed a Statement of Defence but had decided, based on what they were told about the respondents’ action, not to defend it further. The appellants’ problem was not that they failed to implement an intention to defend, but that their intention not to further defend was based on a different case.

130 In these circumstances, I would not enforce a judgment based on (in my view) inadequate notice — and thus violative of natural justice — just because the appellants did not appeal the Florida judgment to the Florida appellate court, or seek the indulgence of the Florida court to set aside for “excusable neglect” a default judgment that rests on such a flawed foundation.

XI. Disposition

131 I would allow the appeal to dismiss the action, with costs throughout to the appellants.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

132 The enforcement of this judgment, which has its origins in a straightforward sale of land for US\$8,000 and has now grown to well over C\$800,000, is unusually harsh. In my view, our law should be flexible enough to recognize and avoid such harshness in circumstances like these, where

déterminante. Il était également question d’un jugement par défaut dans l’arrêt *Cape Industries*.

Je rejetterais aussi l’argument voulant que le pourvoi soit rejeté parce que les appelants aurait dû demander [TRADUCTION] « promptement » l’annulation du jugement par défaut pour cause de « négligence excusable ». Ce recours peut normalement être exercé par le défendeur qui avait l’intention de se défendre mais qui, pour une raison « excusable », a « tardé » à prendre les mesures appropriées. En l’espèce, le problème tient au fait que les appelants avaient effectivement produit une défense et qu’ils ont ensuite décidé de tout abandonner, sur la foi de ce qui leur avait été dit au sujet de l’action des intimés. Le problème des appelants tient non pas au fait de ne pas avoir mis à exécution leur intention de se défendre, mais plutôt au fait que leur décision de cesser de se défendre reposait sur des allégations différentes.

Dans ces circonstances, je n’exécuterais pas un jugement fondé (selon moi) sur un avis insuffisant — et donc contraire à la justice naturelle — simplement parce que les appelants n’ont ni appelé du jugement rendu en Floride devant le tribunal d’appel de la Floride, ni demandé au tribunal de la Floride de faire montre d’indulgence en annulant pour cause de « négligence excusable » un jugement par défaut ayant un fondement aussi vicié.

XI. Dispositif

J’accueillerais le pourvoi visant à faire rejeter l’action, les appelants ayant droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

L’exécution du présent jugement qui résulte d’une simple vente de terrain pour la somme de 8 000 \$US et dont le montant accordé s’élève maintenant à plus de 800 000 \$CAN est d’une sévérité inhabituelle. À mon avis, notre droit devrait être assez souple pour reconnaître et éviter une telle

the respondents' original claim was dubious in the extreme and the appellants are guilty of little more than bad luck. To hold that the appellants are the sole authors of their own misfortune, it seems to me, is to rely heavily on the benefit of hindsight; and to characterize the respondents' case in the original action as merely weak is something of an understatement. The implication of the position of the majority is that Canadian defendants will from now on be obliged to participate in foreign lawsuits no matter how meritless the claim or how small the amount of damages in issue reasonably appears to be, on pain of potentially devastating consequences from which Canadian courts will be virtually powerless to protect them.

In my opinion, this Court should avoid moving the law of conflicts in such a direction. Thus, I respectfully disagree with the reasons of the majority on two points. I would hold that this judgment should not be enforced because a breach of natural justice occurred in the process by which it was obtained. I also have concerns about the way the "real and substantial connection" test, in its application to foreign-country judgments, is articulated by the majority.

Although I agree both that the "real and substantial connection" test should be extended to judgments from outside Canada and that the Florida court properly took jurisdiction over the defendants in this particular case, in my view the test should be modified significantly when it is applied to judgments originating outside the Canadian federation. Specifically, the assessment of the propriety of the foreign court's jurisdiction should be carried out in a way that acknowledges the additional hardship imposed on a defendant who is required to litigate in a foreign country.

Furthermore, the philosophy of *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, which replaces traditional categories with a purposive, principled framework, should not be

sévérité dans un cas comme celui qui nous occupe, où la demande initiale des intimés était extrêmement douteuse et où les appelants peuvent, tout au plus, être blâmés d'avoir joué de malchance. Il me semble que conclure que les appelants sont les artisans de leur malheur est avant tout une conclusion a posteriori, et que qualifier de simplement faible la preuve produite par les intimés dans le cadre de leur action initiale est un euphémisme. Le point de vue adopté par les juges majoritaires signifie que les défendeurs canadiens seront désormais tenus de participer aux poursuites intentées à l'étranger — même celles qui peuvent raisonnablement sembler plus ou moins fondées ou si dérisoire que puisse raisonnablement paraître le montant de dommages-intérêts réclamé — sous peine de subir des conséquences potentiellement dévastatrices contre lesquelles les tribunaux canadiens ne pourront pratiquement pas les protéger.

À mon avis, notre Cour devrait éviter de donner cette orientation au droit international privé. Par conséquent, je ne souscris pas aux motifs majoritaires à deux égards. Je concluais qu'il n'y a pas lieu d'exécuter le présent jugement parce qu'un déni de justice naturelle entache la procédure suivie pour l'obtenir. Je suis également préoccupé par la façon dont les juges majoritaires formulent le critère du « lien réel et substantiel » dans le cas des jugements étrangers.

Tout en reconnaissant que le critère du « lien réel et substantiel » doit s'appliquer aux jugements rendus à l'extérieur du Canada et que le tribunal de la Floride a eu raison de se déclarer compétent à l'égard des défendeurs en l'espèce, j'estime qu'il y a lieu de modifier sensiblement ce critère lorsqu'il s'agit de l'appliquer à des jugements émanant de l'extérieur de la fédération canadienne. Plus précisément, l'évaluation de la légitimité de la compétence du tribunal étranger doit tenir compte des difficultés supplémentaires auxquelles se heurte le défendeur tenu de plaider dans un pays étranger.

En outre, la philosophie sous-jacente de l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, qui remplace les catégories traditionnelles par un système téléologique et fondé

133

134

135

confined to the question of jurisdiction, but should also be extended to the defences. In my view, liberalizing the jurisdiction side of the analysis while retaining narrow, strictly construed categories on the defence side is not a coherent approach. I would adopt a more flexible approach to the defences than the majority, and on that approach it is my view that the appellants have made out the defence of natural justice.

sur des principes, devrait non pas se limiter à la question de la compétence, mais également s'appliquer aux moyens de défense. À mon avis, il est illogique de libéraliser le volet « compétence » de l'analyse tout en continuant de répartir le volet « moyens de défense » dans des catégories bien précises et assujetties à une interprétation stricte. Je suis d'avis d'appliquer aux moyens de défense une approche plus souple que celle des juges majoritaires et, selon cette approche, j'estime que les appelants ont démontré qu'ils étaient justifiés d'invoquer la justice naturelle comme moyen de défense.

136 The solution that the majority sets out to the question of recognition and enforcement of foreign judgments appears to go further than courts have gone in other Commonwealth jurisdictions or in the United States (as I will discuss below). This discrepancy may place Canadian defendants in a disadvantageous position in international litigation against foreign plaintiffs. As a result, the risks and thus the transaction costs to our citizens of cross-border ventures will be increased, in some cases beyond what commercially reasonable people would consider acceptable. Canadian residents may consequently be deterred from entering into international transactions — an outcome that frustrates, rather than furthers, the purpose of private international law.

La solution que les juges majoritaires énoncent en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers paraît aller plus loin que ce qu'ont proposé les tribunaux d'autres pays du Commonwealth ou des États-Unis (comme je l'expliquerai plus bas). Cette disparité pourra avoir pour effet de désavantager les citoyens canadiens appelés à se défendre contre les demandeurs qui les poursuivent à l'étranger. Il en résultera, pour nos citoyens participant à des entreprises transfrontalières, une augmentation des risques et, par le fait même, des coûts d'opération qui, dans certains cas, sera supérieure à ce que des gens d'affaires raisonnables jugeraient acceptable. Les résidents canadiens pourront donc être dissuadés de conclure des opérations internationales — résultat qui contrecarre l'objet du droit international privé au lieu d'en favoriser la réalisation.

II. Background

II. Les faits

137 I agree with Major J.'s outline of the facts. I would, however, place additional emphasis on a number of details that emerge from the record.

Je souscris à l'exposé des faits du juge Major. Cependant, j'insisterais davantage sur un certain nombre de détails qui ressortent du dossier.

138 The Saldanhas and the Thivys (to whom I will refer collectively as the "Sellers") purchased the lot in Florida thinking that they might eventually build a vacation home on it. In the meantime, they had little to do with it. They purchased it without having visited it, and they never saw it. They did not think seriously about selling the land until they received the unsolicited offer from the Bealses and Foodys (the "Buyers") in 1984. This was a relatively small investment from which they anticipated no more than modest returns and on which, it seems

Les Saldanha et les Thivy (que j'appellerai collectivement les « vendeurs ») ont acheté le terrain en Floride dans le but d'y construire éventuellement une résidence secondaire. Dans l'intervalle, ils ne s'en sont guère occupé. Ils l'ont acheté sans l'avoir visité et, en fait, ne l'ont jamais vu. Ils ne songeaient pas sérieusement à le vendre jusqu'à ce qu'ils reçoivent, en 1984, l'offre spontanée des Beals et des Foody (les « acheteurs »). Il s'agissait pour les vendeurs d'un placement relativement peu coûteux dont ils n'espéraient tirer rien de plus qu'un léger

reasonable to infer, they did not expect to expend much energy.

The Sellers received the Buyers' offer to purchase from a Florida real estate agent, a Mr. O'Neill, in August 1984. They had had no prior dealings with Mr. O'Neill. Mrs. Rose Thivy, who worked in a law office and had done some work as a law clerk as well as some title searching and conveyancing, dealt with Mr. O'Neill on behalf of the group. She testified that she asked Mr. O'Neill how he found her telephone number, and he told her that he had searched the County records to find the owners of the lot his clients wanted to buy.

The Buyers' written offer was sent to Mrs. Thivy. She noticed that it erroneously referred to "Lot 1". She assumed that the Buyers were not interested in buying the Sellers' property and that the deal would not proceed. The Sellers did not pursue the matter. Mr. O'Neill then contacted Mrs. Thivy to ask why there had been no response to the offer. Mrs. Thivy pointed out the misidentification of the lot to Mr. O'Neill, who insisted that the Sellers were the registered owners of the lot the Buyers wanted. Mrs. Thivy changed the number on the document to "Lot 2". The Buyers accepted this counteroffer. Subsequently, the Sellers received a deed and other closing documents in the mail. All the documents referred to Lot 2 and not to Lot 1.

In January 1985, Mr. Beals telephoned Mrs. Thivy and complained that he had been sold the wrong lot. Mrs. Thivy told him about her conversation with Mr. O'Neill, and suggested that Mr. Beals resolve the problem with him.

In March 1985, the Sellers received a copy of a pleading initiating an action by the Buyers in a Florida Circuit Court (the "Complaint"). The Complaint stated that it related to "an action for

profit et auquel, peut-on raisonnablement supposer, ils ne s'attendaient pas à consacrer beaucoup d'énergie.

L'offre d'achat des acheteurs a été transmise aux vendeurs, en août 1984, par un agent immobilier de la Floride, un certain M. O'Neill. Les vendeurs n'avaient jamais traité avec M. O'Neill. Madame Rose Thivy, qui travaillait dans un cabinet d'avocats et qui avait accompli certaines tâches à titre de technicienne juridique et effectué des recherches et transferts de titres, a négocié avec M. O'Neill pour le compte du groupe. D'après son témoignage, elle a demandé à M. O'Neill comment il avait obtenu son numéro de téléphone, et celui-ci lui a répondu l'avoir trouvé en cherchant, dans les registres du comté, le nom des propriétaires du terrain que ses clients voulaient acquérir.

L'offre écrite des acheteurs a été envoyée à M^{me} Thivy. Celle-ci a remarqué que l'on y mentionnait par erreur le « lot 1 ». Elle a présumé que les acheteurs n'étaient pas intéressés à acheter le terrain des vendeurs et que la vente n'aurait donc pas lieu. Les vendeurs n'ont pas donné suite. Monsieur O'Neill a alors communiqué avec M^{me} Thivy pour lui demander pourquoi on n'avait pas répondu à l'offre. Madame Thivy a signalé l'erreur de désignation du lot à M. O'Neill, qui a tenu à préciser que les vendeurs étaient les propriétaires inscrits du terrain que les acheteurs voulaient acquérir. Madame Thivy a changé le numéro inscrit sur le document de manière à y lire « lot 2 ». Les acheteurs ont accepté cette contre-offre. Par la suite, les vendeurs ont reçu par la poste un acte et les autres documents requis pour conclure la vente. Tous les documents indiquaient le lot 2 et non le lot 1.

En janvier 1985, M. Beals a téléphoné à M^{me} Thivy pour se plaindre du fait qu'on lui avait vendu le mauvais terrain. Madame Thivy lui a raconté la conversation qu'elle avait eue avec M. O'Neill et lui a suggéré de s'adresser à lui pour régler le problème.

En mars 1985, les vendeurs ont reçu une copie d'un acte introductif d'instance (la « plainte ») déposé par les acheteurs devant une cour de circuit de la Floride. Il y était indiqué qu'il s'agissait d'une

139

140

141

142

damages which exceeds \$5,000”, as was required to give the Circuit Court monetary jurisdiction over the matter, but otherwise did not specify the quantum of damages claimed.

[TRADUCTION] « action en dommages-intérêts supérieurs à 5 000 \$ » — comme cela devait être fait pour que la Cour de circuit ait compétence en la matière —, sans toutefois préciser le montant des dommages-intérêts réclamés.

143 The Complaint alleged that the Sellers had fraudulently induced the Buyers to purchase the wrong lot. The Buyers claimed damages based on the purchase price of the lot, the expenses they had incurred in preparing the lot for construction, and revenue they had lost because they had been unable to build a model home on Lot 1. There were also claims against two other defendants, O’Neill’s Realty and the Buyers’ title insurance company. Attached to the Complaint was the original offer to purchase referring to Lot 1. The contract of purchase and sale referring to Lot 2 was not attached.

Il était allégué dans la plainte que les vendeurs avaient frauduleusement incité les acheteurs à acquérir le mauvais terrain. Les acheteurs réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le prix d’achat du terrain, les dépenses d’aménagement du terrain aux fins de construction et la perte de revenu due à l’impossibilité de construire une maison-témoin sur le lot 1. Ils réclamaient aussi des dommages-intérêts à deux autres défendeurs, à savoir O’Neill’s Realty et la société d’assurance de titres de propriété avec qui ils avaient traité. L’offre d’achat initiale mentionnant le lot 1 était annexée à la plainte, mais non le contrat d’achat mentionnant le lot 2.

144 Mrs. Thivy and Mr. Saldanha both testified that the Sellers had hoped to “rectify the situation” with the Buyers, perhaps by rescinding the transaction and refunding the Buyers’ money. When they received the Complaint, however, they decided to defend the lawsuit. Mrs. Thivy telephoned the Florida court for instructions on procedure and form. She then drafted a defence for all the Sellers to sign, and sent it to the court in Florida. In the defence, the Sellers denied that they had ever represented that they owned Lot 1.

Madame Thivy et M. Saldanha ont tous les deux témoigné que les vendeurs avaient espéré [TRADUCTION] « remédier à la situation » avec les acheteurs en annulant éventuellement la vente et en les remboursant. Toutefois, lorsqu’ils ont reçu la plainte, ils ont décidé de contester. Madame Thivy a téléphoné au tribunal de la Floride pour obtenir des directives sur la procédure à suivre. Elle a ensuite rédigé une défense qu’elle a fait signer par tous les vendeurs et l’a envoyée au tribunal de la Floride. Dans leur défense, les vendeurs n’ont pas fait passer, à quelque moment que ce soit, pour les propriétaires du lot 1.

145 In the fall of 1986, the Sellers received notice that the action in Florida had been voluntarily dismissed, without prejudice. Mr. Saldanha testified that he thought the reason the action had been dismissed was that the facts the Sellers had set out in their defence were dispositive. As he put it, “when it went away I said, ‘Okay, people know the facts, it’s over’.”

À l’automne de 1986, les vendeurs ont reçu un avis les informant que l’action intentée en Floride avait été rejetée sur requête des demandeurs et sous toutes réserves. Monsieur Saldanha a témoigné avoir cru que l’action avait été rejetée parce que les faits énoncés dans la défense des vendeurs étaient concluants. Comme il l’a affirmé, [TRADUCTION] « au moment où cela a cessé, je me suis dit : “bien, ils connaissent les faits, c’est terminé”. »

146 But it was not over. A short time later, the Buyers commenced a second action in the Florida court, and the Sellers received a new Complaint in the mail (the “Amended Complaint”). The Amended Complaint set out essentially the same allegations

Tout n’était cependant pas terminé. Peu après, les acheteurs ont intenté une deuxième action devant le tribunal de Floride et les vendeurs ont reçu une nouvelle plainte par la poste (la « plainte modifiée »). On y trouvait essentiellement les mêmes allégations

as the previous one. A claim for treble damages was added against the Sellers, and the language was somewhat different, alleging that “wilfully false and fraudulent” misrepresentations were made by the Sellers both directly and through Mr. O’Neill. The Amended Complaint also said that the Sellers had “willingly and wilfully” changed the contract of purchase and sale to read “Lot 2”, without informing the Buyers. The damages claimed were spelled out in more detail than before; the Buyers claimed three times the amount they had paid for the land, three times their construction expenses and business losses, rescission of the contract and return of the purchase price, punitive damages, attorney’s fees and court costs. Again, the original offer referring to Lot 1, without the Sellers’ signatures, was attached, but the contract of purchase and sale, and the other closing documents which identified Lot 2 as the property being transferred, were not.

Mrs. Thivy prepared a new defence, which was simply a copy of the old one, and sent it to the Florida court purportedly on behalf of all four defendants. The trial judge accepted the evidence of the Saldanhas, which differed from that of the Thivys on this point, that the Saldanhas chose not to defend the second action and that Mrs. Thivy signed their names to the new defence without their authorization. The Saldanhas therefore did not attorn to the reinstated action, although the Thivys did.

Mr. Saldanha testified that when he and his wife learned of the Amended Complaint, they discussed the matter, and decided that “we were not going to respond to this, because we had already responded”. Mr. Saldanha thought that the resurrection of the action was an error of some kind, because the new complaint “seemed to be the same thing regurgitated again” and, in his view, the Sellers had already informed the Florida court of facts that disproved the regurgitated allegations. At this point, as the trial judge put it, “[g]iven their share of the amount at issue, which they assumed to be one-half of \$8,000 US, [the Saldanhas] decided the game was

que dans la plainte précédente. Dans une demande de dommages-intérêts triples, ajoutée contre les vendeurs et formulée quelque peu différemment, il était allégué que les vendeurs avaient, directement et par l’intermédiaire de M. O’Neill, fait des déclarations inexactes [TRADUCTION] « délibérément fausses et frauduleuses ». La plainte modifiée précisait aussi que les vendeurs avaient « volontairement et délibérément » modifié le contrat d’achat de manière à y lire « lot 2 », et ce, sans en informer les acheteurs. Les dommages-intérêts réclamés étaient plus détaillés qu’auparavant; les acheteurs réclamaient trois fois le montant payé pour le terrain, trois fois le montant de leurs dépenses de construction et pertes d’entreprise, la résiliation du contrat et le remboursement du prix d’achat, des dommages-intérêts punitifs, les honoraires d’avocat et les dépens. Là encore, l’offre initiale mentionnant le lot 1 et non signée par les vendeurs était annexée, mais non le contrat d’achat et les autres documents requis pour conclure la vente qui désignaient le lot 2 comme étant le bien cédé.

Madame Thivy a préparé une nouvelle défense, tout simplement identique à l’ancienne, et l’a envoyée au tribunal de la Floride, apparemment au nom des quatre défendeurs. Le juge de première instance a accepté le témoignage — divergent de celui des Thivy à cet égard — dans lequel les Saldanha affirmaient qu’ils avaient choisi de ne pas contester la deuxième action et que M^{me} Thivy avait signé leur nom sur la nouvelle défense, sans leur autorisation. Les Saldanha n’avaient donc pas acquiescé à la nouvelle action, alors que les Thivy l’avaient fait.

Monsieur Saldanha a affirmé qu’au moment où son épouse et lui ont appris l’existence de la plainte modifiée, ils ont décidé, après discussion, qu’[TRADUCTION] « ils n’y répondraient pas parce qu’ils l’avaient déjà fait ». Monsieur Saldanha a cru que la réintroduction de l’action résultait d’une erreur quelconque, du fait que la nouvelle plainte [TRADUCTION] « semblait réitérer les mêmes allégations » et qu’à son avis, les vendeurs avaient déjà communiqué au tribunal de la Floride des faits réfutant ces allégations. C’est alors, comme l’a affirmé le juge de première instance, que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de leur part du montant en litige,

147

148

not worth the candle, and they would participate no further” ((1998), 42 O.R. (3d) 127, at p. 130).

qu’ils évaluaient à la moitié de 8 000 \$US, [les Saldanha] ont décidé que le jeu n’en valait pas la chandelle et qu’ils n’iraient pas plus loin » ((1998), 42 O.R. (3d) 127, p. 130).

149

The Thivys seem to have come to the same conclusion not long afterwards. After the action was relaunched, the Amended Complaint was amended three times, and the Sellers duly received copies of each new version. The Thivys sent their initial defence to the Florida court, but did not respond to any of the new versions of the Amended Complaint. Mrs. Thivy testified that they decided “just to forget about it” because defending the action would probably cost them just as much as the lawsuit was worth, and because they thought that the Florida courts had no jurisdiction over them.

Les Thivy semblent être arrivés à la même conclusion un peu plus tard. Après la réintroduction de l’action, la plainte modifiée a été modifiée de nouveau à trois reprises et les vendeurs ont dûment reçu copie de chaque nouvelle version. Les Thivy ont envoyé leur défense initiale au tribunal de la Floride, mais n’ont répondu à aucune des autres versions de la plainte modifiée. Madame Thivy a témoigné qu’ils avaient décidé de [TRADUCTION] « simplement tout oublier » parce que, pour contester l’action, ils devraient probablement déboursier autant que le montant réclamé et qu’ils croyaient que les tribunaux de la Floride n’avaient pas compétence à leur égard.

150

The successive versions of the Amended Complaint did not change the allegations against the Sellers in any way. The only changes were to claims against other defendants. Mr. Richard Groner, who acted for the respondents in the litigation in Florida, testified at the Ontario trial as an expert in Florida civil procedure. He testified that, under the applicable rules, each amendment to a complaint requires a response from all the parties on whom it is served, even parties to whom the changes in the pleading have no relevance. Such a party may simply resubmit a copy of his or her earlier defence, or may seek the court’s permission to let the earlier defence stand over, but if these steps are not taken the defence that has already been filed ceases to have any legal effect. Therefore, the result of the Sellers’ failure to respond to new versions of the Amended Complaint was that they were viewed under the Florida rules as not having raised any defence at all. There was nothing in the documents served on the Sellers to notify them that this was a potential consequence of failure to refile their defence.

Les allégations formulées contre les vendeurs sont restées les mêmes dans chacune des versions successives de la plainte modifiée. Seules les demandes présentées contre les autres défendeurs étaient modifiées. Lors du procès en Ontario, M^e Richard Groner, qui avait représenté les intimés au cours de l’instance en Floride, est venu témoigner en qualité d’expert en procédure civile de la Floride. Il a affirmé que, selon les règles applicables, chaque modification apportée à une plainte exige une réponse de toutes les parties à qui elle est signifiée, mêmes celles qui ne sont pas touchées par ces modifications. Les parties peuvent alors simplement produire de nouveau une copie de leur défense antérieure ou encore demander au tribunal la permission de maintenir leur défense antérieure, sans quoi la défense déposée antérieurement perd tout effet juridique. Par conséquent, du fait qu’ils n’avaient pas répondu aux autres versions de la plainte modifiée, les vendeurs étaient considérés, sous le régime des règles de la Floride, comme n’ayant présenté aucune défense. Rien dans les documents qui leur ont été signifiés n’indiquait aux vendeurs que c’était un risque auquel ils seraient exposés s’ils ne déposaient pas de nouveau leur défense.

151

The Sellers received notice of a default hearing on July 25, 1990, but did not attend or respond. In due course, they were noted in default. As a result,

Le 25 juillet 1990, les vendeurs ont reçu un avis d’audience sur défaut, mais ils n’y ont pas répondu et n’ont pas assisté à l’audience. Leur défaut a été

they were deemed to have admitted all the allegations in the Amended Complaint so far as they related to liability. Damages were still a live issue. A hearing was held before a judge and a jury in Florida to assess damages. The Sellers received notice of this hearing, too, but again they did not respond.

We do not know much about what was said in the damages hearing. There is no transcript of that proceeding. Mr. Groner testified that in Florida courts transcripts are not mandatory for civil trials; a reporter is provided at the option of and at the expense of the litigants. In this case, he decided not to incur the expense. There is no record of the judge's instructions to the jury. An expert witness testified on the valuation of the Buyers' business losses. No expert's report was filed. Mr. Groner testified that it is usual in civil litigation in Florida for parties to obtain information about an expert witness's qualifications and proposed testimony through the discovery process. Expert reports are generally not submitted to the court. All that survives to provide some clue as to how a simple \$8,000 land transaction turned into the extraordinary amount now at stake in this appeal is a "Memorandum of Lost Profits Damage" prepared by Mr. Groner, which he submitted to the trial judge in Florida to support his submissions on jury instructions.

In late December 1991, the Sellers received the judgment of the Florida court in the mail. The total amount of the judgment was slightly over \$270,000, of which \$50,000 was punitive damages, with interest set at 12 percent per annum from the date of the judgment, December 12, 1991 (there seems some confusion in the record over the amount awarded, which the trial judge said was \$260,000; the copy of the Florida court's judgment filed in the record is for two amounts which together total \$270,886.57). The Sellers were surprised and dismayed at the size of this amount. Mr. Saldanha testified that at first he

constaté en temps utile. Ils étaient donc considérés comme ayant reconnu le bien-fondé de toutes les allégations ayant trait à la responsabilité dans la plainte modifiée. Cependant, la question des dommages-intérêts se posait toujours. Une audience devant un juge et un jury a eu lieu en Floride en vue d'évaluer les dommages-intérêts. Les vendeurs ont également été avisés de cette audience, mais là encore, ils n'ont pas répondu.

Nous n'en savons pas beaucoup sur ce qui s'est dit à l'audience relative aux dommages-intérêts. Il n'existe aucune transcription des débats de cette audience. Maître Groner a affirmé que, devant les tribunaux de la Floride, les transcriptions ne sont pas obligatoires en matière civile. Toutefois, les parties peuvent retenir, à leurs frais, les services d'un sténographe. En l'espèce, il a décidé de ne pas engager cette dépense. Aucun dossier ne fait état des directives du juge au jury. Un expert a témoigné au sujet de l'évaluation des pertes d'entreprise subies par les acheteurs, mais aucun rapport d'expert n'a été produit. Maître Groner a affirmé que les parties à une instance civile en Floride ont l'habitude de recourir à l'interrogatoire préalable pour obtenir des renseignements sur les qualifications d'un témoin expert et sur le témoignage qu'il compte faire. En général, aucun rapport d'expert n'est soumis au tribunal. Tout ce qui reste pour aider à comprendre comment une simple opération immobilière de 8 000 \$ a pu aboutir au montant exceptionnellement élevé qui est réclamé en l'espèce est le [TRADUCTION] « Mémoire concernant le préjudice causé par la perte de profits » que M^e Groner a préparé et présenté au juge de première instance en Floride pour étayer ses observations sur les directives au jury.

Vers la fin de décembre 1991, les vendeurs ont reçu par la poste le jugement du tribunal de la Floride. Le montant total accordé dans ce jugement était légèrement supérieur à 270 000 \$, dont 50 000 \$ de dommages-intérêts punitifs au taux annuel de 12 pour 100 à compter de la date du jugement, soit le 12 décembre 1991 (il semble régner dans le dossier une certaine confusion au sujet du montant accordé qui, selon le juge de première instance, était de 260 000 \$; la copie du jugement rendu en Floride qui a été versée au dossier fait état de deux montants totalisant 270 886,57 \$). Les

152

153

thought it was a joke. Mrs. Saldanha testified that when she read the number in print “it was like a real blow to the stomach”.

vendeurs ont été surpris et consternés devant l’importance de ce montant. Monsieur Saldanha a témoigné qu’il avait d’abord cru à une blague. Quant à M^{me} Saldanha, elle a déclaré avoir eu [TRADUCTION] « l’impression de recevoir un coup à l’abdomen » en apercevant le chiffre inscrit.

154 The Sellers realized only at this point that the Florida action was not, as they had assumed, a minor dispute that would be more expensive to defend than to lose. They recognized that they needed to seek legal advice immediately. The Thivys and the Saldanhas separately consulted lawyers. They were advised that the judgment would not be enforced in Ontario because the Florida court did not have jurisdiction over them. Acting on this advice, the Sellers did not avail themselves of the various means available to them in the Florida system to challenge the judgment.

Ce n’est qu’à ce moment que les vendeurs se sont rendu compte que l’action intentée en Floride n’était pas, comme ils l’avaient présumé, un différend mineur où le coût d’une contestation dépasserait celui d’un échec. Ils ont immédiatement compris qu’ils avaient besoin de conseils juridiques. Les Thivy et les Saldanha ont, chacun de leur côté, consulté un avocat. Ils se sont fait dire que le jugement ne serait pas exécuté en Ontario parce que le tribunal de la Floride n’avait pas compétence à leur égard. Forts de ce conseil, les vendeurs ne se sont pas prévalus des divers moyens de contester le jugement que le régime juridique de la Floride mettait à leur disposition.

155 Mr. Beals was examined for discovery in the proceedings in Ontario, and his testimony was read in. His deposition in the Florida proceedings was also an exhibit in the Ontario trial. Based on that evidence, the trial judge made findings of fact that included the following:

Monsieur Beals a subi un interrogatoire préalable dans le cadre de l’instance en Ontario et son témoignage a été consigné en preuve. La déposition qu’il a faite dans le cadre de l’instance en Floride a également servi de pièce justificative lors du procès en Ontario. Compte tenu de ces éléments de preuve, le juge de première instance a notamment tiré les conclusions de fait suivantes :

- Mr. Beals signed all the closing documents referring to Lot 2 without reading them.
- Construction of the model home on Lot 1 stopped before the Buyers learned that they had bought the wrong lot. Mr. Beals and Mr. Foody decided to discontinue their business relationship for unrelated reasons, and Mr. Beals bought out his partner’s interest in the company.
- Mr. Beals’s company, Fox Chase Homes, was dissolved before the Florida action was commenced.

- Monsieur Beals a signé, sans les lire, tous les documents requis pour conclure la vente qui mentionnaient le lot 2.
- La construction de la maison-témoin sur le lot 1 a cessé avant même que les acheteurs apprennent qu’ils avaient acquis le mauvais terrain. Messieurs Beals et Foody ont décidé de mettre fin à leur relation d’affaires pour d’autres motifs, et M. Beals a acquis la participation de son associé dans la société.
- La société de M. Beals, la Fox Chase Homes, a été dissoute avant l’introduction de l’action en Floride.

There is no suggestion that these factual findings were in error.

Rien ne semble indiquer que ces conclusions de fait étaient erronées.

156 Mr. David Mulock, a Florida litigator, testified for the appellants as an expert on Florida procedural

Maître David Mulock, un avocat qui exerce devant les tribunaux de la Floride, a témoigné,

and substantive law. He testified that justifiable reliance is one of the essential components of a fraud claim in Florida law. He stated his opinion that reliance by the Buyers on misrepresentations that they were buying Lot 1 could not have been reasonable, because the ownership of land is a matter of public record which can easily be checked, and routinely is checked in any real estate transaction. Mr. Mulock said that the allegations in the Complaint, even if true, were therefore insufficient to support damages for fraud.

Mr. Mulock also testified that when a corporation that has a claim for damages is dissolved, its last directors can pursue the cause of action as long as they indicate in the pleadings that they do so in the capacity of representatives of the corporation. None of the many versions of the Complaint in the Florida action made any reference to Fox Chase Homes.

The trial judge inferred from the contents of the Memorandum of Lost Profits Damage and from the verdict reached by the Florida jury that the jury had not been informed of several key facts: that the decision to stop construction and the winding-up of Fox Chase Homes were unrelated to the mistake in the land transaction; that the corporation that had allegedly suffered business losses was not a party to the action; and that there was a contract of purchase and sale signed by both the Buyers and the Sellers referring to Lot 2. This was the basis for his finding that the jury was deliberately misled and the defence of fraud was made out.

III. The Extension of the “Real and Substantial Connection” Test to Foreign-Country Judgments

A. *The Need for Clarification*

The parties agreed before the trial judge that the Florida court had properly assumed jurisdiction. As a result, it is not strictly necessary to deal with the application of the “real and substantial

au nom des appelants, à titre d’expert en droit procédural et substantiel de la Floride. Il a déclaré que la confiance justifiable est l’un des éléments essentiels d’une allégation de fraude selon le droit de la Floride. Il s’est dit d’avis que les acheteurs n’avaient aucune raison de se fier aux déclarations inexactes selon lesquelles ils achetaient le lot 1, étant donné que le titre de propriété d’un terrain est consigné dans un registre public qui peut facilement être consulté — et l’est systématiquement — dans le cadre d’une opération immobilière. Maître Mulock a ajouté que, par conséquent, même si elles étaient vraies, les allégations contenues dans la plainte ne justifieraient pas l’attribution de dommages-intérêts pour fraude.

Toujours selon M^e Mulock, si la société qui réclame des dommages-intérêts est dissoute, ses derniers administrateurs peuvent faire valoir la cause d’action pourvu qu’ils indiquent, dans leurs actes de procédure, qu’ils le font en qualité de représentants de la société. Aucune des nombreuses versions de la plainte déposée dans le cadre de l’action en Floride ne mentionne la Fox Chase Homes.

Le juge de première instance a inféré du contenu du mémoire concernant le préjudice causé par la perte de profits et du verdict du jury de la Floride que ce dernier n’avait pas été informé de plusieurs faits déterminants : l’arrêt des travaux de construction et la liquidation de la Fox Chase Homes n’étaient pas liés à l’erreur commise dans l’opération immobilière; la société qui aurait subi des pertes d’entreprise n’était pas partie à l’action; le fait que le contrat d’achat signé par les acheteurs et les vendeurs mentionnait le lot 2. C’est ce qui explique sa conclusion que le jury a été délibérément induit en erreur et que le moyen de défense fondé sur la fraude pouvait être invoqué.

III. L’application du critère du « lien réel et substantiel » aux jugements étrangers

A. *Le besoin de clarification*

Les parties ont convenu devant le juge de première instance que le tribunal de la Floride avait eu raison de se déclarer compétent. Pour statuer sur le présent pourvoi, il n’est donc pas vraiment

157

158

159

connection” test to foreign-country judgments to dispose of this appeal. Although the issue is moot between these parties, the Court asked for additional submissions on it. My discussion of the jurisdiction question is more extensive than would ordinarily be necessary in light of the appellants’ concession of this point and of my agreement with Major J. on what the result of the jurisdiction analysis should be in this case. I have set out my views on this issue in detail because the principles that ought to shape the jurisdiction analysis should also inform the interpretation of the defences, on which I disagree with the majority.

nécessaire d’examiner la question de l’application du critère du « lien réel et substantiel » aux jugements étrangers. En dépit du caractère théorique que la question revêt à l’égard des parties au présent litige, la Cour a demandé des observations supplémentaires à ce sujet. Mon analyse de la question de la compétence est donc plus approfondie qu’elle devrait l’être normalement, en raison de la concession des appelants à ce sujet et de mon accord avec l’opinion du juge Major sur ce qui devrait résulter de l’analyse de la compétence en l’espèce. J’ai exposé en détail mon point de vue sur cette question parce que les principes appelés à encadrer l’analyse de la compétence doivent aussi s’appliquer à l’interprétation des moyens de défense à l’égard de laquelle je ne partage pas l’opinion des juges majoritaires.

160 I will follow Major J. in assuming that the relevant laws of other Canadian provinces are substantially the same as those of Ontario. I will be referring to Canada and Ontario interchangeably, except where the context indicates otherwise.

À l’instar du juge Major, je présume que les lois pertinentes des autres provinces canadiennes sont essentiellement les mêmes que celles de l’Ontario. Je renverrai indifféremment au Canada et à l’Ontario, à moins que le contexte exige d’être plus précis.

161 *Morguard*, *supra*, marked the beginning of a new era in Canadian conflicts law, and set out the basic principles and policy objectives underlying that new legal framework. At a practical level, however, it left many questions unanswered. Among them are whether the “real and substantial connection” test applies in international situations, and the precise nature of the connections that support the recognition of jurisdiction. The present appeal is a suitable occasion within which to clarify some of the implications of *Morguard* and to develop its ramifications in the international context. For these reasons, this Court decided to hear submissions on the international application of the test, in the hope of providing some guidance to lower courts on the issues that this case raises although those issues are no longer live between the parties.

L’arrêt *Morguard*, précité, qui a marqué le début d’une nouvelle ère en droit international privé canadien, a énoncé les principes fondamentaux et les objectifs de politique générale qui sous-tendent ce nouveau cadre juridique. En pratique, toutefois, il a laissé maintes questions sans réponse, notamment celle de savoir si le critère du « lien réel et substantiel » s’applique dans un contexte international, et celle de la nature précise des liens justifiant la reconnaissance de compétence. Le présent pourvoi offre ainsi une bonne occasion de clarifier certaines conséquences de l’arrêt *Morguard* et d’expliquer les ramifications de cet arrêt sur le plan international. Pour ces motifs, notre Cour a décidé d’entendre des observations concernant l’application internationale du critère dans l’espoir d’offrir aux tribunaux inférieurs certaines indications sur les questions soulevées en l’espèce, même si elles ne se posent plus à l’égard des parties.

162 Under the approach adopted by the majority, the “real and substantial connection” test applies in the international context just as it does within Canada, and if any unfairness results it may be dealt with

Selon l’approche adoptée par les juges majoritaires, le critère du « lien réel et substantiel » s’applique dans le contexte international exactement de la même façon qu’au Canada et, pour remédier

only by arguing *forum non conveniens* in the foreign forum or invoking defences to the enforcement of the final judgment. My view is different. The jurisdiction test itself should be applied so that the assumption of jurisdiction will not be recognized if it is unfair to the defendant. To do so requires taking into account the differences between the international and interprovincial contexts as well as between the rationales that structure our conflicts law in these two spheres.

B. *Constitutional Imperatives Versus International Comity*

The adoption in *Morguard* of new, liberal and purposive rules governing recognition and enforcement of judgments from one province by the courts of another was based on two underlying rationales: constitutional considerations, particularly the intention of the framers of the Constitution to create an integrated national economy; and considerations of international comity, which La Forest J. held should be evaluated anew “in the light of a changing world order” (p. 1097). While the latter rationale extends to foreign-country judgments, the former does not.

In *Morguard*, La Forest J. emphasized that the integrated character of the Canadian federation makes a high degree of cooperation between the courts of the various provinces a practical necessity. As this Court later confirmed in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, it is a “constitutional imperative”, inherent in the relationship between the units of our federal state, that each province must recognize the properly assumed jurisdiction of another, and conversely that no court in a province can intermeddle in matters that are without a constitutionally sufficient connection to that province. Provided that a court’s assumption of jurisdiction is based on a real and substantial connection to the forum, the matter is within the sphere of provincial authority, and the resulting judgment is entitled to “full faith and credit”, to borrow the

à toute injustice qui peut en résulter, il suffit d’invoquer le principe du *forum non conveniens* devant le tribunal étranger ou d’opposer des moyens de défense à l’exécution du jugement définitif. Je ne partage pas cet avis. Le critère même de la compétence doit s’appliquer pour empêcher la reconnaissance de la déclaration de compétence qui est injuste pour la partie défenderesse. Pour ce faire, il faut tenir compte des différences qui existent entre les contextes international et interprovincial, de même qu’entre les raisonnements qui définissent notre droit international privé à ces deux égards.

B. *Impératifs constitutionnels par opposition à courtoisie internationale*

Deux types de considérations sous-tendent l’adoption, dans l’arrêt *Morguard*, de nouvelles règles libérales et téléologiques en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements d’une province par les tribunaux d’une autre province : des considérations constitutionnelles, en particulier l’intention des rédacteurs de la Constitution de créer une économie nationale intégrée, et des considérations de courtoisie internationale qui, selon le juge La Forest, doivent être réévaluées en fonction des « changements de l’ordre mondial » (p. 1097). Seul le dernier type de considérations s’applique aux jugements étrangers.

Dans l’arrêt *Morguard*, le juge La Forest a souligné que le caractère unifié de la fédération canadienne commande, en fait, une large mesure de coopération entre les tribunaux des diverses provinces. Comme notre Cour l’a confirmé plus tard dans l’arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, un « impératif constitutionnel », inhérent au lien existant entre les éléments qui forment notre État fédéral, veut que chaque province reconnaisse la compétence qu’une autre province déclare avoir à juste titre et, à l’inverse, qu’aucun tribunal d’une province ne puisse s’immiscer dans des affaires qui, sur le plan constitutionnel, n’ont aucun lien suffisant avec la province où il est situé. Pourvu que la déclaration de compétence d’un tribunal repose sur l’existence d’un lien réel et substantiel avec le ressort, l’affaire relève de la compétence provinciale et le jugement

163

164

language of the United States Constitution (Article IV), in all the other provinces.

165

As I observed in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at para. 53, it is clear from the reasoning in both *Morguard* and in *Hunt*, *supra*, “that federalism was the central concern underlying both decisions”. At the same time, *Morguard* left little doubt that the old common law rules were as outdated in the international sphere as they were inappropriate in the interprovincial context. La Forest J. noted that international borders are far more permeable, and international travel and communications much easier, than was the case when the traditional rules were developed in the nineteenth century. Business dealings with residents of other states are both commonplace and essential for any sophisticated modern economy. It is contrary to the interests of a modern state to retain rules of private international law that impede its citizens’ participation in the increasingly integrated world economy. La Forest J. endorsed the view of H. E. Yntema that the rules of private international law ought to “promote suitable conditions of interstate and international commerce” (“The Objectives of Private International Law” (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721, at p. 741, cited in *Morguard*, at p. 1097).

166

Morguard thus strongly suggested that the recognition and enforcement of foreign-country judgments should be subject to a more liberal test informed by an updated understanding of international comity. It is equally clear from a reading of *Morguard* and its progeny that the considerations informing the application of the test to foreign-country judgments are not identical to those that shape conflict rules within Canada. As I observed in *Spar*, *supra*, at para. 51, “it is important to emphasize that *Morguard* and *Hunt* were decided in the context of interprovincial jurisdictional disputes . . . [and that] the specific findings of these decisions cannot easily be extended beyond this context”. See

qui s’ensuit a droit à une « reconnaissance totale » (« *full faith and credit* », pour reprendre l’expression figurant dans la Constitution américaine (article IV)) de la part de toutes les autres provinces.

Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 53, il ressort clairement du raisonnement tenu dans les arrêts *Morguard* et *Hunt*, précités, « que les décisions reposaient essentiellement sur le caractère fédéral du Canada ». En même temps, selon l’arrêt *Morguard*, il n’existe plus guère de doute que les anciennes règles de common law étaient devenues aussi désuètes sur le plan international qu’inappropriées dans le contexte interprovincial. Le juge La Forest a noté que les frontières internationales sont désormais beaucoup plus perméables et que les communications et les déplacements internationaux sont beaucoup plus faciles qu’à l’époque où les règles traditionnelles ont été établies, c’est-à-dire au XIX^e siècle. Les opérations commerciales avec les résidents d’autres pays sont maintenant courantes et essentielles à une économie moderne avancée. Un État moderne n’a pas intérêt à conserver des règles de droit international privé qui empêchent ses citoyens de participer à une économie mondiale de plus en plus intégrée. Le juge La Forest a souscrit au point de vue de H. E. Yntema selon lequel les règles de droit international privé doivent « promouvoir des conditions propices au commerce international » (« The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721, p. 741, cité dans l’arrêt *Morguard*, p. 1097).

L’arrêt *Morguard* laissait donc fortement entendre que la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers doivent être assujetties à un critère plus libéral reposant sur une interprétation actualisée de la courtoisie internationale. Il ressort tout aussi clairement de l’arrêt *Morguard* et de la jurisprudence qui l’a suivi que les considérations qui sous-tendent l’application du critère aux jugements étrangers ne sont pas identiques à celles qui déterminent les règles de droit international privé au Canada. Comme je l’ai fait observer dans l’arrêt *Spar*, précité, par. 51, « il importe de souligner que les arrêts *Morguard* et *Hunt* ont été jugés dans le contexte de conflits de compétence

also *Hunt, supra*, at p. 328. Although constitutional considerations and considerations of international comity both point towards a more liberal jurisdiction test, important differences remain between them.

One of those differences is that the rules that apply within the Canadian federation are “constitutional imperatives”. Comity as between sovereign nations is not an obligation in the same sense, although it is more than a matter of mere discretion or preference. In *Morguard*, La Forest J. adopted the definition of comity stated by the United States Supreme Court in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at pp. 163-64 (cited in *Morguard*, at p. 1096):

“Comity,” in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.

The phrase “international duty and convenience” does not refer to a legally enforceable duty. No super-national legal authority can impose on sovereign states the obligation to honour the principle of comity. Rather, states choose to cooperate with other states out of self-interest, because it is convenient to do so, and out of “duty” in the sense that it is fair and sensible for State A to recognize the acts of State B if it expects State B to recognize its own acts.

The provinces, on the other hand, are constitutionally bound both to observe the limits on their own power to assert jurisdiction over defendants outside the province, and to recognize the properly assumed jurisdiction of courts in sister provinces; for them, this is “a matter of absolute obligation”. This obligation reflects the unity in diversity that

interprovinciaux [. . .] [et que] les conclusions précises de ces arrêts ne peuvent facilement déborder de ce contexte ». Voir également l’arrêt *Hunt*, précité, p. 328. Bien que les considérations constitutionnelles et les considérations de courtoisie internationale laissent entrevoir un critère de compétence plus libéral, d’importantes différences subsistent toutefois entre elles.

L’une de ces différences tient au fait que les règles applicables dans la fédération canadienne représentent des « impératifs constitutionnels ». La courtoisie entre États souverains ne constitue pas une obligation dans le même sens, bien qu’elle ne se réduise pas à une simple question de discrétion ou de préférence. Dans l’arrêt *Morguard*, précité, p. 1096, le juge La Forest a adopté la définition de la courtoisie donnée par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Hilton c. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), p. 163-164 :

[TRADUCTION] La « courtoisie » au sens juridique n’est ni une question d’obligation absolue d’une part ni de simple politesse et de bonne volonté de l’autre. Mais c’est la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois.

L’expression « obligations et [. . .] convenances internationales » ne désigne pas une obligation ayant force exécutoire. Aucune instance judiciaire supranationale ne peut forcer les États souverains à respecter le principe de la courtoisie. Au contraire, des États choisissent de collaborer avec d’autres États par intérêt en ce sens que cela leur convient et par « obligation » en ce sens qu’il est juste et sensé que l’État A, qui s’attend à ce que l’État B reconnaisse ses actes, reconnaisse lui-même les actes de l’État B.

Par ailleurs, une province est constitutionnellement tenue de respecter les limites de son propre pouvoir de se déclarer compétente à l’égard de défendeurs provenant d’une autre province, et de reconnaître la compétence exercée à bon droit par les tribunaux des autres provinces; il s’agit là d’une « obligation absolue » pour les provinces.

167

168

169

is characteristic of our federal state. In *Morguard*, *supra*, this Court acknowledged the shared values of the Canadian justice system which, as we know, fully accepts the relevance and importance of its two great legal systems, common law and civil law. The *Morguard* rule was designed in full awareness that Canada shares two legal systems.

Cette obligation reflète l'unité dans la diversité qui caractérise notre État fédéral. Dans l'arrêt *Morguard*, précité, notre Cour a reconnu de cette manière les valeurs communes du système judiciaire canadien qui, comme nous le savons, reconnaît pleinement l'utilité et l'importance des deux grands régimes juridiques de notre pays, la common law et le droit civil. La règle établie dans l'arrêt *Morguard* tient parfaitement compte de l'existence de deux régimes juridiques au Canada.

170

A further point is that there are significant factual differences between the international and interprovincial contexts that should be reflected in the private international law rules applicable to each. These contextual differences are important because the doctrine of comity should be applied in a context-sensitive manner. The ultimate purpose of rules based on the idea of comity is to “facilitate the flow of wealth, skills and people across state lines in a fair and orderly manner” (*Morguard*, *supra*, at p. 1096). How this purpose is best to be achieved depends on the context in which the rules operate.

En outre, les règles de droit international privé respectivement applicables au contexte international et au contexte interprovincial doivent refléter les différences factuelles importantes qui existent entre ces deux contextes. L'importance de ces différences tient au fait que l'application du principe de la courtoisie doit tenir compte du contexte en présence. Les règles fondées sur la notion de courtoisie visent, en fin de compte, à « faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre » (*Morguard*, précité, p. 1096-1097). La meilleure façon de réaliser cet objectif dépend du contexte dans lequel s'appliquent les règles.

171

A context-sensitive jurisdiction test ought to take into account the difficulty of defending in a foreign jurisdiction and the possibility that the quality of justice there may not meet Canadian standards. Judgments should travel more easily across provincial borders than across international ones, both because of the relative ease of mobility between the provinces and because of the consistent nationwide standards of the Canadian justice system. When a judgment comes from a foreign country, the logistical difficulties of defending in the originating forum may be much greater, and the foreign legal system may be different from those with which Canadians are familiar. Canada is a single country with a fully integrated economy, but the world is not. In *Morguard*, at p. 1095, this Court rightly emphasized that “[m]odern states . . . cannot live in splendid isolation.” But we still do not live in a borderless global village; our modern world is “home to widely varied cultures with radically divergent value systems” (*Yahoo!*,

Un critère de compétence tributaire du contexte doit tenir compte de la difficulté de se défendre dans un ressort étranger et de la possibilité que la qualité de la justice dans ce ressort ne réponde pas aux normes canadiennes. Les jugements doivent traverser les frontières interprovinciales plus facilement que les frontières internationales, tant en raison de la facilité relative de circuler entre les provinces que des normes homogènes du système judiciaire canadien. Lorsqu'un jugement émane d'un pays étranger, il peut se révéler beaucoup plus difficile, sur le plan logistique, de se défendre devant le tribunal qui l'a rendu, sans compter que le régime juridique étranger peut être différent de celui que connaissent les Canadiens et les Canadiennes. Le Canada constitue un seul et même pays doté d'une économie entièrement intégrée, ce qui n'est pas le cas du monde entier. Dans l'arrêt *Morguard*, p. 1095, notre Cour a souligné à juste titre que « [l]es États modernes ne peuvent [. . .] pas vivre dans l'isolement le plus complet. » Toutefois, nous ne vivons

Inc. v. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme, 169 F.Supp.2d 1181 (N.D. Cal. 2001), at p. 1186).

In my view, it follows from the contextual and purpose-driven approach adopted in *Morguard* that the rules for recognition and enforcement of foreign-country judgments should be carefully fashioned to reflect the realities of the international context, and calibrated to further to the greatest degree possible, the ultimate objective of facilitating international interactions. This means that the rule should be far more liberal than the categorical approach that was followed before *Morguard* (and most influentially stated in *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 (C.A.)), but by no means does it follow that it should be as liberal as the interprovincial rule.

The traditional rules impeded cross-border commerce by making it difficult for judgment creditors to obtain effective remedies against defendants resident in other countries, thus undermining the security of transactions. But an excessively generous test would be unduly burdensome for defendants and might discourage persons with assets in Canada from entering into transactions that could eventually get them involved in international disputes. This result, too, would frustrate the purpose of private international law. Ideally, the test should represent a balance designed to create the optimum conditions favouring the flow of commodities and services across state lines. In our enthusiasm to advance beyond the parochialism of the past, we should be careful not to overshoot this goal.

I would conclude that the “real and substantial connection” test should apply to foreign-country judgments, but the connections required before such judgments will be enforced should be specified more strictly and in a manner that gives due weight to the protection of Canadian defendants without disregarding the legitimate interests of foreign claimants.

pas encore dans un village planétaire sans frontières; notre monde moderne [TRADUCTION] « comporte des cultures très différentes et des échelles de valeurs fondamentalement divergentes » (*Yahoo!, Inc. c. Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, 169 F.Supp.2d 1181 (N.D. Cal. 2001), p. 1186).

J'estime que l'approche contextuelle et téléologique adoptée dans l'arrêt *Morguard* commande que les règles applicables en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers reflètent fidèlement les réalités du contexte international et soient le plus possible adaptées à la réalisation de l'objectif final qui est de faciliter les relations internationales. C'est donc dire que la règle applicable doit être beaucoup plus libérale que l'approche par catégorisation suivie avant l'arrêt *Morguard* (et dont l'énoncé le plus influent se trouve dans la décision *Emanuel c. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 (C.A.)), mais il ne s'ensuit aucunement qu'elle doit être aussi libérale que la règle interprovinciale.

Les règles traditionnelles gênaient le commerce transfrontalier en rendant difficile pour les créanciers judiciaires d'obtenir une réparation efficace de la part des défendeurs résidant à l'étranger, ce qui avait pour effet de nuire à la sécurité des opérations. Cependant, un critère trop généreux imposerait aux défendeurs un fardeau excessif et serait susceptible de dissuader les propriétaires de biens situés au Canada d'effectuer des opérations susceptibles de les entraîner dans des litiges internationaux. Ce résultat contrecarrerait lui aussi l'objet du droit international privé. Idéalement, le critère devrait représenter une solution de compromis destinée à créer les conditions les plus propices à la circulation des biens et des services d'un pays à l'autre. Dans notre empressement à mettre de côté le chauvinisme du passé, nous devons prendre soin de ne pas dépasser cet objectif.

Je conclurais que le critère du « lien réel et substantiel » doit s'appliquer aux jugements étrangers, mais que les liens nécessaires à l'exécution de ces jugements doivent être précisés davantage de manière à donner à la protection des défendeurs canadiens toute l'importance qu'elle mérite, sans pour autant négliger les intérêts légitimes des

172

173

174

In my view, this approach is consistent with both the flexible nature of international comity as a principle of enlightened self-interest rather than absolute obligation and the practical differences between the international and interprovincial contexts.

C. The Nature of the Requisite Connecting Factors

175 The “real and substantial connection” test is simply a way of asking whether it was appropriate for the originating forum to take jurisdiction over the matter. If the originating court is an appropriate forum, then it is reasonable to expect the defendant to defend his interests there and to live with the consequences if he decides not to do so. Conversely, if it is not reasonable in the circumstances to expect the defendant to go to the originating court, then it was probably not appropriate for it to take jurisdiction. I would also emphasize at the outset that the requirement that the originating court act “with properly restrained jurisdiction” was expressly recognized by La Forest J. as a means of ensuring fairness to the defendant (*Morguard, supra*, at p. 1103).

176 In my view, it is important to take into account the burdens that defending in the foreign forum would impose on a defendant, in order to determine whether it is reasonable to expect the defendant to accept them. Among the factors that affect the onerousness of defending in a foreign forum are the difficulty and expense of travelling there and the juridical disadvantage that the defendant may face as a result of differences between the foreign legal system and our own. In *Morguard, supra*, this Court recognized the unfairness of forcing a plaintiff to bring an action in the place where the defendant now resides, “whatever the inconvenience and costs this may bring” (p. 1103). Correlatively, defendants should not be compelled to defend in the jurisdiction of the plaintiff’s choosing regardless of the inconvenience and expense entailed; all of these factors

demandeurs étrangers. Selon moi, cette approche reste compatible avec la nature souple de la courtoisie internationale en tant que principe d’individualisme constructif et non en tant qu’obligation absolue, et avec les différences concrètes qui existent entre le contexte international et le contexte interprovincial.

C. La nature des liens requis

Le critère du « lien réel et substantiel » correspond simplement à une façon de se demander s’il convenait que le tribunal ayant rendu le jugement dont on demande l’exécution (le « tribunal d’origine ») se déclare compétent en la matière. Si le tribunal d’origine est compétent, il devient alors raisonnable de s’attendre à ce que le défendeur aille y défendre ses intérêts et à ce qu’il subisse les conséquences d’une décision de ne pas le faire. À l’inverse, si, dans les circonstances, il n’est pas raisonnable de s’attendre à ce que le défendeur se présente devant le tribunal d’origine, il ne convenait alors probablement pas que ce tribunal se déclare compétent. Je tiens également à souligner, au départ, que le juge La Forest a expressément reconnu que la condition que le tribunal d’origine agisse « avec retenue dans l’exercice de sa compétence » est un moyen de garantir l’équité envers le défendeur (*Morguard, précité*, p. 1103).

À mon avis, il importe de tenir compte du fardeau que la présentation d’une défense devant le tribunal étranger imposerait au défendeur, afin de déterminer s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il accepte de s’en acquitter. Parmi les facteurs qui peuvent rendre onéreuse la présentation d’une défense devant un tribunal étranger, on retrouve la difficulté et les dépenses liées à la nécessité de se déplacer, ainsi que le désavantage que le défendeur peut subir sur le plan juridique en raison de différences entre le régime de droit étranger et le nôtre. Dans l’arrêt *Morguard, précité*, notre Cour a reconnu qu’il est injuste de forcer un demandeur à intenter une action dans le ressort où réside présentement le défendeur « quels que soient les inconvénients et le coût que cela puisse entraîner » (p. 1103). Logiquement, les défendeurs ne devraient donc pas être contraints

should be taken into account by the court in arriving at a solution that justly accommodates the legitimate interests of both parties.

One question left open in *Morguard* was exactly what must be connected to the forum to satisfy the “real and substantial connection” test. At various points, La Forest J. refers to “significant contacts with the subject-matter of the action” (p. 1103), “contacts . . . to the defendant or the subject-matter of the suit” (p. 1103), “a nexus . . . between the subject-matter of the action and the territory where the action is brought” (p. 1104), a “connection between the damages suffered and the jurisdiction”, and a “connection with the transaction or the parties” (p. 1108) (see J. Blom, “Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*” (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 733; G. D. Watson and F. Au, “Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from *Morguard*” (2000), 23 *Advocates’ Q.* 167, at p. 200).

The justification for requiring a defendant to go to the foreign forum is generally strongest when there is a link to the defendant. If the defendant has become involved in activities in the jurisdiction, or in activities with foreseeable effects in the jurisdiction, it is hardly reasonable for her to claim that she should be shielded from the process of that jurisdiction’s courts. This reasoning is reflected in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, a case relied on in *Morguard*. In *Moran* it was held that, in a products liability tort case, the place where the victim suffered damages could assume jurisdiction over a foreign defendant manufacturer who knew or ought to have known that the defective product “would be used or consumed where the plaintiff used or consumed it” — i.e., if there was an indirect but substantial connection between the defendant and the forum (*Moran, supra*, at p. 409, cited in *Morguard*, at p. 1106).

à se défendre dans le ressort choisi par le demandeur, sans égard aux inconvénients et aux coûts que cela peut occasionner. Le tribunal devrait ainsi prendre en considération tous ces facteurs afin d’arriver à une solution équitable qui tienne compte des intérêts légitimes des deux parties.

L’arrêt *Morguard* a laissé sans réponse la question de la nature exacte du lien qui doit exister avec le ressort pour que le critère du « lien réel et substantiel » soit respecté. À différentes occasions, le juge La Forest parle du ressort « qui avait [. . .] des liens substantiels avec [l’objet de l’action] » (p. 1103), « du lien [. . .] avec le défendeur ou l’objet de l’action » (p. 1103), du « lien entre l’objet de l’action et le ressort où l’action est intentée » (p. 1104), du « lien [. . .] entre le préjudice subi et le ressort » et du « lien avec l’opération ou les parties » (p. 1108) (voir J. Blom, « Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Real and Substantial Connection : *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye* » (1991), 70 *R. du B. can.* 733; G. D. Watson et F. Au, « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates’ Q.* 167, p. 200).

En général, l’existence d’un lien avec le défendeur est la meilleure raison de l’obliger à se présenter devant le tribunal étranger. Le défendeur qui a participé à des activités dans le ressort concerné ou à des activités qui ont des effets prévisibles dans ce dernier ne saurait raisonnablement prétendre qu’il doit être soustrait à la compétence de ses tribunaux. L’arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, invoqué dans *Morguard*, illustre ce raisonnement. La Cour y a décidé que, dans une affaire de responsabilité délictuelle du fabricant, le tribunal de l’endroit où la victime avait subi un préjudice pouvait se déclarer compétent à l’égard d’un fabricant défendeur étranger qui savait ou aurait dû savoir que le produit défectueux « serait utilisé ou consommé à l’endroit où le demandeur l’a effectivement utilisé ou consommé » — c’est-à-dire s’il existait un lien indirect mais substantiel entre le défendeur et le ressort en question (*Moran, précité*, p. 409, cité dans *Morguard*, p. 1106).

177

2003 SCC 72 (CanLII)

178

179

But there may be good reasons why jurisdiction should be recognized even where there is little or no connection to the defendant, particularly when other considerations, such as fairness to the plaintiff and the importance of administering the justice system in an efficient manner, are taken into account along with the interests of the defendant. It is not unusual for cross-border litigation to arise out of complex transactions involving a number of parties with connections to several jurisdictions. Watson and Au, *supra*, point out, at p. 200, that when litigation involves “multiple defendants in different jurisdictions, insisting on a substantial connection between each defendant and the forum can lead to a multiplicity of actions and inconsistent findings”. In such circumstances, a test that recognizes jurisdiction based on a connection to the subject matter of the action seems better suited to identifying whether the forum is a reasonable place for the action to be heard.

180

Moreover, the Canadian Constitution does not mandate that the jurisdiction test provide a minimum level of procedural protection to the defendant, regardless of other factors (see Watson and Au, *supra*, at p. 180). In this respect, Canada’s Constitution can be contrasted with that of the United States. In the U.S., defendants are protected by the due process clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments, which expressly provide that a person cannot be deprived of property without due process of law. Because the defendant in a civil case stands to be deprived of property by an adverse judgment, the court’s jurisdiction will not be recognized unless it accords with the defendant’s due process rights — a requirement which has been interpreted to mean that there must be certain minimum connections between the defendant and the forum. By contrast, in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, due process is enshrined in s. 7, which protects “life, liberty and security of the person”, but not property rights. As a general rule, the defendant’s life, liberty and security of the person are unaffected by the outcome of civil litigation. In Canada, therefore, the defendant’s individual constitutional rights are not the starting point for jurisdictional analysis as they are in the U.S. — nor, indeed,

De bonnes raisons de reconnaître la compétence peuvent se présenter même dans le cas où il existe peu de liens, voire aucun, avec le défendeur, en particulier lorsque d’autres facteurs, telles l’équité envers le demandeur et l’importance de gérer efficacement le système judiciaire, sont pris en compte en même temps que les intérêts du défendeur. Un litige transfrontalier résulte souvent d’opérations complexes mettant en cause un certain nombre de parties ayant des liens avec plusieurs ressorts. Watson et Au, *loc. cit.*, p. 200, soulignent que, dans le cas où un litige met en cause [TRADUCTION] « maints défendeurs dans différents ressorts, l’exigence d’un lien substantiel entre chaque défendeur et le ressort en question peut contribuer à multiplier les actions et mener ainsi à des conclusions contradictoires ». En pareil cas, le critère qui reconnaît la compétence fondée sur l’existence d’un lien avec l’objet de l’action semble mieux répondre à la question de savoir si le ressort en question est un endroit raisonnable pour instruire l’action.

En outre, la Constitution canadienne n’exige pas que le critère de compétence assure au défendeur un minimum de protection procédurale indépendamment des autres facteurs (voir Watson et Au, *loc. cit.*, p. 180). À cet égard, la Constitution canadienne peut se comparer à celle des États-Unis. Aux États-Unis, les défendeurs sont protégés par les dispositions des cinquième et quatorzième amendements relatives à l’application régulière de la loi, qui prévoient expressément que nul ne peut être privé de ses biens sans application régulière de la loi. Étant donné qu’en matière civile le défendeur risque d’être privé d’un bien à la suite d’un jugement défavorable, la compétence du tribunal ne sera reconnue que si elle respecte les droits du défendeur à l’application régulière de la loi — une exigence interprétée comme signifiant qu’il doit exister au moins certains liens entre le défendeur et le ressort en question. Par contre, dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit à l’application régulière de la loi est consacré à l’art. 7 qui garantit le droit de chacun « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », mais non le droit de propriété. En général, l’issue d’un litige civil n’a aucune incidence sur la vie, la liberté et la sécurité du défendeur. Par conséquent, au Canada, les droits constitutionnels qu’un

would s. 7 rights usually be relevant to jurisdictional issues in civil disputes, although it is possible that there may be situations where fundamental interests of the defendant are implicated and s. 7 could come into play.

A broad interpretation of the “real and substantial connection” test, whereby the test may be satisfied even in the absence of a connection to the defendant, seems appropriate given both our constitutional arrangements and the ultimate objective of facilitating the flow of goods and services across borders. Jurisdiction should be acknowledged as proper where the forum was a reasonable place to hear the action, taking into account all the circumstances, including judicial efficiency and the legitimate interests of both parties. At the same time, it should not be forgotten that the jurisdiction test is a safeguard of fairness to the defendant.

The test should ensure that, considering the totality of the connections between the forum and all aspects of the action, it is not unfair to expect the defendant to litigate in that forum. It does not follow that there necessarily has to be a connection between the defendant and the forum. There are situations where, given the other connections between the forum and the proceeding, it is a reasonable place for the action to be heard and the defendant can fairly be expected to go there even though he personally has no link at all to that jurisdiction.

D. Balancing Hardship to the Defendant Against the Strength of the Connections

The approach outlined above suggests that when a court is asked to recognize and enforce a foreign judgment, and questions whether the originating court’s jurisdiction was properly restrained, it should inquire into the connections between the forum and all aspects of the action, on the one hand, and the hardship that litigation in the foreign forum would impose on the defendant, on the other. The

défendeur possède à titre individuel ne servent pas de point de départ à une analyse de la compétence, contrairement à la situation aux États-Unis, — en fait, pas plus que les droits garantis par l’art. 7 sont généralement pertinents relativement aux questions de compétence soulevées en matière civile, quoiqu’il puisse survenir des cas où les intérêts fondamentaux du défendeur sont en cause et où l’art. 7 entre alors en jeu.

Une interprétation large du critère du « lien réel et substantiel », qui permet de satisfaire au critère même en l’absence d’un lien avec le défendeur, semble appropriée compte tenu de nos arrangements constitutionnels et de l’objectif final qui est de faciliter la circulation transfrontalière des biens et des services. On doit alors reconnaître la compétence d’un ressort, lorsque celui-ci est un endroit raisonnable pour instruire l’action, compte tenu de l’ensemble des circonstances, notamment de l’efficacité du système judiciaire et des intérêts légitimes des deux parties. En même temps, il ne faut pas oublier que le critère de compétence demeure une garantie d’équité envers le défendeur.

Ce critère devrait contribuer à assurer que, compte tenu de l’ensemble des liens entre le ressort et tous les aspects de l’action, il n’est pas déraisonnable de s’attendre à ce que le défendeur y plaide. Il ne s’ensuit pas nécessairement qu’un lien doit rattacher le défendeur au ressort. En effet, il arrive qu’en raison de ses autres liens avec l’instance, le ressort soit un endroit raisonnable pour instruire l’action et que l’on puisse alors raisonnablement s’attendre à ce que le défendeur s’y rende même si, personnellement, il n’a absolument aucun lien avec ce ressort.

D. L’évaluation des difficultés causées au défendeur en fonction de la solidité des liens qui existent

Selon l’approche exposée ci-haut, le tribunal saisi d’une demande de reconnaissance et d’exécution d’un jugement étranger, qui se demande si le tribunal d’origine a agi avec retenue dans l’exercice de sa compétence, doit examiner les liens qui existent entre le ressort et tous les aspects de l’action, d’une part, et les difficultés que causerait au défendeur un procès dans le ressort étranger, d’autre part. Il s’agit

181

182

183

question is how real and how substantial a connection has to be to support the conclusion that the originating court was a reasonable place for the action to be heard. The answer is that the connection must be strong enough to make it reasonable for the defendant to be expected to litigate there even though that may entail additional expense, inconvenience and risk. If litigating in the foreign jurisdiction is very burdensome to the defendant, a stronger degree of connection would be required before the originating court's assumption of jurisdiction should be recognized as fair and appropriate.

184

In some respects, this formulation of the jurisdiction test might overlap with the doctrine of *forum non conveniens*, although it is not exactly the same. Certain considerations, such as juridical disadvantage to a defendant required to litigate in the foreign forum, are relevant to both inquiries. When the issue is jurisdiction, however, the court should restrict itself to asking whether the forum was a reasonable place for the action to be heard, and should not inquire into whether another place would have been more reasonable.

185

There is an important difference between the inquiry conducted by a court assuming jurisdiction at the outset of the action and the test applied by a court asked to recognize and enforce a judgment at the end. In the former case, two steps are involved: the court must first determine that it has a basis for jurisdiction, and if it does it must go on to decide whether it should nevertheless decline to exercise that jurisdiction because another forum is clearly more appropriate for the hearing of the action. In the latter case of a receiving court, only the first step in this inquiry is relevant. Provided that the originating court had a reasonable basis for jurisdiction, the defendant had its chance to appear there and argue *forum non conveniens*, and cannot question the originating court's decision on that issue in the receiving court.

de déterminer à quel point le lien doit être réel et substantiel pour que l'on puisse conclure que le tribunal d'origine était un endroit raisonnable pour instruire l'action. La réponse est que le lien doit être assez solide pour que l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce que le défendeur aille plaider devant ce tribunal malgré les dépenses supplémentaires, les inconvénients et le risque que cela peut lui occasionner. Dans le cas où il deviendrait très onéreux pour le défendeur de plaider dans le ressort étranger, la reconnaissance du caractère juste et approprié de la déclaration de compétence du tribunal d'origine exige la démonstration de l'existence d'un lien plus solide.

À certains égards, cette formulation du critère de compétence est susceptible de recouper le principe du *forum non conveniens*, bien qu'elle ne coïncide pas exactement avec la teneur de celui-ci. Certains facteurs, comme le désavantage juridique dont est l'objet le défendeur tenu de plaider dans le ressort étranger, sont pertinents dans les deux cas. Toutefois, lorsque la compétence est en cause, le tribunal doit se demander uniquement si le ressort en question représente un endroit raisonnable pour instruire l'action et non s'il aurait été plus raisonnable de l'instruire ailleurs.

Il existe une différence importante entre la recherche que le tribunal d'origine effectue pour se déclarer compétent au début de l'action, et le critère qu'applique, à la fin, le tribunal saisi d'une demande de reconnaissance et d'exécution du jugement rendu (le « tribunal saisi »). Dans le premier cas, la recherche comporte deux étapes : le tribunal doit commencer par se demander s'il a une raison de se déclarer compétent et, dans l'affirmative, il doit ensuite décider s'il y a néanmoins lieu de refuser de l'exercer parce qu'un autre tribunal est manifestement plus compétent pour instruire l'action. Dans le cas du tribunal saisi, seule la première étape s'avère pertinente. Pour autant que le tribunal d'origine ait eu un motif raisonnable de se déclarer compétent, le défendeur — qui avait la possibilité de comparaître devant lui et d'invoquer le principe du *forum non conveniens* — ne peut pas contester devant le tribunal saisi la décision rendue à ce sujet par le tribunal d'origine.

Nevertheless, the receiving court is not bound to agree with the originating court's opinion that it had a reasonable basis on which to assume jurisdiction. If the connections to the originating forum are tenuous or greatly outweighed by the hardship imposed on the defendant forced to litigate there, the receiving court may conclude that it was not even a reasonable place for the action to be heard. It is no good to say that the defendant should have raised the question of hardship by arguing *forum non conveniens* before the foreign court. If it is unfair to expect the defendant to litigate on the merits in the foreign jurisdiction, it is probably unfair to expect the defendant to appear there to argue *forum non conveniens*.

E. *The Application of the Test in the Canadian and International Contexts*

A test which balances hardship to the defendant (with due regard to the interests of the plaintiff) against the factors connecting the action to the forum — including links to either party or any other aspect of the action — leads to a very generous approach to the recognition and enforcement of judgments originating in other Canadian provinces. The reason for this is that the hardship imposed on a defendant who has to appear in another province within the Canadian federation will generally be minimal and will usually be outweighed by a genuine connection between the forum and the defendant, the subject-matter of the action or the damages suffered — all of which are invoked as bases of jurisdiction in provincial service *ex juris* statutes and in the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, and each of which, as I noted in *Spar*, *supra*, at para. 56, appears to be an example of a real and substantial connection.

Litigation outside the defendant's home forum may entail a number of burdens, which vary depending on the context. Those burdens potentially include the expense and inconvenience of

Néanmoins, le tribunal saisi n'est pas tenu de souscrire à l'opinion du tribunal d'origine selon laquelle il avait un motif raisonnable de se déclarer compétent. Si les liens avec le tribunal d'origine sont ténus ou largement dépassés par l'importance des difficultés que connaît le défendeur forcé de plaider devant lui, le tribunal saisi peut conclure qu'il ne s'agissait même pas d'un endroit raisonnable pour instruire l'action. On ne saurait se contenter d'affirmer que le défendeur aurait dû soulever la question des difficultés en invoquant le principe du *forum non conveniens* devant le tribunal étranger. S'il est déraisonnable de s'attendre à ce que le défendeur plaide sur le fond dans le ressort étranger, il demeure probablement tout aussi déraisonnable de s'attendre à ce qu'il aille y invoquer le principe du *forum non conveniens*.

E. *Application du critère dans les contextes canadien et international*

Un critère consistant à soupeser les difficultés du défendeur (en tenant dûment compte des intérêts du demandeur) en fonction des facteurs qui rattachent l'action au ressort — y compris les liens avec l'une ou l'autre des parties ou avec tout autre aspect de l'action — mène à une approche très libérale en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements émanant d'autres provinces canadiennes. Un tel résultat s'explique par le fait que les difficultés que connaît le défendeur tenu de comparaître dans une autre province de la fédération canadienne se révèlent généralement minimales et habituellement plus que compensées par l'existence d'un lien véritable entre le ressort et le défendeur, l'objet de l'action ou le préjudice subi. Un tel lien justifie, dans chaque cas, une déclaration de compétence selon les lois provinciales relatives à la signification *ex juris* et selon le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, et, comme je l'ai noté dans l'arrêt *Spar*, précité, par. 56, paraît constituer un exemple de lien réel et substantiel.

Un litige à l'extérieur du ressort du défendeur peut imposer à celui-ci un certain nombre de fardeaux variant en fonction du contexte. Ces fardeaux peuvent comprendre les dépenses et les

186

187

188

travelling, the need to obtain legal advice in the foreign jurisdiction, the perils of navigating an unfamiliar legal system whose substantive and procedural rules may be quite different from those that apply in the defendant's home jurisdiction, and even the possibility that the foreign court may be biased against foreign defendants or generally corrupt.

189 Within Canada, most of these problems do not arise. It is true that physical distances within this country can be significant, and the expense and inconvenience to a defendant in Newfoundland who is required to litigate in British Columbia, for example, would not be inconsiderable. As a rule, however, the distances involved are manageable for citizens of a modern country with an efficient transportation infrastructure. In any event, it may not be necessary for the defendant to go to the jurisdiction in person. Given the relative ease of travel and communications today, it is usually not an extraordinary burden to litigate in another Canadian province.

190 More importantly, there is very little concern that the defendant will be at a disadvantage because she is not familiar with the legal system in the other province, and still less that the legal systems applied in Canada will actually treat her unfairly. As La Forest J. pointed out in *Morguard*, *supra*, there can be no genuine concern about "differential quality of justice among the provinces" (p. 1100). Indeed, *Morguard* establishes that the Canadian justice system should be understood as an integrated whole. Differences exist in both procedural and substantive matters, but the same basic values apply across the country, and our judicial system is basically unitary. Excessive discrepancies between the provinces will tend to become harmonized under the guidance of the federally appointed judiciary and the overall superintending authority of the Supreme Court of Canada. Furthermore, interprovincial law firms have become commonplace and lawyers across the country

inconvenients liés à la nécessité de se déplacer, la nécessité d'obtenir des conseils juridiques dans le ressort étranger, les risques liés à la nécessité de se débrouiller dans un régime juridique que l'on connaît mal et dont les règles substantielles et procédurales peuvent être fort différentes de celles qui s'appliquent dans le ressort du défendeur, et même la possibilité que le tribunal étranger conserve un parti pris contre les défendeurs étrangers ou qu'il soit généralement corrompu.

Au Canada, la plupart de ces problèmes ne se posent pas. Certes, dans notre pays, les distances à parcourir peuvent être grandes et les dépenses et les inconvenients occasionnés, par exemple, au défendeur de Terre-Neuve appelé à aller plaider en Colombie-Britannique ne seraient pas négligeables. En règle générale, toutefois, les distances en cause sont surmontables pour les citoyens d'un pays moderne doté d'une infrastructure de transport efficace. Quoi qu'il en soit, il se peut que le défendeur n'ait pas à se rendre personnellement dans le ressort en question. Vu la facilité relative avec laquelle il est possible de se déplacer et de communiquer de nos jours, l'obligation de plaider dans une autre province canadienne ne constitue généralement pas un fardeau démesuré.

Qui plus est, on se préoccupe très peu de la possibilité que le défendeur soit désavantagé par sa mauvaise connaissance du régime juridique de l'autre province, et encore moins de celle que les régimes juridiques en vigueur au Canada lui réservent un traitement inéquitable. Comme le juge La Forest l'a souligné dans l'arrêt *Morguard*, précité, p. 1100, toute crainte de « différence de qualité de justice d'une province à l'autre » ne saurait être vraiment fondée. En fait, l'arrêt *Morguard* établit que le système judiciaire canadien doit être perçu comme un tout. Il existe des différences sur les plans de la procédure et du fond, mais les mêmes valeurs fondamentales s'appliquent partout au pays, et notre système judiciaire est essentiellement unitaire. Les juges nommés par le gouvernement fédéral et le pouvoir général de surveillance de la Cour suprême du Canada contribuent à aplanir les disparités démesurées qui peuvent exister d'une province à l'autre. En outre, les cabinets d'avocats multiprovinciaux

are required to abide by the same ethical standards (*Morguard*, at p. 1100).

It follows that the assumption of jurisdiction by a sister province, provided that it does not exceed the province's constitutional authority over property, civil rights and the administration of justice in the province and is not prompted by unfair forum-shopping tactics on the plaintiff's part, should be entitled to full recognition and enforcement throughout Canada. A connection to the subject matter of the action should usually suffice to meet the "real and substantial connection" test.

Exceptions may arise in cases where litigation away from home would involve travel of a particularly arduous nature for the defendant (which might arise, for example, where the defendant resides in the far north) and, at the same time, the connections to the forum are not especially strong (an example might be a case where all the facts giving rise to the cause of action took place outside the jurisdiction and the only connection is that the plaintiff has suffered damages there). Absent such exceptional circumstances, grounds such as a wrong committed in the jurisdiction or damages suffered there would probably support the assumption of jurisdiction by the province in accordance with the requirements of order and fairness.

A judgment which comes to a Canadian court from beyond our international borders is another matter altogether. The distances involved and the difficulty of travelling can be considerably greater when litigation is in a foreign country, and a Canadian defendant faced with a lawsuit outside this country will have to deal with an unfamiliar, and in some cases a very different, legal system.

In extreme cases, the foreign legal system itself may be inherently unfair. It is an unfortunate fact that not every country's courts are free of official corruption or systemic bias. In my opinion, it is to this possibility that La Forest J. alluded when he specified that "fairness to the defendant requires that the judgment be issued by a court acting through fair

sont désormais un phénomène courant et les mêmes normes de déontologie s'appliquent à tous les avocats exerçant au Canada (*Morguard*, p. 1100).

Il y a donc lieu de reconnaître la déclaration de compétence d'une autre province et de lui donner pleinement effet partout au Canada, pourvu qu'elle n'excède pas les pouvoirs que la Constitution attribue à cette province relativement à la propriété, aux droits civils et à l'administration de la justice sur son territoire, et qu'elle ne résulte pas d'une stratégie de recherche du tribunal le plus favorable adoptée par le défendeur. Un lien avec l'objet de l'action devrait normalement suffire pour assurer le respect du critère du « lien réel et substantiel ».

Des exceptions à ce principe peuvent survenir dans les cas où, pour aller plaider loin de chez lui, le défendeur devrait effectuer un déplacement particulièrement pénible (ce qui serait notamment le cas d'un résident du Grand Nord) et où, en même temps, les liens avec le ressort ne sont pas très solides (lorsque, par exemple, tous les faits à l'origine de la cause d'action sont survenus en dehors du ressort et où le seul lien qui existe tient au fait que le demandeur y a subi un préjudice). En dehors de ces circonstances exceptionnelles, des motifs tels que la faute commise dans le ressort où le préjudice a été subi permettraient vraisemblablement à la province de se déclarer compétente, tout en respectant les exigences d'ordre et d'équité.

Il en va tout autrement lorsqu'un tribunal canadien est saisi d'un jugement rendu à l'étranger. Les distances à parcourir et la difficulté de se déplacer peuvent être beaucoup plus grandes dans le cas d'un litige à l'étranger, et le défendeur canadien qui fait l'objet de poursuites intentées à l'extérieur du Canada se voit alors confronté avec un régime juridique qu'il connaît mal et qui, dans certains cas, est fort différent.

Dans les pires cas, il se peut que le régime juridique étranger lui-même soit foncièrement inéquitable. Malheureusement, les tribunaux qui existent dans le monde ne soient pas tous exempts de corruption officielle ou de partialité systémique. À mon avis, le juge La Forest faisait allusion à cette possibilité lorsqu'il a précisé que « l'équité envers

191

192

193

194

process and with properly restrained jurisdiction” (*Morguard*, at p. 1103 (emphasis added)). If the process that led to the judgment was unfair in itself, it is not fair to the defendant to enforce that judgment in any circumstance, even if the forum has very strong connections to the action and appears in every other respect to be the natural place for the action to be heard.

le défendeur exige que le jugement soit rendu par un tribunal qui agit avec équité et avec retenue dans l’exercice de sa compétence » (*Morguard*, p. 1103 (je souligne)). Lorsque la procédure suivie pour rendre le jugement en cause était inéquitable en soi, il devient alors injuste d’imposer au défendeur l’exécution du jugement dans tous les cas, même si des liens très solides rattachent l’action au ressort et si ce dernier paraît être, à tous autres égards, l’endroit logique pour l’instruction de l’instance.

195 It should therefore be part of the plaintiff’s burden in establishing a *prima facie* case of enforceability to prove that the system from which the judgment came is basically fair. When the originating jurisdiction is another democratic country with fair institutions, this burden will be easily met and may call for nothing more than reliance on judicial notice that the judgment emanates from a legitimate and respected legal system.

Donc, en s’acquittant de l’obligation d’établir une preuve *prima facie* de la force exécutoire, le demandeur doit notamment démontrer le caractère foncièrement équitable du régime juridique d’où émane cette décision. Lorsque le ressort d’origine est un autre pays démocratique doté d’institutions équitables, cette obligation s’exécute facilement et peut simplement se réduire à une reconnaissance d’office que le jugement provient d’un régime juridique légitime et respecté.

196 A less troubling but more common situation arises when there is nothing inherently wrong with the foreign legal system, but it is different enough from ours that a Canadian defendant may encounter considerable difficulties understanding her rights and obligations and the steps she needs to take to defend herself. To take a simple example, a defendant from a Canadian common law province may find a civilian system such as that of France or Germany quite unfamiliar. Continental legal systems are, of course, just as fair and sophisticated as the legal system of Ontario. The fact remains that an Ontario defendant who is used to a very different system may suffer prejudice as a result of the foreign system’s unfamiliarity. Such a defendant cannot hope to protect herself unless she retains local counsel who can both negotiate the process on her behalf and explain it to her in a language she knows. It is not a simple thing to find trustworthy, competent, bilingual counsel in a foreign country; nor is it cheap. The plaintiff, who chose the forum, will presumably not face these difficulties, and therefore the parties will not be on a level playing field. (Conversely, the plaintiff would face the same kind of disadvantage if required to come to Ontario to pursue his case; it is

Il survient des situations moins préoccupantes, mais plus fréquentes, où le régime juridique étranger n’a rien de foncièrement mauvais, mais diffère suffisamment du nôtre pour qu’un défendeur canadien éprouve des difficultés considérables à comprendre la nature de ses droits et obligations et celle des mesures qu’il doit prendre pour se défendre. Par exemple, il se peut qu’un défendeur provenant d’une province de common law canadienne connaisse très mal un régime de droit civil comme celui de la France ou de l’Allemagne. Les régimes juridiques européens sont, bien sûr, aussi équitables et perfectionnés que le régime juridique de l’Ontario. Il reste qu’un défendeur ontarien, habitué à un régime très différent, peut subir un préjudice en raison de sa mauvaise connaissance du régime étranger. Ce défendeur ne peut espérer se défendre qu’en retenant les services d’un avocat de l’endroit qui pourra négocier la procédure en son nom et la lui expliquer dans des mots qu’il connaît. Trouver un avocat bilingue, compétent et fiable dans un pays étranger exige des efforts souvent importants et des dépenses considérables. Le demandeur, qui a choisi le ressort, ne connaîtra vraisemblablement pas ces

in the nature of international litigation that one party or the other must accept the hardship of litigation in a foreign jurisdiction. The touchstone for an enforcing court in reaching a fair decision as to which of them should bear this burden is the strength of the connections between the action and the originating jurisdiction.)

Even legal systems that are relatively similar to Canada's can differ from our system significantly, and in ways that affect a Canadian defendant's ability to make his case effectively and to understand the strengths and weaknesses of his position. The common law system in the United States remains very close in many respects to that of Canada. Yet this action itself provides numerous examples of substantive and procedural differences between the legal system in Florida and that of Ontario which created unforeseen perils for the Ontario defendants. Those differences include the following:

- Discovery in Florida is even broader in scope than it is in Ontario, and some of the functions of pleadings in Ontario are left to the discovery process. The record in this case indicates that it is standard practice for pleadings to disclose no more than a rough outline of the plaintiff's claim and for the defendant to find out the specifics through discovery. Thus, the Amended Complaint did not set out the amount of damages claimed, but simply stated a minimum amount necessary to support the monetary jurisdiction of the Circuit Court. The expert witness, Mr. Groner, testified that the Ontario defendants were expected to ascertain the actual amount being sought through the discovery process. This would, of course, involve expense and would probably necessitate retaining local counsel in Florida.

difficultés, d'où l'inégalité des chances entre les parties. (À l'inverse, le demandeur serait désavantagé de la même façon s'il devait intenter son action en Ontario; il est normal, dans un litige international, que l'une ou l'autre des parties doive accepter les difficultés liées à un procès dans un ressort étranger. La solidité des liens entre l'action et le ressort d'origine constitue alors le critère qui permet au tribunal saisi de décider de manière équitable à qui doit incomber ce fardeau.)

Même les régimes juridiques relativement semblables à celui du Canada peuvent différer considérablement de celui-ci, et ce, à tel point que la capacité d'un défendeur canadien d'exposer efficacement son point de vue et de comprendre les forces et les faiblesses de sa position peut s'en ressentir. Le régime de common law américain reste, à bien des égards, très proche de celui du Canada. Pourtant, l'action même dont il est question en l'espèce illustre abondamment les différences substantielles et procédurales qui existent entre le régime juridique de la Floride et celui de l'Ontario, et qui ont créé des risques que les défendeurs ontariens ne pouvaient pas prévoir. Ces différences sont notamment les suivantes :

- En Floride, l'interrogatoire préalable a une portée encore plus large qu'en Ontario, et certaines fonctions des actes de procédure en Ontario relèvent du processus d'interrogatoire préalable. D'après le dossier en l'espèce, il est normal que les actes de procédure n'exposent rien de plus que les grandes lignes de la demande du demandeur et qu'il revienne au défendeur d'en découvrir les détails lors de l'interrogatoire préalable. Ainsi, la plainte modifiée ne précisait pas le montant des dommages-intérêts réclamés, mais faisait seulement état du montant minimum nécessaire pour que la Cour de circuit ait compétence. Le témoin expert, M^e Groner, a affirmé que l'on s'attendait à ce que les défendeurs ontariens s'enquière du véritable montant réclamé lors de l'interrogatoire préalable. Cela leur occasionnerait évidemment des dépenses et les obligerait vraisemblablement à retenir les services d'un avocat de la Floride.

- Under Florida’s procedural rules, the defence filed by the appellants ceased to have any effect once a new version of the Amended Complaint was filed, in spite of the fact that the allegations concerning the appellants were unchanged and the lack of any notification to the appellants that they were supposed to file a new defence.
- Even in cases where significant sums of money are at stake, transcripts are not produced in the Florida courts as a matter of course, but at the option and expense of the litigants. In a default case, this effectively means the plaintiff has complete control over whether there will be a record of what is said in the proceedings.
- Punitive damages appear to be available in a wider range of cases and in much larger amounts under Florida law than they are under Ontario law. An Ontario defendant sued in Florida may therefore be at risk of a far higher damage award than would be contemplated in Ontario.
- Selon les règles de procédure de la Floride, la défense produite par les appelants cessait d’avoir effet dès le dépôt d’une autre version de la plainte modifiée, en dépit du maintien intégral des allégations concernant les appelants et du fait que les appelants n’avaient pas été avisés qu’ils étaient censés produire une nouvelle défense.
- Même dans les cas où d’importantes sommes d’argent sont en jeu, on ne procède pas systématiquement à la transcription des débats devant les tribunaux de la Floride; cependant, la transcription peut être effectuée au choix et aux frais des parties au litige. Dans le cas d’une instance par défaut, cela signifie, en fait, que le demandeur décide seul de faire transcrire ou non les débats.
- Les tribunaux semblent pouvoir accorder des dommages-intérêts punitifs dans un plus grand nombre de cas et pour des montants beaucoup plus élevés en Floride qu’en Ontario. Un défendeur ontarien poursuivi en Floride risque donc de devoir verser des dommages-intérêts beaucoup plus élevés que ce à quoi il pourrait s’attendre en Ontario.

198

These differences illustrate that for an Ontario defendant, litigation in Florida entails greater hardship and risk than litigation in another Canadian province — and of all ‘truly foreign’ jurisdictions, Florida, which is not very far away and has a legal system essentially similar to Ontario’s, is one of the least foreign. In my opinion, therefore, fairness to defendants requires a stronger degree of connection to support Florida’s assumption of jurisdiction than would be the case if the originating court were in a sister province. Furthermore, if the judgment had originated from a more ‘foreign’ jurisdiction which involved greater difficulties for the defendant, the requisite degree of connection would be even higher.

199

In this case, the jurisdictional point is easily dealt with, not only because of the appellants’ concession, but also because there were very strong connections between Florida and every component of

Ces différences montrent que, pour un défendeur ontarien, un litige en Floride comporte des difficultés et des risques beaucoup plus grands qu’un litige dans une autre province canadienne — et de tous les ressorts « véritablement étrangers », la Floride, qui n’est pas située très loin et dont le régime juridique s’apparente, pour l’essentiel, à celui de l’Ontario, est l’un des moins étrangers. J’estime donc que l’équité envers les défendeurs exige que le lien nécessaire à une déclaration de compétence en Floride soit plus fort que si le tribunal d’origine était situé dans une autre province canadienne. En outre, le lien requis devrait être encore plus solide lorsque le fait que le jugement émane d’un ressort plus « étranger » entraîne de plus grandes difficultés pour le défendeur.

En l’espèce, la question de la compétence se résout facilement en raison non seulement de la concession des appelants, mais encore de l’existence de liens très solides entre la Floride et chaque élément

the action: the plaintiffs, who live there; the land, which is in Florida; and the defendants, who involved themselves in real estate transactions there. Florida was the natural place for the action to be heard. If the connections were less robust, however, the conclusion might be different. For example, in a case where the only connection to Florida is that the plaintiffs are Florida residents and suffer damages there, it would, as a rule, be unfair to Canadian defendants to expect them to face the expense and risks of litigation in Florida.

F. *Should the Test for Jurisdiction Be Based on “Reciprocity”?*

It follows from the propositions set out above that I do not agree with the majority that the notion of “interprovincial reciprocity” is “equally applicable to judgments made by courts outside Canada” (Major J., at para. 29). The argument is that if the circumstances are such that an Ontario court could reasonably take jurisdiction based on equivalent connecting factors to Ontario, then the Ontario court should recognize the jurisdiction of the foreign court. Although there is some initial appeal to this idea, ultimately I do not agree with it. Its effect is to treat a judgment from a foreign country exactly like one that originates within Canada. This approach, in my view, fails to take into account the very real differences between the interprovincial and international contexts.

A few preliminary words should be said about the concept of “reciprocity”. Some ambiguity is associated with this term. It is sometimes used to refer to the idea that State A should recognize the jurisdiction of State B’s courts if State B would do the same for State A in the same circumstances. On the other hand, “reciprocity” sometimes refers to the quite different notion (invoked by the majority here) that State A should recognize the jurisdiction of State B if State A would have assumed jurisdiction in the same circumstances (see *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13th ed. 2000), vol. 1, at p. 501). Blom has suggested that the latter approach is more properly one of “equivalence of

de l’action : les demandeurs y vivent, le terrain y est situé et les défendeurs y ont effectué des opérations immobilières. La Floride était ainsi l’endroit logique pour l’instruction de l’action. Cependant, la conclusion pourrait différer en présence de liens moins solides. Par exemple, si le seul facteur de rattachement avec la Floride se résumait au fait que les demandeurs résident dans cet État et y ont subi un préjudice, il serait généralement déraisonnable de s’attendre à ce que les défendeurs canadiens aillent plaider dans cet endroit malgré les dépenses et les risques que cela occasionnerait.

F. *Le critère de compétence doit-il être fondé sur la « réciprocité »?*

Il découle des propositions énoncées plus haut que je ne partage pas l’opinion des juges majoritaires selon laquelle la notion de « réciprocité interprovinciale » « s’applique tout autant aux jugements rendus à l’extérieur du Canada » (le juge Major, par. 29). Celui-ci affirme que, dans le cas où un tribunal ontarien pourrait raisonnablement se déclarer compétent à cause de l’existence de liens équivalents avec l’Ontario, le tribunal ontarien devrait alors reconnaître la compétence du tribunal étranger. Bien qu’elle présente quelque attrait au départ, je ne souscris pas à cette idée en définitive. Elle a pour effet de traiter un jugement émanant d’un pays étranger exactement sur le même pied qu’un jugement rendu au Canada. Selon moi, cette approche ne tient pas compte des différences très réelles qui existent entre les contextes interprovincial et international.

Il importe, au départ, d’ajouter quelques observations au sujet de la notion de « réciprocité ». Ce terme demeure en partie ambigu. Il sert parfois à rendre l’idée que l’État A doit reconnaître la compétence des tribunaux de l’État B dans le cas où, dans des circonstances analogues, l’État B ferait la même chose pour l’État A. Par contre, la « réciprocité » sert parfois à transposer l’idée très différente (évoquée par les juges majoritaires en l’espèce) que l’État A doit reconnaître la compétence de l’État B dans le cas où, dans les mêmes circonstances, l’État A se serait déclaré compétent (voir *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (13^e éd. 2000), vol. 1, p. 501). Le professeur Blom a laissé

200

201

jurisdiction” rather than “reciprocity” (Blom, *supra*, at p. 735).

entendre que la dernière approche tient davantage de l’[TRADUCTION] « équivalence des compétences » que de la « réciprocité » (Blom, *loc. cit.*, p. 735).

202

I would note that in *Morguard*, *supra*, La Forest J. rejected reciprocity in the latter sense (equivalence of jurisdiction) as the basis for a new jurisdiction test in the interprovincial context, and also questioned its usefulness on the international plane (see *Morguard*, at p. 1104; Blom, *supra*, at p. 735). Instead, he espoused an approach whereby the assumption of jurisdiction by a court in a province would be governed by the same principles of order and fairness that guide a court in another province when it determines whether to recognize the first court’s jurisdiction. Within Canada, the bases for assuming jurisdiction and the bases for recognizing it should be correlative; as La Forest J. pointed out, “[i]f it is fair and reasonable for the courts of one province to exercise jurisdiction over a subject-matter, it should as a general principle be reasonable for the courts of another province to enforce the resultant judgment” (p. 1094). The logic underlying this statement is not that the forum should recognize a jurisdiction that it claims for itself, but rather that the same principles define when it is reasonable to assume jurisdiction and when it is reasonable to recognize it.

Je tiens à souligner que, dans l’arrêt *Morguard*, précité, le juge La Forest a rejeté la réciprocité, au sens d’équivalence des compétences, comme fondement d’un nouveau critère de compétence dans le contexte interprovincial, et qu’il en a également mis en doute l’utilité sur le plan international (voir *Morguard*, p. 1104; Blom, *loc. cit.*, p. 735). Il a plutôt adopté le point de vue selon lequel la déclaration de compétence d’un tribunal d’une province doit être régie par les mêmes principes d’ordre et d’équité qui guident la décision d’un tribunal d’une autre province de reconnaître la compétence du premier tribunal ou de ne pas la reconnaître. Au Canada, les raisons de se déclarer compétent et celles de reconnaître la compétence doivent être corrélatives. Comme l’a souligné le juge La Forest, « [s]’il est équitable et raisonnable que les tribunaux d’une autre province exercent leur compétence en une matière, il serait, en règle générale, raisonnable que les tribunaux d’une autre province exécutent le jugement qui en résulte » (p. 1094). Selon le raisonnement qui sous-tend cet énoncé, le tribunal doit non pas reconnaître la compétence qu’il prétend lui-même avoir, mais plutôt appliquer les mêmes principes pour déterminer dans quel cas il est raisonnable de se déclarer compétent et dans quel cas il convient de reconnaître la compétence du tribunal d’origine.

203

It makes sense that the jurisdictional rules on assumption and recognition should dovetail together in a federal state where the justice systems of the various provinces are interconnected parts of a harmonized whole. This reasoning does not extend to the international setting.

En bonne logique, les règles applicables à la déclaration de compétence et celles applicables à la reconnaissance de compétence concordent dans un État fédéral où les systèmes judiciaires des différentes provinces sont les éléments interreliés d’un ensemble harmonisé. Toutefois, ce raisonnement ne s’applique pas dans le contexte international.

204

Nor does the concept of reciprocity in the sense of equivalence of jurisdiction serve the purposes of private international law well. This idea fails to reflect the differences between assuming jurisdiction and enforcing a foreign judgment. When a Canadian court takes jurisdiction over a foreign defendant, it need not inquire into the fairness of

D’ailleurs, la notion de réciprocité au sens d’équivalence des compétences ne se révèle pas plus utile pour atteindre les objectifs du droit international privé. Elle ne reflète pas les différences entre la déclaration de compétence et l’exécution d’un jugement étranger. Lorsqu’un tribunal canadien se déclare compétent à l’égard d’un défendeur

its own process, which can be taken for granted. Potential hardship to the defendant can be dealt with under *forum non conveniens*. The ultimate practical effect of the court's judgment will not be determined by its own decision to take jurisdiction, but by the decision of the courts in the defendant's home jurisdiction whether or not to recognize and enforce the Canadian judgment based on that jurisdiction's own domestic law and policy. Conversely, when a foreign judgment arrives in Canada, the enforcing court is the last line of defence for the Canadian defendant. The court should have a discretion to decide that it is not fair to the defendant to recognize the jurisdiction of the foreign court, even if the Canadian court would have decided it was fair to take jurisdiction itself based on the same connecting factors.

G. Conclusion on Jurisdiction

In conclusion, I agree with Major J. that considerations of comity, order and fairness support the application of the "real and substantial connection" test to the recognition and enforcement of judgments originating in foreign countries. In my view, however, the application of the test should be purpose-driven and contextual. What constitutes a connection sufficient to meet the test will not be the same in every context. The jurisdiction test should reflect the difference between the international and interprovincial contexts and the greater hardship that litigation in a foreign country can entail. There is no good reason why Ontario courts should have to treat a judgment from Florida — or one from China, Turkmenistan or Sierra Leone — exactly like a judgment from another Canadian province.

I would also question whether international comity requires us to move as far as the majority does in the direction of openness to foreign judgments when the position of jurisdictions with which we tend to compare ourselves is less generous. In England and Australia, for example, the *Emanuel*

étranger, il ne s'interroge pas sur l'équité de sa propre procédure, qu'il peut tenir pour acquise. Le défendeur peut régler les difficultés qu'il est susceptible de connaître en invoquant le principe du *forum non conveniens*. L'effet concret que le jugement du tribunal aura dépendra en définitive non pas de sa propre décision de se déclarer compétent, mais plutôt de celle de reconnaître et d'exécuter le jugement canadien — ou de ne pas le faire — que les tribunaux du ressort du défendeur prendront à la lumière du droit et des politiques en vigueur dans ce ressort. À l'inverse, lorsqu'un jugement étranger arrive au Canada, le tribunal saisi de la demande d'exécution de ce jugement constitue le dernier rempart dont dispose le défendeur canadien. Le tribunal canadien devrait pouvoir décider que la reconnaissance de la compétence du tribunal étranger serait inéquitable pour le défendeur, même dans le cas où il aurait jugé équitable de se déclarer lui-même compétent en fonction des mêmes facteurs de rattachement.

G. Conclusion sur la question de la compétence

Somme toute, je conviens avec le juge Major que des considérations de courtoisie, d'ordre et d'équité justifient l'application du critère du « lien réel et substantiel » à la reconnaissance et à l'exécution des jugements émanant de pays étrangers. J'estime, cependant, que ce critère doit s'appliquer selon une approche téléologique et contextuelle. Le lien suffisant pour satisfaire au critère peut varier d'un contexte à l'autre. Le critère de compétence doit alors refléter la différence entre le contexte international et le contexte interprovincial, ainsi que les difficultés accrues que peut occasionner un litige à l'étranger. Aucune raison valable n'oblige les tribunaux ontariens à traiter un jugement de la Floride — ou de la Chine, du Turkménistan ou de la Sierra Leone — exactement de la même manière qu'un jugement d'une autre province canadienne.

Je me demande également si la courtoisie internationale exige une aussi grande ouverture d'esprit que celle que proposent les juges majoritaires en ce qui concerne les jugements étrangers, compte tenu du fait que les ressorts auxquels nous avons tendance à nous comparer ne font pas preuve d'autant

v. *Symon*, *supra*, framework remains substantially unchanged and the jurisdiction of a foreign court must be based on the presence or residence of the defendant in the foreign jurisdiction or on the defendant's voluntary submission (see, e.g., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, *supra*, at pp. 487 and 503; P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (6th ed. 1995), at p. 138). The U.S. position is more liberal, but still does not go as far as the majority does in this case. Generally, U.S. states will apply the "minimum contact test" to foreign-country judgments as they do to judgments of sister states. This test is made out when a non-resident defendant seeking to avail himself of some benefit within a state affirmatively acts in a manner which he knows or should know will result in a significant impact within the forum state (see, e.g., *Mercandino v. Devoe & Reynolds, Inc.*, 436 A.2d 942 (N.J. Super. App. Div. 1981), at p. 943). Thus, a connection between the foreign jurisdiction and the cause of action alone, in the absence of purposive conduct by the defendant establishing a connection between himself and the forum, would be insufficient as a basis for jurisdiction and enforceability in the U.S. In such a case, however, the "real and substantial connection" test as it is interpreted by the majority would always be satisfied.

de générosité. En Angleterre et en Australie par exemple, le cadre établi par l'arrêt *Emanuel c. Symon*, précité, demeure essentiellement le même et la compétence d'un tribunal étranger doit être fondée sur la présence ou la résidence du défendeur dans le ressort étranger ou sur la soumission volontaire de ce défendeur (voir, par exemple, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 487 et 503; P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (6^e éd. 1995), p. 138). Plus libérale, la position américaine ne va toutefois pas aussi loin que celle des juges majoritaires en l'espèce. En général, les États américains appliquent aux jugements étrangers le critère des « liens minimaux » (« *minimum contacts* ») de la même manière qu'un État le fait à l'égard des jugements d'un autre État. Ce critère est respecté lorsqu'un défendeur non résidant, qui cherche à se prévaloir d'un avantage dans un État, agit résolument d'une manière qui, comme il le sait ou devrait le savoir, aura une incidence importante dans l'État du for (voir, par exemple, *Mercandino c. Devoe & Reynolds, Inc.*, 436 A.2d 942 (N.J. Super. App. Div. 1981), p. 943). Donc, la seule existence d'un lien entre le ressort étranger et la cause d'action — en l'absence d'une conduite intentionnelle du défendeur établissant un lien entre lui et le ressort en question — ne suffirait pas pour reconnaître la compétence de ce dernier et justifier l'exécution aux États-Unis. En pareil cas, cependant, le critère du « lien réel et substantiel », tel que l'interprètent les juges majoritaires, serait toujours respecté.

207 Finally, I would note that the logic on which the *Morguard* test is founded suggests that it should supersede, rather than complement, the traditional common law bases of jurisdiction. In my view, it is not necessary to ask whether any of the traditional grounds are present and then go on to ask whether there is a real and substantial connection (as the majority reasons suggest, at para. 37). There should be just one question: is the "real and substantial connection" test made out?

Enfin, je tiens à souligner que le raisonnement qui sous-tend le critère de l'arrêt *Morguard* indique qu'il doit remplacer et non compléter les motifs traditionnels de compétence en common law. À mon avis, il n'est pas nécessaire de se demander d'abord si l'un des motifs traditionnels existe, et ensuite s'il existe un lien réel et substantiel (comme le suggèrent les juges majoritaires, au par. 37 de leurs motifs). Une seule question doit être posée : le critère du « lien réel et substantiel » est-il respecté?

208 This Court noted in *Hunt*, *supra*, that the traditional grounds were generally sound bases of jurisdiction and were "a good place to start", but also observed that "some of these may well require reconsideration in light of *Morguard*" (p. 325). Such

Dans l'arrêt *Hunt*, précité, p. 325, notre Cour a fait remarquer que les motifs traditionnels constituaient généralement des fondements de compétence solides et « un bon point de départ », mais elle a également signalé qu'« il peut bien être

factors as contractual agreement to accept jurisdiction and habitual residence in the foreign forum are usually very clear examples of the kind of connection that reasonably supports the assumption of jurisdiction. Attornment by actively defending the action in the foreign jurisdiction is a slightly different kind of connection; because the defendant has chosen to have his day in court in the foreign forum, no unfairness results from the enforcement of the foreign court's judgment.

In some cases, however, the traditional grounds may be more arbitrary and formalistic than they are fair and reasonable. Under the traditional rules, for example, jurisdiction could be acquired by serving a defendant who was present in the jurisdiction, even if her presence was only fleeting and was completely unconnected to the action, and in the absence of any other factor supporting jurisdiction. Another example is the common law rule that an appearance solely for the purpose of challenging the jurisdiction of the foreign court was an attornment to its jurisdiction, which was argued (but not commented on by the court) in *United States of America v. Ivey* (1995), 26 O.R. (3d) 533 (Gen. Div.). Circumstances such as these may not amount to a real and substantial connection, and in my view they should not continue to be recognized as bases for jurisdiction just because they were under the traditional rules.

IV. The Impeachment Defences

A. *The Principle Behind the Defences*

Claimants who seek to have foreign judgments recognized or enforced in this country ask for the support and cooperation of Canadian courts. They thus face the initial burden of showing that the judgment is valid on its face and was issued by a court acting through fair process and with properly restrained jurisdiction based on a real and substantial connection to the action. The petitioner must convince the receiving court that the values of

nécessaire d'en réexaminer certains à la lumière de l'arrêt *Morguard* ». Des facteurs tels l'engagement contractuel à se soumettre à une compétence particulière et le lieu de résidence habituel dans le ressort étranger sont généralement des exemples très clairs du genre de facteur de rattachement qui justifie raisonnablement la reconnaissance de la compétence. L'acquiescement qui consiste à se défendre activement contre l'action intentée dans le ressort étranger constitue un type de lien légèrement différent. Puisque le défendeur a choisi de se présenter devant le tribunal étranger, l'exécution du jugement rendu par le tribunal étranger n'a rien d'inéquitable.

Dans certains cas, cependant, les motifs traditionnels peuvent devenir plus arbitraires et formalistes qu'équitables et raisonnables. Selon les règles traditionnelles, par exemple, la compétence pourrait résulter exclusivement de la signification faite au défendeur au moment où il se trouvait dans le ressort, même si sa présence n'a été que brève et n'avait absolument rien à voir avec l'action. Un autre exemple est celui de la règle de common law selon laquelle la comparution destinée seulement à contester la compétence du tribunal étranger vaut acquiescement à la compétence de ce tribunal, ce que le tribunal a affirmé (mais non commenté) dans l'arrêt *United States of America c. Ivey* (1995), 26 O.R. (3d) 533 (Div. gén.). Il se peut qu'il n'y ait pas de lien réel et substantiel dans ces circonstances qui, à mon avis, ne devraient plus être considérées comme des motifs de compétence uniquement parce que le régime des règles traditionnelles les considérait comme telles.

IV. Les défenses consistant à attaquer la validité du jugement

A. *Le principe qui sous-tend ces défenses*

Les demandeurs qui cherchent à obtenir la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Canada sollicitent l'appui et la coopération des tribunaux canadiens. Il leur incombe donc, au départ, de démontrer que le jugement est valide à première vue et qu'il a été rendu par un tribunal ayant agi avec équité et avec retenue dans l'exercice d'une compétence fondée sur l'existence d'un lien réel et substantiel avec l'action. Le requérant doit convaincre le

international comity require it to exercise its power in favour of enforcing the judgment. Once this burden has been met, the judgment is *prima facie* enforceable by a Canadian court. The common law has long recognized, however, that the defendant can still establish that the judgment should not be enforced by showing that one of a number of defences to recognition and enforcement applies. The defences relevant to this appeal are commonly grouped under the heading of “impeachment” defences, since all are based on the notion that the way the foreign judgment was obtained was in some way tainted or contrary to Canadian notions of justice. (Other potential defences, such as the foreign public law exception to enforceability in Canada, which might apply, for example, to a tax claim, are not implicated by the facts of this case.)

tribunal saisi que les valeurs de la courtoisie internationale lui commandent d’exercer son pouvoir d’exécuter le jugement. Dès que cette obligation est remplie, le jugement en question est exécutoire *prima facie* au Canada. Toutefois, la common law reconnaît depuis longtemps que le défendeur peut toujours établir qu’il n’y a pas lieu d’exécuter ce jugement, par la démonstration de l’application de l’un des nombreux moyens de défense opposables à la reconnaissance et à l’exécution d’un jugement. Les moyens de défense pertinents en l’espèce sont souvent regroupés sous le nom de « “*impeachment*” defences » (« défenses consistant à attaquer la validité du jugement ») car ils reposent tous sur l’idée que la procédure suivie pour obtenir le jugement étranger était en quelque sorte viciée ou contraire aux notions de justice canadiennes. (Les faits de la présente affaire ne justifient pas le recours à d’autres défenses — telle l’exception du droit public étranger prévoyant l’inexécution au Canada — qui pourraient éventuellement s’appliquer, par exemple, à une créance fiscale.)

211

A foreign judgment may be impeached on the basis that its recognition or enforcement would be contrary to public policy, that it was obtained by fraud, or that the foreign proceedings were contrary to natural justice. The burden is on the party raising one of these defences to prove that it applies; the foreign judgment is presumed to be valid, and there is a basic principle that the domestic court will not permit relitigation of matters tried before the foreign court (J.-G. Castel and J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5th ed. (loose-leaf)), at p. 14-24). At the same time, the receiving court has both the authority and the responsibility to uphold the essential values of the domestic legal system and to protect citizens under the protection of its laws from unfairness. The three impeachment defences are established situations where the domestic court will intervene and refuse to enforce the judgment because the law on which it is based or the way it was obtained is simply too offensive to local notions of what is just and reasonable.

Un jugement étranger peut être attaqué pour le motif que sa reconnaissance ou son exécution serait contraire à l’ordre public, qu’il a été obtenu frauduleusement, ou que les procédures à l’étranger constituaient un déni de justice naturelle. Il incombe à la partie qui invoque l’un de ces moyens de défense de prouver qu’il s’applique. En effet, le jugement étranger est présumé valide. Un principe fondamental veut alors que le tribunal national n’autorise pas la tenue d’un nouveau procès relativement à des questions déjà examinées et tranchées par le tribunal étranger (J.-G. Castel et J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5^e éd. (feuilles mobiles)), p. 14-24). En même temps, le tribunal saisi a, à la fois, le pouvoir et la responsabilité de défendre les valeurs essentielles du régime juridique national et d’empêcher que les citoyens protégés par ses lois subissent une injustice. Les trois défenses consistant à attaquer la validité du jugement correspondent à des situations bien déterminées où le tribunal national intervient et refuse d’exécuter le jugement dont il est saisi, parce que le droit sur lequel il repose ou la façon dont il a été obtenu dévie simplement trop des notions locales de ce qui est juste et raisonnable.

B. *The Need to Reconsider the Impeachment Defences as a Result of the Change in the Jurisdiction Test*

An intrinsic tension arises between the impeachment defences and the principle that the law and facts on which the foreign judgment is based cannot be reargued. Acknowledging the foreign court's jurisdiction would mean very little if the defences could be routinely used to discredit the legal, factual or procedural basis of its judgment. On the other hand, the principle of finality of judgments has its limits; it does not and should not mean that the enforcing court can do no more than rubber-stamp the foreign judgment while turning a blind eye to unfairness or impropriety in its provenance.

The impeachment defences represent the balance that the courts have found to be appropriate between security of transactions, on the one hand, and fairness in the individual case, on the other. Traditionally, they have been narrow in scope. The old, strict approach to these defences struck a balance appropriate to the requirements of international comity under the pre-*Morguard* common law, when the jurisdiction test was a difficult threshold for foreign plaintiffs to cross. Nearly all judgments that passed it did so because the defendant had either participated in the action in the foreign forum or selected it by agreement. As J. Walker notes in a comment on this case:

Under such conditions, defendants resisting the enforcement of foreign judgments could be presumed to have defended the actions against them and to have benefited from the procedural safeguards available in the foreign legal systems. Alternatively, defendants could be presumed to have chosen, on the strength of some familiarity with the foreign legal systems, to let their matters be decided in default.

(“*Beals v. Saldanha*: Striking the Comity Balance Anew” (2002), 5 *Can. Int'l Law* 28, at p. 30)

B. *La nécessité de reconsidérer les défenses consistant à attaquer la validité du jugement à la suite de la modification du critère de compétence*

Une tension intrinsèque règne entre les défenses consistant à attaquer la validité du jugement étranger et le principe voulant que le droit et les faits qui sous-tendent ce jugement ne puissent être débattus de nouveau. La reconnaissance de la compétence du tribunal étranger aurait très peu de sens si les moyens de défense invoqués pouvaient régulièrement servir à contester le fondement juridique, factuel ou procédural de son jugement. Par contre, le principe du caractère définitif des jugements a ses limites, car il ne signifie pas, et ne devrait pas signifier, que le tribunal saisi ne peut rien faire de plus que reconnaître automatiquement la validité du jugement étranger, tout en fermant les yeux sur les injustices ou les irrégularités à l'origine de ce dernier.

Les défenses consistant à attaquer la validité du jugement représentent la solution de compromis que les tribunaux ont jugé appropriée pour assurer la sécurité des opérations, d'une part, et l'équité dans l'affaire donnée, d'autre part. Leur portée demeure habituellement limitée. À l'époque où le critère de compétence constituait un obstacle difficile à franchir pour les demandeurs étrangers, l'ancienne interprétation stricte de ces défenses permettait d'atteindre un juste milieu qui, sous le régime de la common law antérieure à l'arrêt *Morguard*, répondait aux exigences de la courtoisie internationale. Dans presque tous les cas où un jugement étranger franchissait cet obstacle, le défendeur avait soit participé à l'action dans le ressort étranger, soit convenu de choisir ce ressort. Comme J. Walker le souligne dans un commentaire sur la présente affaire :

[TRADUCTION] Dans ces conditions, on pourrait présumer que le défendeur qui s'oppose à l'exécution d'un jugement étranger a contesté l'action intentée contre lui et bénéficié des garanties procédurales offertes dans le régime juridique étranger. Subsidiairement, on pourrait présumer que le défendeur, fort d'une certaine connaissance du régime juridique étranger, a choisi de laisser son dossier être instruit par défaut.

(« *Beals v. Saldanha* : Striking the Comity Balance Anew » (2002), 5 *R.C.D.I.* 28, p. 30)

212

213

In short, the potential for unfairness to the defendant was minimal, and accordingly there was no need for courts to be concerned with shortcomings in the way the judgment was obtained absent “some egregiously bad feature of the process or the result” (Walker, *supra*, at p. 30).

214

The balance that existed under the traditional approach is lacking in the new test set out by the majority. The category of foreign judgments that are *prima facie* enforceable in this country has been greatly expanded by virtue of the adoption of the *Morguard* test for foreign-country judgments. The law as it now stands will admit a default judgment emanating from a forum that the defendant did not consent to and may have been connected to only indirectly or not at all. This is a salutary development in our law on jurisdiction; if there are sufficient connections between the action and the forum, the judgment should not be shut out on the basis that the forum was inappropriate. But the possibility that the judgment should be unenforceable for some other reason should be considered anew in light of this new context. Castel and Walker, *supra*, have commented that if this Court confirms the application of the *Morguard* test to foreign judgments, “it would seem necessary to revise the defences . . . so as to protect persons in Canada who have been sued in foreign courts from the particular kinds of unfairness that can arise in crossborder litigation, and so as to prevent abuse from occurring as a result of liberal rules for the enforcement of foreign default judgments” (p. 14-26).

215

One example of the kind of unfairness Castel and Walker refer to is the increased vulnerability of Canadian residents to nuisance lawsuits in other countries. A defendant may be confronted with a claim that he knows to be frivolous brought by an overseas claimant. His choices are to defend, to settle, or to ignore the claim. Defending in a foreign country is often expensive and difficult. Many foreign jurisdictions do not award costs to the successful party, so that the defendant will have to bear the expenses of litigation even if his position is fully

Bref, le risque d’injustice pour le défendeur s’avèrait minime, et les tribunaux n’avaient donc pas à se soucier des lacunes de la procédure suivie pour obtenir le jugement, en l’absence d’un [TRADUCTION] « défaut très grave de la procédure ou du résultat » (Walker, *loc. cit.*, p. 30).

Le nouveau critère préconisé par les juges majoritaires ne permet pas d’établir l’équilibre que réalisait l’approche traditionnelle. L’application du critère de l’arrêt *Morguard* aux jugements étrangers a contribué à élargir considérablement la catégorie des jugements étrangers exécutoires *prima facie* dans notre pays. Le droit dans son état actuel permet de reconnaître un jugement par défaut émanant d’un ressort que le défendeur n’a pas convenu de choisir et auquel il n’est qu’indirectement, voire aucunement, lié. Il s’agit là d’une évolution salubre de nos règles de droit en matière de compétence. S’il existe des liens suffisants entre l’action et le ressort, on ne doit pas faire obstacle à l’exécution du jugement pour le motif que le tribunal qui l’a rendu n’était pas compétent. Cependant, il devient nécessaire de réexaminer, à la lumière de cette nouvelle réalité, la possibilité que le jugement soit inexécutoire pour une autre raison. Castel et Walker, *op. cit.*, ont fait observer que, si notre Cour confirmait l’application du critère de l’arrêt *Morguard* aux jugements étrangers, [TRADUCTION] « il semblerait alors nécessaire de revoir les moyens de défense [. . .] afin de protéger, au Canada, les personnes ayant fait l’objet de poursuites à l’étranger contre les injustices particulières qui peuvent résulter d’un litige transfrontalier, et de prévenir les abus auxquels peuvent donner lieu des règles libérales en matière d’exécution des jugements rendus par défaut à l’étranger » (p. 14-26).

Un exemple d’injustice mentionnée par Castel et Walker est l’exposition accrue des résidents canadiens aux poursuites malveillantes à l’étranger. Un défendeur peut être confronté à une action — qu’il sait frivole — intentée par un demandeur outre-mer. Il a le choix de se défendre, de régler à l’amiable ou encore de ne tenir aucun compte de l’action intentée contre lui. Il est souvent onéreux et difficile de se défendre dans un pays étranger. Dans bien des ressorts étrangers, la partie qui obtient gain de cause n’a droit à aucuns dépens, ce qui oblige le défendeur

vindicated. On the other hand, failure to defend brings with it considerable risk. The defendant may have little or no knowledge of the legal system and may be unable to predict with confidence that the foreign court will not be persuaded, or required by the operation of its own rules, to uphold a meritless claim.

A defendant faced with this dilemma ought to be afforded some protection by Canadian courts against foreign judgments that are clearly flawed, even if the flaws do not meet the stringent tests that traditionally defined the impeachment defences. If no such protection is available, in many cases the only safe option for defendants will be to settle with the claimant despite the fact that the claim is baseless. If the position of the Canadian courts is to be that defendants who fail to defend in the foreign forum do so entirely at their peril, regardless of whether the decision not to defend was based on a rational cost-benefit analysis and irrespective of the frivolousness of the claim and of the use of improper means to persuade the foreign court that it should succeed, Canadian residents may become attractive targets for opportunistic plaintiffs' lawyers in other jurisdictions.

In my opinion, the impeachment defences, particularly the defences of fraud and natural justice, ought to be reformulated. The law of conflicts needs to take these new possibilities for abuse into account and to ensure an appropriate recalibration of the balance between respect for the finality of foreign judgments and protection of the rights of Canadian defendants.

Furthermore, the nominate defences should be looked at as examples of a single underlying principle governing the exercise of the receiving court's power to recognize and enforce a foreign judgment.

à supporter les dépenses engagées pour contester l'action, même dans le cas où on lui donne entièrement raison. Par ailleurs, l'omission d'opposer une défense comporte un risque considérable. Il se peut que le défendeur connaisse peu ou pas du tout le régime juridique applicable, qu'il lui soit impossible de prévoir avec certitude que le tribunal étranger ne sera pas convaincu, ou tenu en vertu de ses propres règles, de faire droit à une demande dénuée de fondement.

Le défendeur placé devant ce dilemme devrait se voir accorder par les tribunaux canadiens une certaine protection contre un jugement étranger manifestement vicié, même si les vices qui entachent ce jugement ne satisfont pas aux conditions strictes auxquelles est traditionnellement assujéti le recours aux défenses consistant à attaquer la validité d'un jugement. En l'absence d'une telle protection, le seul choix que, dans bien des cas, le défendeur peut faire sans risquer de se tromper est de transiger avec le demandeur même dans le cas d'une demande dénuée de fondement. Les résidents canadiens pourront devenir des cibles attrayantes pour les avocats représentant des demandeurs opportunistes dans d'autres ressorts, si jamais les tribunaux canadiens adoptent le point de vue selon lequel les défendeurs qui décident de ne pas opposer une défense dans le ressort étranger le font entièrement à leurs risques et périls, peu importe que leur décision résulte d'une analyse rationnelle des coûts et des avantages, et indépendamment du caractère frivole de la demande et des moyens irréguliers utilisés pour convaincre le tribunal étranger de l'accueillir.

J'estime qu'il est souhaitable de reformuler les défenses consistant à attaquer la validité d'un jugement, en particulier celles fondées sur la fraude et sur la justice naturelle. Le droit international privé doit tenir compte de ces nouvelles possibilités d'abus et veiller à rétablir l'équilibre entre le respect du caractère définitif des jugements étrangers et la protection des droits des défendeurs canadiens.

En outre, les moyens de défense spécifiques devraient être perçus comme des illustrations d'un seul principe sous-jacent qui régit l'exercice du pouvoir du tribunal saisi de reconnaître et d'exécuter un

216

217

218

The claimant must come before the Canadian court with clean hands, and the court will not accept a judgment whose enforcement would amount to an abuse of its process or bring the administration of justice in Canada into disrepute. Serious consideration should be given to the possibility of a residual category of judgments, beyond those addressed by the defences of public policy, fraud and natural justice, that should not be enforced because they, too, engage this principle — in short, because their enforcement would shock the conscience of Canadians.

C. *Reformulation of the Nominate Defences*

(1) Public Policy

219 If the enforcement of a foreign judgment in Canada would be contrary to Canadian public policy, the judgment will not be enforced here. This defence addresses objections to the foreign law on which the judgment was based. It will be engaged if the foreign law is either contrary to basic morality or contrary to the fundamental tenets of justice recognized by our legal system.

220 The trial judge held that the public policy defence should be expanded to incorporate a “judicial sniff test” that would allow enforcing courts to reject foreign judgments obtained through questionable or egregious conduct (Jennings J., at p. 144). It has also been suggested that excessively high punitive damage awards should be unenforceable in whole or in part as a matter of public policy; see, e.g., J. S. Ziegel, “Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and *Beals v. Saldanha*: A Consumer Perspective” (2003), 38 *Can. Bus. L.J.* 294, at pp. 306-7; *Kidron v. Grean* (1996), 48 O.R. (3d) 775 (Gen. Div.) (where the court refused to enforce on summary judgment a foreign judgment for \$15 million for emotional distress based on evidence of “hurt feelings”). Ziegel notes that the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted in October 1999, and revised in June 2001, by the Special Commission of the Hague Conference on Private International Law,

jugement étranger. Le demandeur qui se présente devant le tribunal canadien doit être sans reproche, et le tribunal ne reconnaîtra pas un jugement dont l’exécution constituerait un abus de sa procédure ou déconsidérerait l’administration de la justice au Canada. Il faut alors penser sérieusement à ajouter aux catégories de jugements visées par les moyens de défense fondés sur l’ordre public, la fraude et la justice naturelle une catégorie résiduelle de jugements à ne pas exécuter parce qu’ils dérogent eux aussi à ce principe — bref, parce que leur exécution choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes.

C. *Reformulation des moyens de défense spécifiques*

(1) L’ordre public

Un jugement étranger ne sera pas exécuté au Canada dans le cas où son exécution violera l’ordre public canadien. Ce moyen de défense répond aux objections formulées au sujet du droit étranger appliqué pour rendre le jugement en question. Il peut être invoqué si le droit étranger est contraire aux valeurs morales ou aux préceptes de justice fondamentaux reconnus par notre régime juridique.

Le juge de première instance a conclu qu’il y avait lieu d’élargir le moyen de défense fondé sur l’ordre public de manière à y incorporer un [TRADUCTION] « critère d’intuition judiciaire » (« *judicial sniff test* ») qui permettrait aux tribunaux saisis de rejeter les jugements étrangers obtenus grâce à un comportement douteux ou inacceptable (le juge Jennings, p. 144). On a également laissé entendre qu’un jugement accordant des dommages-intérêts punitifs excessifs devrait être inexécutoire, en totalité ou en partie, pour des raisons d’ordre public; voir, par exemple, J. S. Ziegel, « Enforcement of Foreign Judgments in Canada, Unlevel Playing Fields, and *Beals v. Saldanha*: A Consumer Perspective » (2003), 38 *Rev. can. dr. comm.* 294, p. 306-307; *Kidron c. Grean* (1996), 48 O.R. (3d) 775 (Div. gén.) (refus d’exécuter par jugement sommaire un jugement étranger accordant 15 millions de dollars pour troubles émotionnels, à la lumière d’une preuve d’[TRADUCTION] « amour-propre écorché »). Ziegel souligne que l’avant-projet de la Convention de

provides that a court asked to enforce an award of non-compensatory damages may, if satisfied that the amount awarded is “grossly excessive”, limit enforcement to a lesser amount (Article 33(2)). The Draft Convention may reflect an international consensus that large punitive damage awards can raise serious concerns, although this idea does not rise to the level of a customary norm.

In my view, the better approach is to continue to reserve the public policy defence for cases where the objection is to the law of the foreign forum, rather than the way the law was applied, or the size of the award *per se*. In other words, this defence should continue to be, as the trial judge put it, “directed at the concept of repugnant *laws*, not repugnant *facts*” (p. 144 (emphasis in original)). Public policy is potentially an expansive enough concept to subsume the other two defences; it is, of course, contrary to public policy in a broad sense to enforce a judgment that was fraudulently or unfairly obtained. But it is useful to maintain an analytical distinction between the three defences. Furthermore, the defence of public policy has long been associated with condemnation of the foreign jurisdiction’s law. To extend it to cover situations where there is nothing objectionable about the foreign law but, rather, a defect in the way the law was applied might send the wrong message, one that conflicts with the norms of international cooperation and respect for other legal systems underlying the doctrine of comity.

In *Boardwalk Regency Corp. v. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. (4th) 612, the Ontario Court of Appeal held that the public policy defence applies to laws

La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale — adopté en octobre 1999 et révisé, en juin 2001, par la Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé — prévoit qu’un tribunal saisi d’une demande d’exécution d’un jugement accordant des dommages-intérêts non compensatoires peut en limiter la reconnaissance à un montant inférieur, s’il est convaincu que le montant accordé est « manifestement excessif » (paragraphe 33(2)). L’avant-projet de Convention peut traduire un consensus international voulant que l’attribution de dommages-intérêts punitifs élevés puisse soulever de sérieuses questions, bien qu’il ne s’agisse pas là d’une règle coutumière.

À mon avis, la meilleure solution est de continuer à limiter la possibilité d’invoquer le moyen de défense fondé sur l’ordre public aux cas où l’objection vise le droit applicable dans le ressort étranger et non la manière dont ce droit a été appliqué ou le montant même des dommages-intérêts qui a été accordé. Autrement dit, comme l’a affirmé le juge de première instance, ce moyen de défense devrait continuer d’être [TRADUCTION] « axé sur la notion de *lois* répugnantes et non sur la notion de *faits* répugnants » (p. 144 (en italique dans l’original)). La notion d’ordre public peut être assez large pour englober les deux autres moyens de défense. Il est, bien sûr, contraire à l’ordre public au sens large d’exécuter un jugement obtenu d’une manière frauduleuse ou inéquitable. Cependant, il reste utile de maintenir une distinction analytique entre les trois moyens de défense. En outre, le moyen de défense fondé sur l’ordre public a longtemps été assimilé à une dénonciation du droit applicable dans le ressort étranger. L’application de ce moyen de défense aux cas où le droit étranger n’a rien de répréhensible, mais a plutôt été mal appliqué, risque de transmettre le mauvais message, à savoir un message incompatible avec les règles de coopération internationale et de respect pour les autres régimes juridiques, qui sous-tendent le principe de la courtoisie.

Dans l’arrêt *Boardwalk Regency Corp. c. Maalouf* (1992), 88 D.L.R. (4th) 612, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que le moyen de

221

222

that violate “conceptions of essential justice and morality” (p. 615). As an example, the court cited a contract relating to the corruption of children (p. 622). It emphasized that a mere difference between the policy choices reflected in the foreign law and those that prevail in Canada is not enough to engage the defence (pp. 615-16). This approach reflects the principle that diversity among the legal systems of the world should be respected, while at the same time establishing the limits of that principle. A law that offends fundamental or essential moral precepts will not be enforced. While the question is always whether the foreign law violates Canadian ideas of essential justice and morality, the relevant precepts of morality and justice are so basic that they can be said to have a universal character and will generally be respected by all fair legal systems.

défense fondé sur l’ordre public peut être invoqué dans le cas où des règles de droit violent les [TRADUCTION] « notions de justice essentielle et de moralité » (p. 615). La cour a cité l’exemple d’un contrat relatif à la corruption d’enfants (p. 622). Elle a souligné qu’une simple différence entre les choix de politique générale que traduit le droit étranger et ceux qui ont été faits au Canada n’est pas suffisante pour que ce moyen de défense puisse être invoqué (p. 615-616). Cette approche reflète le principe voulant qu’il faille respecter la diversité des régimes juridiques qui existent dans le monde, tout en fixant des limites à ce principe. La règle de droit qui viole des préceptes moraux essentiels ou fondamentaux ne sera pas appliquée. Bien que la question soit toujours de savoir si le droit étranger viole les notions de justice essentielle et de moralité canadiennes, les préceptes de moralité et de justice applicables sont si fondamentaux qu’on peut affirmer qu’ils possèdent un caractère universel et qu’ils seront généralement respectés par tous les régimes juridiques équitables.

223

The defence of public policy should not, however, be reserved for such shockingly immoral laws that one would be hard-pressed to find a non-hypothetical example of the kind of law that would engage it. In my opinion, there is more work for this defence to do. It should also apply to foreign laws that offend basic tenets of our civil justice system, principles that are widely recognized as having a quality of essential fairness. Among these, I would include the idea that civil damages should only be awarded when the defendant is responsible for harm to the plaintiff, and the rule that punitive damages are available when the defendant’s conduct goes beyond mere negligence and is morally blameworthy in some way. These are basic principles of justice that are reflected in some form in most developed legal systems, although the particular form in which they are expressed may vary.

Cependant, le moyen de défense fondé sur l’ordre public ne doit pas être limité aux lois qui sont d’une immoralité si inacceptable qu’il serait difficile de trouver un exemple concret de cas où il serait possible de l’invoquer. J’estime que l’application de ce moyen de défense ne doit pas s’arrêter là. Il doit également pouvoir être invoqué à l’encontre de lois étrangères violant les règles fondamentales de notre système de justice civile, qui sont largement reconnues comme étant essentiellement équitables. J’inclurais notamment dans ces règles l’idée que des dommages-intérêts civils ne doivent être accordés que si le défendeur est responsable du préjudice subi par le demandeur, ainsi que la règle voulant qu’il soit possible d’accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la conduite du défendeur est plus que simplement négligente et est, dans un certain sens, moralement répréhensible. Ce sont là des principes de justice fondamentaux qui se retrouvent dans la plupart des régimes juridiques évolués, bien que la façon de les exprimer puisse varier d’un régime à l’autre.

A law which violates these basic tenets of justice would be fundamentally unfair and worthy of condemnation. A Canadian court presented with a judgment from a jurisdiction whose law provides, for example, that punitive damages can be awarded on the basis of simple negligence or strict liability ought to have a discretion to deny or limit the enforceability of the judgment on grounds of public policy.

This does not dispose of all the difficulties raised by large punitive damage awards, which in practice seldom result from the application of unjust laws. The most common source of punitive damage awards that are unusually high by international standards is the United States. In that country, it is more common to use punitive damages as an instrument of social engineering than it is in Canada, and American law tends to permit larger awards as a way of modifying the behaviour of well-funded defendants. There is nothing about that approach that is inherently offensive to Canadian ideas of basic fairness; it is simply a different policy choice, and it affords U.S. plaintiffs a level of protection of which they ought not necessarily to be deprived just because the defendant's assets are here. As far as I know, U.S. federal and state law generally allows for punitive damages only when the defendant's behaviour is morally blameworthy in some way. In this sense, their policy is similar in principle to ours even though the amounts awarded are sometimes startlingly high to Canadian eyes.

Serious problems can, however, arise when an exorbitant damage award is granted against a defendant whose actions were merely careless, rather than reprehensible, or where the defendant's actions were blameworthy enough to merit punitive damages in some amount but the amount awarded is so unimaginably large that it would only be justified as a response to the most heinous and despicable conduct. In many such cases, the applicable

Une loi violant ces principes de justice fondamentaux serait profondément inéquitable et mériterait d'être dénoncée. Ainsi, lorsqu'il est saisi d'un jugement émanant d'un ressort où la loi prévoit, par exemple, la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour cause de simple négligence ou de responsabilité stricte, un tribunal canadien devrait pouvoir en refuser ou en limiter l'exécution pour des raisons d'ordre public.

Cela ne résout pas toutes les difficultés posées par l'attribution de dommages-intérêts punitifs élevés qui, en pratique, découle rarement de l'application de lois injustes. C'est aux États-Unis que les dommages-intérêts punitifs sont le plus souvent extraordinairement élevés par rapport à ceux accordés dans d'autres pays. Dans ce pays, on recourt plus souvent qu'au Canada aux dommages-intérêts punitifs pour tenter de transformer la société, et le droit américain tend à percevoir l'attribution de montants plus élevés comme un moyen de changer le comportement des défendeurs bien nantis. Cette approche n'a en soi rien de contraire aux notions d'équité fondamentale canadiennes; elle représente simplement un choix stratégique différent qui assure aux demandeurs américains une protection dont ils ne devraient pas nécessairement être privés du seul fait que les biens du défendeur sont situés au Canada. À ma connaissance, les lois américaines, tant fédérales que celles des États, ne permettent généralement l'attribution de dommages-intérêts punitifs que si le comportement du défendeur est, dans un certain sens, moralement répréhensible. À cet égard, leur politique sous-jacente est, en principe, semblable à la nôtre même si les montants accordés peuvent parfois paraître excessifs aux yeux des Canadiens et des Canadiennes.

De graves problèmes peuvent toutefois survenir dans le cas où un défendeur ayant simplement agi de façon négligente, mais non répréhensible, se voit ordonner de verser des dommages-intérêts exorbitants, ou dans celui où les actes du défendeur sont assez répréhensibles pour justifier un certain montant de dommages-intérêts punitifs, mais où le montant accordé est si incroyablement élevé qu'il ne saurait être justifié que pour

224

225

226

law does not, in theory at least, support the size of the damage award. Such awards may be fixed by juries or judges who may not apply the law with the utmost scrupulousness, and they are often overturned on appeal.

le comportement le plus haineux et le plus ignoble. Dans bon nombre de ces situations, le droit applicable ne justifie pas, en théorie du moins, le montant des dommages-intérêts accordés. Ces dommages-intérêts peuvent être fixés par des jurys ou des juges qui ne sont pas toujours susceptibles d'appliquer la loi avec le plus de rigueur, et sont souvent annulés en appel.

227

Some very large judgments of this kind have gained a certain level of notoriety and are probably the first to come to mind when concerns about the size of punitive damage awards are raised. A well-known example is *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), where the United States Supreme Court overturned a judgment of the Alabama Supreme Court which had awarded \$2 million against BMW because they had sold the defendant a car without revealing that it had been repainted.

Certains jugements de cette nature, qui accordent des sommes très élevées, ont acquis une certaine notoriété et sont probablement les premiers qui viennent à l'esprit lorsque des questions sont soulevées au sujet de l'importance des dommages-intérêts punitifs accordés. Un exemple bien connu est l'arrêt *BMW of North America, Inc. c. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), où la Cour suprême des États-Unis a infirmé le jugement de la Cour suprême de l'Alabama ordonnant à BMW de verser 2 millions de dollars parce qu'elle avait vendu une voiture au défendeur sans l'informer qu'elle avait été repeinte.

228

Another example is the *Loewen* case, where a Mississippi jury awarded \$500 million (including punitive damages of \$400 million) against a funeral company based in British Columbia for anti-competitive behaviour. The Mississippi court rules made the defendant's right to appeal conditional on the posting of a bond worth 125 percent of the damages owed. The defendants settled the case in 1996, and went on to file a NAFTA claim against the United States, arguing that the verdict amounted to an uncompensated appropriation of foreign investors' assets. This claim was ultimately unsuccessful, but the NAFTA tribunal remarked on the unfairness of the verdict and the appearance that improper considerations had played a part in inflating it; the trial judge had allowed the plaintiff's attorney to make irrelevant and prejudicial references to matters of race and class and to the fact that the defendants were foreign nationals (*Loewen Group, Inc. v. United States of America*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB(AF)/98/3, June 26, 2003, at para. 4). See also J. A. Talpis, "If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction*

Un autre exemple est l'affaire *Loewen*, où un jury du Mississippi a ordonné à une société de pompes funèbres ayant son siège social en Colombie-Britannique de verser 500 millions de dollars (incluant des dommages-intérêts punitifs de 400 millions de dollars) pour cause de comportement anticoncurrentiel. Les règles de procédure du Mississippi subordonnaient le droit d'appel du défendeur au dépôt d'un cautionnement équivalant à 125 pour 100 des dommages-intérêts dus. Les défendeurs ont réglé l'affaire en 1996, et ont ensuite intenté contre les États-Unis une action fondée sur l'ALÉNA, dans laquelle ils alléguaient que le verdict équivalait à une appropriation, sans contrepartie, des biens d'un investisseur étranger. En définitive, leur action a été rejetée, mais le tribunal de l'ALÉNA a commenté le caractère inéquitable du verdict et le fait que des facteurs inappropriés semblaient avoir contribué à gonfler le montant accordé; le juge de première instance avait permis à l'avocat du demandeur de s'éloigner du sujet et de causer un préjudice en le laissant évoquer des questions de race et de classe sociale ainsi que le fait que les défendeurs étaient des ressortissants étrangers (*Loewen Group, Inc. c. United States*

in *Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001).

In cases like those referred to above, the problem is not that the law of the foreign jurisdiction conflicts with Canadian public policy, but that the facts of the case do not really justify the size of the award even under the foreign law. These are issues that, in my view, engage the defence of natural justice rather than that of public policy.

(2) Fraud

Fraud perpetrated on the court that issued the foreign judgment is a defence to its enforcement in Canada. The defence of fraud is hard to reconcile with the principle that the original court's findings of fact are final and binding. As Castel and Walker, *supra*, observe, "[t]he difficulty lies in defining the extent to which the defence of fraud can be considered without reviewing the deliberations of the foreign court or reconsidering the merits of the claims or defences adjudicated in the foreign proceeding" (pp. 14-24 and 14-25).

Courts have attempted to resolve this conflict by distinguishing between the kind of fraud of which evidence will be admitted by the domestic court, and allegations of fraud which are considered to have been directly or impliedly disposed of by the foreign judgment and cannot be raised again. Different courts have drawn the line in different places. At one end of the spectrum is the very strict rule followed in *Woodruff v. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242, admitting only evidence of "extrinsic fraud" (fraud going to the jurisdiction of the court that issued the judgment, or affecting the defendant's opportunity to present her case). At the other is the liberal

of *America*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, n° ARB(AF)/98/3, 26 juin 2003, par. 4). Voir aussi J. A. Talpis, « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001).

Dans les affaires comme celles mentionnées plus haut, le problème tient non pas à ce que le droit du ressort étranger est contraire à l'ordre public canadien, mais plutôt à ce que les faits de l'affaire ne justifient pas vraiment le montant accordé, même sous le régime du droit étranger. À mon avis, de telles questions donnent ouverture au moyen de défense fondé sur la justice naturelle et non à celui fondé sur l'ordre public.

(2) La fraude

La fraude dont a été l'objet le tribunal qui a rendu le jugement étranger constitue un moyen de défense opposable à l'exécution de ce jugement au Canada. Le moyen de défense fondé sur la fraude se concilie difficilement avec le principe voulant que les conclusions de fait du tribunal d'origine aient force de chose jugée. Comme le font observer Castel et Walker, *op. cit.*, [TRADUCTION] « [i]l est difficile de déterminer la mesure dans laquelle il est possible d'apprécier le moyen de défense fondé sur la fraude sans réexaminer les délibérations du tribunal étranger ou le bien-fondé des allégations ou des moyens de défense sur lesquels le tribunal s'est prononcé au cours de l'instance à l'étranger » (p. 14-24 et 14-25).

Les tribunaux ont tenté de résoudre ce problème en établissant une distinction entre le type de fraude dont la preuve sera admise par le tribunal national et les allégations de fraude sur lesquelles, considère-t-on, le tribunal étranger s'est prononcé directement ou implicitement dans son jugement et qui ne peuvent être réitérées. L'endroit où les tribunaux ont tracé la ligne n'est pas le même dans tous les cas. À une extrémité du spectre, on retrouve la règle très stricte appliquée dans l'affaire *Woodruff c. McLennan* (1887), 14 O.A.R. 242, voulant que seule soit recevable la preuve de « fraude extrinsèque » (la fraude ayant une incidence sur la compétence du

229

230

231

rule followed by the English courts in *Abouloff v. Oppenheimer* (1882), 10 Q.B.D. 295 (C.A.), and recently affirmed by the House of Lords in *Owens Bank Ltd. v. Bracco*, [1992] 2 All E.R. 193, whereby the judgment will be vitiated by evidence that the foreign court was deliberately deceived on any matter, including on the merits of the case. A middle position was taken by the Ontario Court of Appeal in *Jacobs v. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496, and in this case, where it was held that fraud can only be argued on the basis of fresh evidence that was not known, and could not have been discovered with reasonable effort, at the time of the original decision.

tribunal ayant prononcé le jugement ou sur la possibilité pour le défendeur d'exposer son point de vue). À l'autre extrémité du spectre, on rencontre la règle libérale que les tribunaux anglais ont appliquée dans l'affaire *Abouloff c. Oppenheimer* (1882), 10 Q.B.D. 295 (C.A.), et que la Chambre des lords a récemment confirmée dans l'arrêt *Owens Bank Ltd. c. Bracco*, [1992] 2 All E.R. 193. Selon cette règle, le jugement est vicié s'il est prouvé que le tribunal étranger a délibérément été induit en erreur sur une question, y compris celle du bien-fondé de l'affaire. Dans l'arrêt *Jacobs c. Beaver* (1908), 17 O.L.R. 496, comme dans la présente affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté une solution de compromis en statuant que la fraude ne peut être invoquée qu'à la lumière de nouveaux éléments de preuve qui, à l'époque de la décision initiale, étaient inconnus et impossibles à découvrir au prix d'un effort raisonnable.

232

It should be noted that each of these approaches represents a compromise between the conflicting propositions that the original judgment is conclusive and that a judgment obtained by deception or based on false facts should not be enforced. Even under the permissive English rule, the foreign court's factual conclusions can only be displaced by proof of conscious and intentional deception; it is not enough to argue that the foreign court drew the wrong conclusion from the evidence. In the *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784 (cited in *Abouloff*, *supra*, at p. 300), de Grey C.J. remarked that "although it is not permitted to show that the [foreign] Court was mistaken, it may be shown that they were misled" (p. 794). None of these compromises has an absolute claim to be the correct solution to the conundrum. What is the best approach depends on the context in which the rule is applied, and the most appropriate rule will be the one that is most conducive in the circumstances to furthering the objectives of private international law.

Il convient de noter que chacune de ces approches représente un compromis entre les propositions contradictoires voulant que le jugement initial soit définitif et qu'il n'y ait pas lieu d'exécuter un jugement obtenu par supercherie ou fondé sur de faux faits. Même selon la règle anglaise permissive, les conclusions de fait du tribunal étranger ne peuvent être écartées que s'il est prouvé qu'une supercherie a été commise sciemment et de propos délibéré. Il ne suffit pas d'alléguer que le tribunal étranger n'a pas tiré la bonne conclusion de la preuve. Dans l'affaire *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 Sm. L.C. (8th ed.) 784 (citée dans l'arrêt *Abouloff*, précité, p. 300), le juge en chef de Grey a fait remarquer, à la p. 794, que [TRADUCTION] « quoiqu'il ne soit pas permis de démontrer que le tribunal [étranger] a commis une erreur, on peut prouver qu'[il] a été induit en erreur ». Aucun de ces compromis ne saurait être considéré comme étant incontestablement la bonne façon de résoudre ce problème épineux. La meilleure approche dépend du contexte dans lequel la règle est appliquée, et la règle la plus appropriée est celle qui, dans les circonstances, contribue le mieux à réaliser les objectifs du droit international privé.

233

I agree with Major J. that in general the rule that the defence of fraud must be based on previously

Je conviens avec le juge Major qu'en général la règle voulant que le moyen de défense fondé sur

undiscoverable evidence is a reasonably balanced solution. The distinction between extrinsic and intrinsic fraud is, as Major J. says, an obscure one which creates uncertainty. It is also unduly strict; as Jennings J. noted in the court below, it leaves space for the fraud defence that is not already occupied by a principled jurisdiction test and by the defence of natural justice (p. 140). On the other hand, defendants usually should not be allowed to reargue matters that they already raised before the foreign court, or chose not to raise there. These considerations suggest that the “extrinsic fraud” approach is too narrow and the “intentional fraud” approach too broad; the rule that only fresh evidence of fraud can be looked at by the enforcing court is, generally speaking, a good compromise.

I would not, however, rule out the possibility that a broader test should apply to default judgments in cases where the defendant’s decision not to participate was a demonstrably reasonable one. If the defendant ignored what it justifiably considered to be a trivial or meritless claim, and can prove on the civil standard that the plaintiff took advantage of his absence to perpetrate a deliberate deception on the foreign court, it would be inappropriate to insist that a Canadian court asked to enforce the resulting judgment must turn a blind eye to those facts. In *Powell v. Cockburn*, [1977] 2 S.C.R. 218, at p. 234, Dickson J. (as he then was) observed that “[t]he aim of the Courts, in refusing recognition because of fraud, is to prevent abuse of the judicial process.” In my opinion, enforcement of a judgment that was obtained by intentionally misleading the foreign court in the kind of circumstances I have outlined could well amount to an abuse of the judicial process. In my opinion, a more generous version of the fraud defence ought to be available, as required, to address the dangers of abuse associated with the loosening of the jurisdiction test to admit a broad

la fraude ne puisse être invoqué qu’à la lumière d’éléments de preuve impossibles à découvrir antérieurement représente un juste milieu raisonnable. Comme l’affirme le juge Major, la distinction entre la fraude extrinsèque et la fraude intrinsèque est une distinction obscure qui crée de l’incertitude. Elle est également trop stricte; comme le juge Jennings l’a fait remarquer en première instance, la place qu’elle fait au moyen de défense fondé sur la fraude n’est pas déjà occupée par un critère de compétence fondé sur des principes et par le moyen de défense fondé sur la justice naturelle (p. 140). Par ailleurs, les défendeurs ne devraient généralement pas être admis à débattre à nouveau des questions qu’ils ont déjà soulevées devant le tribunal étranger ou qu’ils avaient décidé de ne pas y soulever. Ces facteurs indiquent que l’approche fondée sur la « fraude extrinsèque » demeure trop restrictive et que celle fondée sur la « fraude commise de propos délibéré » devient trop large. De façon générale, la règle voulant que le tribunal saisi puisse examiner seulement une nouvelle preuve de fraude représente un bon compromis.

Cependant, je n’écarterais pas la possibilité d’appliquer un critère plus large aux jugements par défaut dans les situations où la décision du défendeur de ne pas participer à l’instance était manifestement raisonnable. Dans le cas où le défendeur n’a pas réagi à ce qu’il considérait, à juste titre, comme étant une demande futile et dénuée de fondement, et où il peut prouver, selon la norme applicable en matière civile, que le demandeur a profité de son absence pour délibérément induire en erreur le tribunal étranger, on serait malvenu de soutenir qu’un tribunal canadien saisi d’une demande d’exécution du jugement qui a résulté doit fermer les yeux sur ces faits. Dans l’arrêt *Powell c. Cockburn*, [1977] 2 R.C.S. 218, p. 234, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a d’ailleurs signalé qu’« [e]n refusant de reconnaître les jugements entachés de fraude, les tribunaux essaient d’empêcher que l’on abuse du système judiciaire. » Selon moi, l’exécution d’un jugement que l’on a obtenu en induisant délibérément en erreur le tribunal étranger, dans des circonstances comme celles que j’ai exposées, pourrait bien constituer un abus du système judiciaire. J’estime que l’on devrait

category of formerly unenforceable default judgments.

(3) Natural Justice

235 A foreign judgment will not be enforced in Canada if the foreign proceedings were contrary to natural justice. The defence concerns the procedure by which the foreign court reached its decision. The clearest examples of a deprivation of natural justice occur when the defendant lacks notice of the foreign proceedings or an opportunity to present his case to the court.

236 In my opinion, two developments should be recognized in connection with this defence. First, the requirements of notice and a hearing should be construed in a purposive and flexible manner. Secondly, substantive principles of justice should also be included in the scope of the defence. The ultimate inquiry is always whether the foreign judgment was obtained in a manner that was fair to the defendant and consistent with basic Canadian notions of justice.

237 The purposive interpretation of the notice requirement was addressed in some detail by Weiler J.A. in her dissenting opinion in the court below ((2001), 54 O.R. (3d) 641). The notice requirement is based on “the underlying fundamental principle of justice that defendants have a right to know the case against them and to make an informed decision as to whether or not to present a defence” (pp. 675-76).

238 Notice is adequate when the defendant is given enough information to assess the extent of his or her jeopardy. This means, among other things, that the defendant should be made aware of the approximate amount sought. Canadian procedural rules require that the amount of damages claimed be stated in the pleadings (Weiler J.A., at p. 676). This is not

pouvoir invoquer une version plus généreuse du moyen de défense fondé sur la fraude lorsque cela s’avère nécessaire pour réduire les risques d’abus liés à l’assouplissement du critère de compétence qui permet désormais la reconnaissance d’une large catégorie de jugements par défaut auparavant inexécutoires.

(3) La justice naturelle

Un jugement étranger ne sera pas exécuté au Canada si l’instance à l’étranger a violé les règles de justice naturelle. Le moyen de défense dont il est ici question vise la procédure que le tribunal étranger a suivie pour rendre sa décision. Les cas les plus évidents de déni de justice naturelle sont ceux où le défendeur n’est pas avisé des procédures à l’étranger ou n’a pas la possibilité d’exposer son point de vue devant le tribunal.

À mon avis, ce moyen de défense doit être remanié sous deux aspects. Premièrement, les exigences en matière d’avis et d’audience doivent recevoir une interprétation téléologique et souple. Deuxièmement, ce moyen de défense doit également englober les principes de justice substantiels. En définitive, il s’agit toujours de déterminer si le jugement étranger a été obtenu d’une manière à la fois équitable pour le défendeur et conforme aux notions de justice fondamentales canadiennes.

Dans ses motifs dissidents en Cour d’appel ((2001), 54 O.R. (3d) 641), la juge Weiler a soumis à un examen assez approfondi la question de l’interprétation téléologique de l’obligation de donner avis. Cette obligation repose sur [TRADUCTION] « le principe de justice fondamentale voulant que les défendeurs aient le droit de connaître ce qui leur est reproché et de prendre une décision éclairée quant à savoir s’ils présenteront ou non une défense » (p. 675-676).

L’avis est suffisant lorsque le défendeur reçoit assez de renseignements pour pouvoir mesurer l’ampleur du risque auquel il est exposé. Cela signifie, notamment, que le défendeur doit être informé du montant approximatif réclamé. Les règles de procédure canadiennes exigent que les actes de procédure précisent le montant des dommages-intérêts

the rule in all jurisdictions, and notice will still be adequate even where the pleadings do not conform to Canadian standards as long as the defendant is informed in some other way of the amount in issue.

A requirement of particular relevance to this appeal is that adequate notice must include alerting the defendant to the consequences of any procedural steps taken or not taken, to the extent that those consequences would not be reasonably apparent to someone in the defendant's position. The claimant bears a certain responsibility for ensuring that a defendant who is not reasonably in a position to understand the particular workings of the foreign process does not inadvertently give up defences or waive rights as a result.

Proper notice also requires alerting the defendant to the allegations that will be adjudicated at trial. The defendant must be informed, by the pleadings or otherwise, of the basis on which damages are sought and the case to be answered. As Weiler J.A. noted, if in fact damages are assessed "beyond the pleadings", then the defendant will not have had true notice of what would take place in the proceedings and will have been deprived of the opportunity to make an informed decision as to whether to participate (p. 676).

Authority for the proposition that natural justice comprises substantive principles of justice, as well as minimum procedural standards, is to be found in the judgment of the English Court of Appeal in *Adams v. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929, the leading English case on the enforcement of foreign judgments. The judgment sought to be enforced in that case originated in Texas and arose from a complex asbestos-poisoning action involving numerous plaintiffs and defendants. Damages were assessed in a rather unconventional way. On the suggestion of plaintiffs' counsel, the judge arrived at a global amount of damages to be distributed among

réclamés (la juge Weiler, p. 676). Ce n'est pas le cas dans tous les ressorts et, pourvu que le défendeur soit informé de quelque autre manière du montant réclamé, l'avis sera suffisant même si les actes de procédure ne respectent pas les normes canadiennes.

Une exigence particulièrement pertinente en l'espèce veut que, pour être suffisant, l'avis doive prévenir le défendeur des conséquences de toutes les démarches procédurales effectuées ou non effectuées, dans la mesure où ces conséquences ne seraient pas raisonnablement évidentes pour une personne dans la situation du défendeur. Jusqu'à un certain point, il incombe au demandeur d'éviter qu'un défendeur qui n'est pas raisonnablement en mesure de comprendre les particularités de la procédure étrangère renonce par inadvertance à des moyens de défense et, par le fait même, à des droits.

L'avis doit également prévenir le défendeur des allégations qui seront examinées et tranchées au procès. Le défendeur doit être informé, au moyen des actes de procédure ou autrement, des raisons pour lesquelles des dommages-intérêts sont réclamés, ainsi que de la preuve à réfuter. Comme la juge Weiler l'a souligné, si, en réalité, les dommages-intérêts sont évalués [TRADUCTION] « après la signification des actes de procédure », le défendeur n'est pas alors véritablement avisé de ce qui se passera au cours de l'instance et n'est pas non plus en mesure de prendre une décision éclairée quant à savoir s'il participera ou non (p. 676).

La proposition voulant que la justice naturelle englobe les principes de justice substantiels ainsi que des normes procédurales minimales trouve appui dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *Adams c. Cape Industries plc*, [1991] 1 All E.R. 929, qui est l'arrêt de principe en matière d'exécution des jugements étrangers en Angleterre. Dans cette affaire, le jugement dont on sollicitait l'exécution émanait du Texas et découlait d'une action complexe en matière d'empoisonnement à l'amiante, à laquelle avaient participé de nombreux demandeurs et défendeurs. L'évaluation des dommages-intérêts avait été effectuée d'une manière assez peu conventionnelle. À la

239

240

241

the plaintiffs in fixed amounts which were not based on proof of the damages suffered by each individual plaintiff. This method of calculating damages was held by the English court to be contrary to natural justice because it was “not the result of a judicial assessment of the individual entitlements of the respective plaintiffs” and because no proper judicial hearing had been held on the quantum of damages (*Adams, supra*, at p. 1042). Slade L.J. held that it was a principle of substantive justice that unliquidated damages must be assessed “objectively by the independent judge on proof by the plaintiff of the relevant facts” (p. 1050).

suggestion de l’avocat des demandeurs, le juge avait fixé un montant global de dommages-intérêts qu’il avait réparti en parts fixes entre les demandeurs, sans se fonder sur une preuve du préjudice qu’ils avaient respectivement subi. La cour anglaise a jugé que cette méthode de calcul des dommages-intérêts violait les règles de justice naturelle du fait qu’elle [TRADUCTION] « ne consistait pas en une évaluation judiciaire de ce à quoi chaque demandeur avait droit respectivement », et qu’aucune audience judiciaire régulière n’avait porté sur le montant des dommages-intérêts (*Adams*, précité, p. 1042). Le lord juge Slade a alors conclu qu’un principe de justice substantielle voulait que les dommages-intérêts non déterminés soient évalués [TRADUCTION] « objectivement par le juge indépendant après la présentation d’une preuve des faits pertinents par le demandeur » (p. 1050).

242

Adams sets out a flexible and pragmatic approach to the natural justice defence which is appropriate for the Canadian context following *Morguard*. I agree with the English Court of Appeal that the defence can be triggered by principles of substantive justice, such as the proposition that damages should be based on objective proof and judicial assessment. In Weiler J.A.’s words, “the ultimate guidepost in deciding whether the defence of natural justice may be raised is procedural fairness based on underlying fundamental principles of justice” (p. 675). The category is not closed. If a defendant can establish that the process by which the foreign judgment was obtained was contrary to the Canadian conception of natural justice — because the process itself is flawed, by reason of the way the plaintiff manipulated the process, or both — then the foreign judgment should not be enforced.

L’arrêt *Adams* applique au moyen de défense fondé sur la justice naturelle une approche à la fois souple, pragmatique et adaptée au contexte canadien postérieur à l’arrêt *Morguard*. Je conviens avec la Cour d’appel d’Angleterre que les principes de justice substantielle — comme celui voulant que les dommages-intérêts soient fondés sur une preuve objective et une évaluation judiciaire — peuvent permettre d’invoquer ce moyen de défense. Pour reprendre les termes utilisés par la juge Weiler, [TRADUCTION] « l’équité procédurale fondée sur les principes de justice fondamentale est la balise par excellence en matière de décision relative à la possibilité d’invoquer le moyen de défense fondé sur la justice naturelle » (p. 675). Cette catégorie n’est pas exhaustive. Il n’y a pas lieu d’exécuter le jugement étranger lorsque le défendeur peut établir que la procédure suivie pour l’obtenir était contraire à la notion canadienne de justice naturelle — du fait qu’elle est elle-même viciée ou à cause de l’utilisation qu’en a fait le demandeur, ou les deux à la fois.

243

Weiler J.A. understood La Forest J.’s allusion to “fair process” in *Morguard* to refer to the rules of natural justice (p. 671). My colleague Major J. also appears to be of this opinion when he states, under the heading of “The Defence of Natural Justice”, that the enforcing court must ensure that the judgment originates from a fair legal system (para. 61).

La juge Weiler a considéré que, lorsqu’il fait allusion à « l’équité de la procédure » dans l’arrêt *Morguard*, le juge La Forest parle, en fait, des règles de justice naturelle (p. 671). Mon collègue le juge Major paraît être du même avis lorsqu’il déclare, sous la rubrique « Le moyen de défense fondé sur la justice naturelle », que le tribunal saisi doit s’assurer

While these concepts are certainly related, in my view there is a meaningful distinction between the fairness of the legal system from which the judgment came and the fairness of the procedure followed in the particular case. Slade L.J. underlined this distinction in *Adams, supra*, when he observed that the Texas judgment originated from “an unimpeachable system of justice within one of the great common law jurisdictions of the world” (p. 1048). The defendants in *Adams* argued not that the judgment was a product of an unfair system of justice, but that the judge’s method of assessing damages did not comply with the rules of that system.

I would also note that La Forest J. expressly stated, in *Morguard, supra*, at p. 1103, that “fair process is not an issue within the Canadian federation”. I would not take this to mean that the defence of natural justice can never be available against enforcement of a Canadian judgment. Although the justice system in Canada is fair, it is possible for failures of the system to occur in individual cases. For these reasons, I would hold that the “fair process” referred to in *Morguard* means a legal system that is free from corruption and bias — a requirement which, it seems to me, is relevant to the questions of whether the foreign court’s jurisdiction should be recognized at all. The defence of natural justice, on the other hand, is concerned with whether the procedural steps followed in the particular case ensured that the defendant was treated with basic fairness.

Finally, the obligation of a defendant to pursue remedies available in the originating jurisdiction must be addressed. In *Adams, supra*, Slade L.J. held that opportunities for correcting a denial of natural justice that existed in the originating jurisdiction should be taken into account in assessing whether the defence of natural justice has been made out. It does not follow that the existence of such remedies automatically cures a failure of natural justice. Slade L.J. also recognized that the significance and weight

que le jugement émane d’un régime juridique équitable (par. 61). En dépit des liens indéniables entre ces notions, j’estime qu’il existe une différence significative entre l’équité du régime juridique d’où émane le jugement et l’équité de la procédure suivie dans l’affaire en cause. Le lord juge Slade a souligné cette différence dans l’arrêt *Adams*, précité, en faisant observer que le jugement du Texas émanait [TRADUCTION] « d’un système judiciaire irréprochable de l’un des plus grands ressorts de common law qui existe » (p. 1048). Dans l’arrêt *Adams*, les défendeurs ont soutenu non pas que le jugement émanait d’un système judiciaire inéquitable, mais plutôt que le juge avait utilisé une méthode d’évaluation des dommages-intérêts non conforme aux règles de ce système.

J’ajoute que, dans l’arrêt *Morguard*, précité, p. 1103, le juge La Forest a expressément déclaré que « l’équité de la procédure n’est pas en cause à l’intérieur de la fédération canadienne ». Selon moi, cela ne signifie pas qu’il n’est jamais possible d’opposer le moyen de défense fondé sur la justice naturelle à l’exécution d’un jugement prononcé au Canada. Bien que le système judiciaire canadien soit équitable, il se peut, dans certains cas, qu’il n’offre pas ce qu’on est en droit d’attendre de lui. Pour ces raisons, je conclus que « l’équité de la procédure » mentionnée dans l’arrêt *Morguard* s’entend d’un régime juridique libre de toute corruption et de tout parti pris — une exigence qui me semble utile pour décider s’il y a tout simplement lieu de reconnaître la compétence du tribunal étranger. Par contre, le moyen de défense fondé sur la justice naturelle touche à la question de savoir si la procédure suivie dans l’affaire en cause a permis au défendeur d’être traité avec un minimum d’équité.

Enfin, il faut examiner la question de l’obligation du défendeur d’exercer les recours disponibles dans le ressort d’origine. Dans l’arrêt *Adams*, précité, le lord juge Slade a conclu que, pour décider si le moyen de défense fondé sur la justice naturelle peut être invoqué, il convient de tenir compte de la possibilité qu’il y avait, dans le ressort d’origine, d’exercer des recours destinés à corriger un déni de justice naturelle. Il ne s’ensuit pas que l’existence de tels recours porte remède automatiquement aux

244

245

of the fact that remedies were available in the originating forum must be assessed in light of all the relevant factors, including “the reasonableness in the circumstances of requiring or expecting that [the defendants] made use of the remedy in all the particular circumstances” (pp. 1052-53).

D. Application of the Impeachment Defences to the Facts of this Case

(1) Public Policy

246

If the defence of public policy is understood as a bar to enforcing immoral or unjust foreign laws, it is not met here. The enforcement of such a large award in the absence of a connection either to harm suffered by the plaintiffs and caused by the defendants or to conduct deserving of punishment on the part of the defendants would be contrary to basic Canadian ideas of justice. But there is no evidence that the law of Florida offends these principles. On the contrary, the record indicates that Florida law requires proof of damages in the usual fashion. Treble damages are only available by statute to victims of crimes. There is no indication that punitive damages are available where the defendant’s conduct is not morally blameworthy.

247

In my view, the defects in the judgment, while severe, do not engage the public policy defence.

(2) Fraud

248

Under the rule that an allegation of fraud can only be considered if based on fresh evidence, the defence of fraud is not made out. All the facts that the appellants raise in this connection were known to them or could have been discovered at the time of the Florida action.

conséquences d’un déni de justice naturelle. Le lord juge Slade a ainsi reconnu que la portée et l’importance du fait que des recours pouvaient être exercés dans le ressort d’origine doivent être appréciés à la lumière de tous les facteurs pertinents, notamment [TRADUCTION] « la question de savoir s’il était raisonnable, dans les circonstances, d’exiger que [les défendeurs] exercent le recours dont ils disposaient, ou de s’attendre qu’ils le feraient » (p. 1052-1053).

D. Application aux faits de la présente affaire des défenses consistant à attaquer la validité du jugement

(1) L’ordre public

Si on perçoit le moyen de défense fondé sur l’ordre public comme un obstacle à l’application des lois étrangères immorales ou inéquitables, il n’est pas possible de l’invoquer en l’espèce. À défaut d’un lien soit avec un préjudice causé aux demandeurs par les défendeurs, soit avec une conduite des défendeurs qui mérite d’être punie, l’exécution d’un jugement accordant un montant de dommages-intérêts aussi élevé serait contraire aux notions de justice fondamentales canadiennes. Cependant, rien ne prouve que le droit de la Floride viole ces principes. Au contraire, le dossier indique que le droit de la Floride exige que la preuve du préjudice soit faite de la manière habituelle. La loi limite aux victimes d’acte criminel la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts triples. Rien n’indique qu’il est possible d’obtenir des dommages-intérêts punitifs lorsque la conduite du défendeur n’est pas moralement répréhensible.

À mon avis, les vices du jugement, si graves soient-ils, ne donnent pas ouverture au moyen de défense fondé sur l’ordre public.

(2) La fraude

Compte tenu de la règle prévoyant qu’une allégation de fraude ne peut être examinée que si elle repose sur de nouveaux éléments de preuve, le moyen de défense fondé par la fraude n’est pas recevable en l’espèce. Tous les faits que les appelants évoquent à l’appui de ce moyen de défense étaient connus d’eux ou auraient pu être découverts à l’époque de l’action en Floride.

A further issue arises as to whether evidence of deliberate deception would be enough to vitiate the judgment. In my opinion, this is the kind of case for which a more lenient interpretation of the fraud defence would, in principle, be appropriate, because the appellants' decision not to attend the Florida proceedings was a reasonable one. Full participation in the Florida action would have been expensive, time-consuming and difficult. The appellants' own knowledge of the facts convinced them that the claim was frivolous, to say the least; they were amazed that it even resulted in a lawsuit. They thought, and they had every reason to think, that even if the claim succeeded they would be liable for no more than about US\$8,000. Their conclusion that "the game was not worth the candle" was reasonable in the circumstances. Mr. Mulock testified that the defendants' non-participation might well have qualified as "excusable neglect" under Florida law due to the weakness of the claim and the fact that the defendants were foreign residents, among other factors. I see no reason why our law should deem these factors to be irrelevant.

If, in these circumstances, the plaintiffs took advantage of the opportunity to deceive the court by putting forward perjured or misleading evidence in order to obtain a higher award of damages, it would be unfair and contrary to the interests of the Canadian justice system for our courts to be obliged to enforce the judgment in spite of the fact that it was obtained by deception. Such conduct by counsel for the Florida plaintiffs would be contrary to the ethical obligations of Ontario lawyers to pursue their clients' interests by fair and honourable means and without misrepresentation of the facts, and Ontario courts should not be put in the position of having to reward that conduct handsomely when the perpetrator is a lawyer in another jurisdiction.

The difficulty the appellants face is that there is no evidence that anything of this kind happened,

Il faut alors également se demander si la preuve d'une supercherie commise de propos délibéré suffirait pour vicier le jugement. À mon avis, nous sommes en présence d'un cas où il conviendrait, en principe, de donner une interprétation plus généreuse du moyen de défense fondé sur la fraude, parce que la décision des appelants de ne pas participer aux procédures en Floride était raisonnable. En plus d'être onéreuse sur les plans du temps et de l'argent, leur pleine participation à l'action intentée contre eux en Floride aurait comporté une part de difficultés. En raison des faits qu'ils connaissaient, les défendeurs étaient persuadés que la demande en question était pour le moins frivole. Ils étaient même étonnés de constater qu'elle avait donné lieu à des poursuites en justice. Ils ont cru, et avaient toutes les raisons de croire, que même si les demandeurs avaient gain de cause, ils seraient tout au plus tenus de verser 8 000 \$US. Leur conclusion que [TRADUCTION] « le jeu n'en valait pas la chandelle » demeurait raisonnable dans les circonstances. Maître Mulock a affirmé que la non-participation des défendeurs aurait bien pu être qualifiée de [TRADUCTION] « négligence excusable » en droit de la Floride, à cause notamment de la faiblesse des allégations et du fait qu'ils résidaient à l'étranger. Je ne vois pas pourquoi notre droit devrait considérer que ces facteurs ne sont pas pertinents.

Si les demandeurs ont profité de ces circonstances pour induire le tribunal en erreur au moyen de parjures ou de tromperies dans le but d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés, il serait inéquitable et contraire aux intérêts du système judiciaire canadien que nos tribunaux soient tenus d'exécuter le jugement même dans le cas où il a été obtenu par supercherie. Une telle conduite de la part de l'avocat des demandeurs en Floride contredirait les principes du code de déontologie des avocats ontariens qui les obligent à défendre les intérêts de leurs clients par des moyens équitables et honnêtes, sans faire de présentation inexacte des faits. En outre, les tribunaux de l'Ontario ne devraient pas être tenus de récompenser généreusement une pareille conduite, même lorsque son auteur exerce dans un autre ressort.

La difficulté à laquelle se heurtent les appelants tient à ce que rien ne prouve que quelque chose du

249

250

251

because no record exists of the evidence and arguments put forward in the Florida damages hearing. Given the jury's findings, it is certainly a possibility, perhaps a strong possibility, that they were deliberately misled, but there are other possible explanations — for example, the plaintiffs may have presented only true facts and the jury might have misunderstood how the law applied to those facts. The allegation of fraud is a serious one, and the onus remains on the appellants to support it. It is significant that the appellants did not use their opportunity to question Mr. Beals or Mr. Groner, either in discovery or at trial, as to what was said in the damages hearing. Given the lack of evidence, even on the view that this judgment could be vitiated by proof of intentional fraud, the defence has not been made out. I agree with Major J. that the trial judge's findings of fact that the plaintiffs deliberately misled the jury are unsupported by the evidence and should not be upheld. The defence of fraud therefore does not apply. Natural justice, though, is a different matter.

(3) Natural Justice

252

The Ontario defendants were not given sufficient notice of the extent and nature of the claims against them in the Florida action. The claimants failed to give the defendants proper notice of the true nature of their claim and its potential ramifications. Furthermore, there was no notice as to the serious consequences to the defendants of failure to refile their defence in response to the claimant's repeatedly amended pleadings. As a result, the notice afforded to the defendants did not meet the requirements of natural justice.

253

The amount of damages claimed was not stated in the Amended Complaint. The only mention of a monetary amount was the formulaic reference to

genre s'est produit, vu l'absence de dossier faisant état des éléments de preuve et des arguments présentés en Floride lors de l'audience relative aux dommages-intérêts. Toutefois, à la lumière des conclusions qu'il a tirées, il y a de bonnes chances, voire même de fortes chances, que le jury ait été délibérément induit en erreur. Cependant, il existe d'autres explications possibles; par exemple, il se peut que les demandeurs n'aient présenté que des faits véridiques et que le jury ait mal compris la façon d'appliquer la loi à ces faits. L'allégation de fraude constitue une allégation grave et il appartient aux appelants de l'étayer. Fait révélateur, ceux-ci n'ont pas saisi l'occasion que leur offraient l'interrogatoire préalable et le procès pour interroger M. Beals ou M^e Groner sur ce qui s'était dit à l'audience relative aux dommages-intérêts. En l'absence de preuve, il n'est pas possible d'invoquer ce moyen de défense même en tenant pour acquis que le jugement serait vicié si on pouvait établir l'existence d'une fraude commise de propos délibéré. Je partage l'avis du juge Major que, parce qu'elles ne sont pas étayées par la preuve, on ne peut retenir les conclusions de fait du juge de première instance selon lesquelles les demandeurs ont délibérément induit en erreur le jury. Le moyen de défense fondé sur la fraude ne peut donc pas être invoqué. Toutefois, il en va tout autrement en ce qui concerne la justice naturelle.

(3) La justice naturelle

Les défendeurs ontariens n'ont pas suffisamment été avertis de l'étendue et de la nature des allégations formulées contre eux dans le cadre de l'action intentée en Floride. Les demandeurs n'ont pas informé correctement les défendeurs de la véritable nature de leur demande et des conséquences qu'elle pourrait entraîner. Les défendeurs n'ont pas non plus été avisés des risques sérieux auxquels les exposerait le défaut de déposer de nouveau leur défense pour répondre aux actes de procédure maintes fois modifiés des demandeurs. Par conséquent, l'avis donné aux défendeurs ne satisfaisait pas aux exigences de la justice naturelle.

La plainte modifiée n'indiquait pas le montant des dommages-intérêts réclamés. Le seul montant indiqué se trouvait dans la mention des

damages over \$5,000 required to give the Florida Circuit Court monetary jurisdiction. This form of pleading did not give the defendants a clear picture of what was at stake. Indeed, Mr. Groner testified that as a matter of Florida practice they were expected to find out exactly what was being claimed through discovery.

Nor did the Amended Complaint set out with any precision the allegations on the basis of which damages, beyond the sale price of the land, were claimed. There is reference to construction costs and lost revenue, but none to the plaintiffs' assertion that the planned model home was to be rented to their company, Fox Chase Homes, and used to obtain further construction contracts. In fact, there is no mention at all of Fox Chase Homes. As Weiler J.A. noted, the plaintiffs could easily have provided the defendants with a copy of Mr. Beals's deposition, where he explained these matters, and thus ensured that the defendants were aware that significant business losses were being claimed (p. 677). But the plaintiffs failed to alert the defendants to the peril they faced in this or any other way.

Perhaps the most important failure of natural justice in this case is the fact that the defendants were not given notice of the consequences of failing to continue to file new defences to the repeated changes to the Amended Complaint. There was nothing on the face of the Amended Complaint that would alert them to the need to refile, especially since the allegations against them remained unaltered. The annulment of their defence resulted from a technicality of Florida procedure of which defendants from a foreign jurisdiction could hardly be expected to be aware. Again, the plaintiffs could easily have advised them that a new defence was required, but they did not. The defendants had no warning of the danger in which they placed themselves simply by assuming that their initial defence was, as it appeared to be, an adequate response to the Amended Complaint. Not only did they lack the information they needed to assess whether or not

dommages-intérêts supérieurs à 5 000 \$ requise pour que la Cour de circuit de la Floride ait compétence. Cette forme d'acte de procédure ne donnait pas aux défendeurs une idée précise de ce qui était en jeu. En fait, M^e Groner a témoigné que, conformément à une règle de pratique de la Floride, on s'attendait à ce que les défendeurs prennent connaissance du montant exact de la réclamation à l'interrogatoire préalable.

La plainte modifiée ne précisait pas non plus les allégations qui sous-tendaient la réclamation de dommages-intérêts supérieurs au prix de vente du terrain. Elle faisait état des coûts de construction et de la perte de revenus, mais non de l'affirmation des demandeurs que la maison-témoin projetée serait louée à leur société, la Fox Chase Homes, et servirait à obtenir d'autres contrats de construction. En réalité, il n'y est absolument pas question de la Fox Chase Homes. Comme l'a fait remarquer la juge Weiler, les demandeurs auraient pu aisément fournir aux défendeurs une copie de la déposition contenant ces explications de M. Beals et, par le fait même, s'assurer que les défendeurs sauraient qu'un montant élevé leur était réclamé pour des pertes d'entreprise (p. 677). Cependant, les demandeurs n'ont pas prévenu les défendeurs du risque auquel ils étaient exposés à cet égard ou à tout autre égard.

En l'espèce, le déni de justice naturelle le plus grave tient peut-être au fait que les défendeurs n'ont pas été informés des conséquences que pourrait entraîner leur défaut de déposer de nouveau leur défense chaque fois que la plainte modifiée était modifiée de nouveau. A priori, la plainte modifiée ne les prévenait pas de la nécessité de déposer de nouveau leur défense, d'autant plus que les allégations formulées contre eux restaient les mêmes. L'annulation de leur défense résultait d'un détail de la procédure de la Floride, que des défendeurs dans un ressort étranger n'étaient guère réputés connaître. Là encore, les demandeurs auraient pu facilement avertir les défendeurs de la nécessité de produire une nouvelle défense, mais ils ne l'ont pas fait. Les défendeurs n'ont pas été prévenus du risque auquel ils seraient exposés s'ils se contentaient de présumer que leur défense initiale se révélerait une réponse suffisante à la plainte modifiée. Non seulement ne

254

255

they should defend; their failure to defend was not in any genuine sense a product of their own volition.

possédaient-ils pas toute l'information requise pour décider s'ils se défendraient ou non, mais encore l'omission de se défendre n'était pas vraiment délibérée de leur part.

256

A foreign plaintiff who expects to have a judgment in his or her favour enforced by a Canadian court has a responsibility to ensure that the defendant is in a position to make an informed decision about how to respond. If the defendant can show that the plaintiff failed to discharge that responsibility, the court should refuse to enforce the judgment on the basis that the defendant was deprived of proper notice, a basic condition of natural justice. In this case, the Florida claimants should have notified the appellants of the steps they could take after new versions of the Amended Complaint were filed and, more importantly, of the consequences of not taking those steps. Because they failed to do so, the appellants were unaware of the danger that their defence would lapse.

Un demandeur étranger qui s'attend à ce qu'un tribunal canadien exécute un jugement prononcé en sa faveur doit s'assurer que le défendeur est en mesure de prendre une décision éclairée sur la réponse qu'il donnera. Si le défendeur peut démontrer que le demandeur ne s'est pas acquitté de cette obligation, le tribunal doit alors refuser d'exécuter le jugement pour le motif que le défendeur n'a pas été informé correctement, contrairement à une exigence fondamentale de la justice naturelle. En l'espèce, les demandeurs en Floride auraient dû aviser les appelants des mesures qu'ils pourraient prendre à la suite du dépôt d'autres versions de la plainte modifiée et, qui plus est, des conséquences qu'entraînerait leur défaut de prendre ces mesures. En l'absence d'un tel avertissement, les appelants n'étaient pas conscients du risque que leur défense tombe en désuétude.

257

I would also note that in this case it appears that the judgment may have offended substantive principles of natural justice of the kind addressed in *Adams, supra*. It seems likely that the quantum of damages was fixed without proof that damages flowed from harm suffered by the plaintiffs as a result of the defendants' actions, and that punitive damages were awarded without demonstration of conduct on the defendants' part that was deserving of punishment. The problem, again, is that we do not know what was offered in evidence in the damages hearing in Florida. The conclusion seems all but inescapable that one of two things happened: either the Florida court was presented with false evidence on the damages issue, or it reached its conclusion without a proper judicial assessment of the conditions required, both by Florida law and as a matter of natural justice, to support an award of unliquidated damages. But because there is no transcript of the damages hearing and no other clear evidence of what took place there, neither scenario has been proven.

Je tiens également à souligner la possibilité qu'en l'espèce le jugement ait violé des règles substantielles de justice naturelle comme celles examinées dans l'arrêt *Adams*, précité. Il semble probable que le montant des dommages-intérêts a été fixé sans qu'il ait été établi que les actes des défendeurs avaient causé un préjudice aux demandeurs, et que les dommages-intérêts punitifs ont été accordés sans qu'on ait démontré que la conduite des défendeurs méritait d'être punie. Là encore, le problème tient au fait que nous ignorons la nature de la preuve présentée en Floride lors de l'audience relative aux dommages-intérêts. Force, semble-t-il, est de conclure que l'un des deux scénarios suivants a pris place : le tribunal de la Floride a soit entendu des faux témoignages sur la question des dommages-intérêts, soit tiré sa conclusion après avoir mal évalué les conditions qui, selon la loi de la Floride et les règles de justice naturelle, devaient être remplies pour qu'il puisse accorder des dommages-intérêts non déterminés. Cependant, il a été impossible d'établir l'existence de l'un ou l'autre de ces scénarios en l'absence de transcription des débats de l'audience relative aux dommages-intérêts et de preuve claire de ce qui s'y est passé.

A deficiency in the fairness of the procedure by which the Florida court reached its decision having been established, the availability of remedies for that deficiency in Florida falls to be considered. The defendants did have options for correcting the problem in Florida. They could have moved for relief based on excusable neglect, or appealed. They did not avail themselves of those remedies.

What this means for the appellants' entitlement to rely on the natural justice defence must be ascertained by considering the reasonableness in all the circumstances of requiring them to make use of the remedies available in Florida. We must look at the reasons why they decided not to go to Florida to attack the judgment, but chose instead to trust that the Ontario courts would not enforce it.

The defendants' main reason for deciding as they did was that they were following the advice (which turned out to be erroneous) of legal counsel. They were told that if they went to Florida to challenge the judgment, Ontario courts would regard them as having attorned to Florida's jurisdiction and would be more likely to enforce the judgment against them. Given the information they had, the decision not to take steps in Florida was not only understandable but the only sensible option.

The majority appears to be of the view that the appellants are not entitled to any relief from the consequences of relying on mistaken legal advice. In my view, the mere fact that a defendant has received mistaken legal advice should not operate to relieve the claimant entirely of the consequences of a significant or substantial failure to observe the rules of natural justice, and it should not, in itself, bar the appellants from relying on this defence. I agree with Weiler J.A. that the reasonableness of expecting a defendant to use a remedy in a foreign jurisdiction must be assessed from that person's point of view. If the defendants were under a misapprehension as a result of reasonable reliance on the advice of counsel as to the relative risks of the options open

Après avoir démontré que la procédure que le tribunal de la Floride a suivie pour arriver à sa décision était inéquitable, il reste à examiner les recours qui pouvaient alors être exercés. Les défendeurs avaient la possibilité de remédier au problème en Floride soit en plaidant la négligence excusable pour faire annuler le jugement rendu par défaut contre eux, soit en portant ce jugement en appel. Cependant, ils n'ont pas exercé ces recours.

Pour déterminer l'incidence du défaut d'exercer ces recours sur le droit des appelants d'invoquer la justice naturelle comme moyen de défense, il faut décider si, dans les circonstances, il aurait été raisonnable de les obliger à exercer les recours disponibles en Floride. On doit se demander pourquoi ils ont choisi non pas de se rendre en Floride pour contester le jugement, mais plutôt de compter sur son inexécution par les tribunaux ontariens.

La décision des défendeurs était surtout motivée par les conseils — qui se sont, par la suite, révélés erronés — obtenus auprès d'un conseiller juridique. Celui-ci leur avait donné l'opinion que, s'ils allaient contester le jugement en Floride, les tribunaux ontariens considéraient cela comme un acquiescement à la compétence du tribunal de la Floride et seraient plus susceptibles d'exécuter le jugement prononcé contre eux. Compte tenu de ce qu'ils savaient, leur décision de s'abstenir d'entreprendre des démarches en Floride était non seulement compréhensible, mais encore représentait le seul choix raisonnable.

Les juges majoritaires semblent être d'avis que les appelants ne sauraient d'aucune manière échapper aux conséquences de leur décision de suivre des conseils juridiques erronés. Selon moi, le simple fait qu'un défendeur ait reçu des conseils juridiques erronés ne devrait ni soustraire le demandeur à toutes les conséquences d'une violation importante ou substantielle des règles de justice naturelle, ni empêcher, en soi, les appelants d'invoquer ce moyen de défense. Je souscris à l'opinion de la juge Weiler selon laquelle il faut se placer du point de vue du défendeur pour décider si on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il exerce un recours dans un ressort étranger. S'il était raisonnable que les défendeurs ajoutent foi à l'opinion qu'un avocat leur avait

258

259

260

261

to them, their assessment of the risks should not for that reason be discounted. This Court recognized in *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 516, that a party should not be penalized for an error which is solely that of counsel, where the party itself has acted with diligence. This is not to say that a lawyer's mistake will always be an excuse for not participating in foreign proceedings. The totality of the circumstances must be examined. In this case, the appellants did their best to deal with the dispute conscientiously. In retrospect, it seems that applying for relief in the Florida court would have been a wiser choice, but no reasonable person in their position would have thought so at the time the choice was made.

donnée au sujet des risques relatifs que comportaient les choix qui s'offraient à eux, il faut alors éviter de minimiser l'importance de leur mauvaise évaluation des risques auxquels ils étaient exposés. Dans l'arrêt *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516, notre Cour a reconnu que la partie qui a elle-même agi avec diligence ne doit pas être pénalisée pour une erreur commise uniquement par son avocat. Cela ne signifie pas que l'erreur d'un avocat excuse, dans tous les cas, la non-participation à une instance à l'étranger. Il faut examiner l'ensemble des circonstances. En l'espèce, les appelants ont fait de leur mieux pour conclure ce litige de manière raisonnable. Avec le bénéfice du recul, il semble qu'il aurait été plus sage d'exercer un recours devant le tribunal de la Floride, mais aucune personne raisonnable se trouvant dans la situation des appelants n'aurait pu le croire à l'époque où ils ont fait leur choix.

262

A second factor relevant to the appellants' decision not to make use of remedies in Florida is their knowledge of the circumstances that would entitle them to such a remedy. In *Adams, supra*, the defendants' failure to appeal the judgment in Texas was not dispositive, because the procedural irregularities that would have formed the basis of an appeal were not apparent on the face of the judgment. The only way that the defendants could have known about those defects was if they had participated in the proceedings. The court did not consider it fair to charge the defendants with knowledge of procedural irregularities that they would have known about had they attended the proceedings. The plaintiffs had the responsibility of avoiding procedural errors that would prevent enforcement in England. I agree with this reasoning, which in my view is also applicable to the present case. When the appellants received the Florida judgment, all they knew was the amount awarded against them. There was nothing to inform them of the method by which the Florida court reached its conclusion or to alert them to problems with that method that might form the basis of an appeal or a motion to set the judgment aside.

La décision des appelants de ne pas exercer un recours en Floride s'explique également par la connaissance qu'ils avaient des conditions requises pour pouvoir l'exercer. Dans l'arrêt *Adams*, précité, l'omission des défendeurs de porter le jugement en appel au Texas n'était pas déterminante puisque les irrégularités procédurales qui auraient justifié un appel ne ressortaient pas a priori du jugement. Seule la participation à l'instance aurait permis aux défendeurs de prendre connaissance de ces irrégularités. Selon le tribunal, il n'était pas juste de reprocher aux défendeurs d'avoir été au fait d'irrégularités procédurales dont ils n'auraient pu prendre connaissance que s'ils avaient participé à l'instance. Il incombait aux demandeurs d'éviter de commettre des erreurs procédurales qui empêcheraient l'exécution du jugement en Angleterre. Je souscris à ce raisonnement qui, selon moi, s'applique également en l'espèce. Lorsqu'ils ont reçu le jugement de la Floride, les appelants ont seulement pris connaissance du montant de dommages-intérêts qu'ils étaient condamnés à verser. Rien ne les renseignait sur la procédure que le tribunal de la Floride avait suivie pour arriver à sa conclusion, ni ne les prévenait des problèmes liés à cette procédure qui pourraient éventuellement justifier un appel ou une requête en annulation de jugement.

Finally, the appellants' perception of the quality of justice they were likely to receive in Florida must be taken into consideration. The evidence at trial was that Florida's legal system provides all the appropriate protections for judgment debtors in the appellants' position, and probably would have afforded them a remedy in these circumstances. But at the relevant time the appellants did not know this; they only knew that Florida's legal system had produced a judgment against them for an astronomical amount, a verdict that was difficult to reconcile with the simple facts they had set out in their defence. Their apprehensiveness about going back to that very legal system to seek relief was, in the circumstances, understandable.

(4) Residual Concerns

The facts of this appeal raise very serious concerns about the fairness of enforcing the Florida judgment which do not fit easily into the categories identified by the traditional impeachment defences. I have stated my conclusion that the facts do trigger the defence of natural justice, if it is interpreted in a purposive and flexible manner. Even if the natural justice defence did not apply, however, I would hold that this judgment should not be enforced.

The circumstances of this case are such that the enforcement of this judgment would shock the conscience of Canadians and cast a negative light on our justice system. The appellants have done nothing that infringes the rights of the respondents and have certainly done nothing to deserve such harsh punishment. Nor can they be said to have sought to avoid their obligations by hiding in their own jurisdiction or to have shown disrespect for the legal system of Florida. They have acted in good faith throughout and have diligently taken all the steps that appeared to be required of them, based on the information and advice they had. The plaintiffs in Florida appear to have taken advantage of the

Enfin, il faut également tenir compte de la perception que les appelants avaient de la qualité de la justice qui leur serait probablement offerte en Floride. Selon la preuve présentée lors du procès, le régime juridique de la Floride offre toutes les mesures de protection voulues aux débiteurs judiciaires qui se trouvent dans la même situation que les appelants, à qui il aurait probablement permis d'exercer un recours dans ces circonstances. Cependant, les appelants ignoraient cela à l'époque pertinente. Ils savaient seulement que le régime juridique de la Floride avait produit un jugement qui leur ordonnait de verser une somme astronomique, verdict qui n'était guère conciliable avec les simples faits exposés dans leur défense. Leur réticence à retourner dans le ressort où s'appliquait ce régime juridique, pour y exercer un recours, devenait compréhensible dans les circonstances.

(4) Les questions résiduelles

Les faits du présent pourvoi soulèvent de très sérieuses questions au sujet du caractère équitable de l'exécution du jugement de la Floride qui entre difficilement dans les catégories visées par les défenses traditionnelles consistant à attaquer la validité d'un jugement. J'ai exposé ma conclusion que les faits donnent ouverture au moyen de défense fondé sur la justice naturelle, si on lui donne une interprétation téléologique et souple. Cependant, même s'il n'était pas possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la justice naturelle, je persisterais à conclure que ce jugement ne doit pas être exécuté.

Les circonstances de la présente affaire sont telles que l'exécution du jugement choquerait la conscience des Canadiens et des Canadiennes et jetterait une ombre sur notre système judiciaire. Les appelants n'ont rien fait qui porte atteinte aux droits des intimés et n'ont certes rien fait qui mérite d'être puni aussi sévèrement. On ne peut pas dire non plus qu'ils ont cherché à se soustraire à leurs obligations en se terrant dans leur propre ressort ou qu'ils ont manqué de respect envers le régime juridique de la Floride. Compte tenu des renseignements et des conseils qui leur avaient été donnés, ils ont agi de bonne foi en tout temps et ont fait montre de diligence en prenant toutes les mesures qui leur

263

264

265

defendants' difficult position to pursue their interests as aggressively as possible and to secure a sizeable windfall. In an adversarial legal system, it was, of course, open to them to do so, but the Ontario court should not have to set its seal of approval on the judgment thus obtained without regard for the dubious nature of the claim, the fact that the parties did not compete on a level playing field and the lack of transparency in the Florida proceedings.

semblaient requises. Les demandeurs à l'action intentée en Floride semblent avoir profité de la situation difficile des défendeurs pour protéger leurs intérêts aussi énergiquement que possible, et pour réaliser un profit important et inattendu. Il leur était évidemment loisible de le faire dans un système judiciaire accusatoire, mais en raison de l'inégalité des chances entre les parties et du manque de transparence des procédures qui se sont déroulées en Floride, le tribunal de l'Ontario n'aurait pas dû autoriser l'exécution du jugement ainsi obtenu, sans tenir compte de la nature douteuse de la demande.

266

On this last point, I would add that their failure to obtain a record of the proceedings in the Florida court does not reflect well on the respondents. In this case, the appellants, who had the burden of proving that one of the impeachment defences applied, failed to pursue their opportunity to investigate what transpired in the damages hearing by questioning those who were there. As a result, it would be inappropriate to draw any negative inference in their favour from the lack of evidence about the Florida proceedings. But defendants will not always have such an opportunity. When one party entirely controls whether there will be a transcript of the proceedings in the foreign court and chooses not to get one, thus depriving the enforcing court of a full record of what happened and an opportunity to verify that there was no fraud and no procedural irregularities, Canadian courts should be highly circumspect about giving effect to the judgment.

J'ajouterais, au sujet de ce dernier point, que le défaut des intimés de faire consigner les débats devant le tribunal de la Floride ne laisse pas une très bonne image de leur attitude. Certes, en l'espèce, les appelants, à qui il appartenait de prouver qu'ils pouvaient opposer l'une des défenses consistant à attaquer la validité du jugement, n'ont pas pris la peine d'interroger les personnes qui avaient assisté à l'audience relative aux dommages-intérêts afin de savoir ce qui s'y était passé. Par conséquent, il ne convient pas qu'ils bénéficient d'une conclusion défavorable tirée de l'absence de preuve concernant les procédures qui se sont déroulées en Floride. Cependant, les défendeurs n'ont pas toujours cette possibilité. Lorsqu'il appartient à une seule partie de demander une transcription des débats devant un tribunal étranger et que celle-ci choisit de ne pas le faire, empêchant de ce fait le tribunal saisi de disposer d'un dossier complet sur ce qui s'est passé et de s'assurer de l'absence de fraude ou d'irrégularité procédurale, les tribunaux canadiens devraient hésiter énormément à mettre à exécution le jugement obtenu dans de telles conditions.

V. Conclusion

V. Conclusion

267

In my view, this judgment should not be enforced in Canada. I would allow the appeal with costs to the appellants.

Selon moi, il n'y a pas lieu d'exécuter ce jugement au Canada. J'accueillerais le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants.

Appeal dismissed with costs, IACOBUCCI, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges IACOBUCCI, BINNIE et LEBEL sont dissidents.

Solicitors for the appellants Geoffrey Saldanha and Leueen Saldanha: Baker & McKenzie, Toronto.

Procureurs des appelants Geoffrey Saldanha et Leueen Saldanha : Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitor for the appellant Dominic Thivy: Neal H. Roth, Toronto.

Solicitors for the respondents: Levine, Sherkin, Boussidan, North York.

Procureur de l'appellant Dominic Thivy : Neal H. Roth, Toronto.

Procureurs des intimés : Levine, Sherkin, Boussidan, North York.

CA020547
Vancouver Registry

Court of Appeal for British Columbia

BETWEEN:

BRITISH COLUMBIA MILK MARKETING BOARD
and CANADIAN DAIRY COMMISSION

PLAINTIFFS
(RESPONDENTS)

AND:

RONALD GRISNICH, JANE GRISNICH and GILBERT
GRISNICH doing business as "MOUNTAIN VIEW
FARMS", and the said RONALD GRISNICH, JANE
GRISNICH and GILBERT GRISNICH, and NORMAN
BROOK

DEFENDANTS
(APPELLANTS)

Before: The Honourable Mr. Justice Hinds (In Chambers)

H. C. Ritchie Clark

Counsel for the Appellants

Steven R. Stark

Counsel for the Respondents

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia
December 13, 1995

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
January 9, 1996

Court of Appeal for British Columbia

BRITISH COLUMBIA MILK MARKETING BOARD and CANADIAN DAIRY COMMISSION

v.

RONALD GRISNICH, JANE GRISNICH and GILBERT GRISNICH doing business as "MOUNTAIN VIEW FARMS", and the said RONALD GRISNICH, JANE GRISNICH and GILBERT GRISNICH, and NORMAN BROOK

Reasons for Judgment of Mr. Justice Hinds:
(In Chambers)

1 On 27 June 1995 Baker J. made an order (the "Order") granting, until trial, an interlocutory injunction enjoining Ben Middleton, Alan Mul, Norman Brook and the appellants from producing or selling milk or dairy products without first obtaining licences and quotas from the respondents.

2 Ben Middleton, Alan Mul and Norman Brook obtained leave to appeal the Order, and obtained a stay of that Order, pursuant to the order of Hollinrake J.A. dated 22 August 1995. The appellants seek similar relief. They have applied for leave to appeal and for a stay of the Order.

3 At the commencement of the hearing of the appellants' applications counsel for the respondents stated that because Messrs. Middleton, Mul and Brook had obtained leave to appeal he would not oppose the granting to the appellants of leave to appeal

- 2 -

the Order. Accordingly, the application for leave to appeal the Order is granted.

4 The remaining issue to be determined is whether a stay of the Order should be granted to the appellants.

5 This application involves the ongoing attempts of the respondents to enforce legislation which restricts dairy farmers from producing or selling milk or dairy products without being in possession of licences and milk quotas. The respondents have been involved in considerable litigation with a number of dairy farmers, many of whom belong to the Independent Cheese Producers Association (I.C.P.A.). Many of the dairy farmers involved in the litigation with the respondents cause milk to be delivered to Bari Cheese Ltd. where it is manufactured into cheese. For the purposes of this application for a stay it is unnecessary to summarize in detail the background of the so-called "milk wars". I will later refer to the circumstances relevant to this application.

6 In *RJR - Macdonald v. Attorney General of Canada*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th) 385 the Supreme Court of Canada once again considered the principles to be applied on an application for the granting of an interlocutory injunction and a stay of the order granting an interlocutory injunction. At 400 of the latter report Sopinka and Cory JJ., who delivered the judgment of the Court, stated:

Generally, the same principles should be applied by

- 3 -

a court whether the remedy sought is an injunction or a stay. In *Metropolitan Stores (M.T.S.) Ltd., supra*, at p.332, Beetz J. expressed the position in these words:

A stay of proceedings and an interlocutory injunction are remedies of the same nature. In the absence of a different test prescribed by statute, they have sufficient characteristics in common to be governed by the same rules and the courts have rightly tended to apply to the granting of interlocutory stay the principles which they follow with respect to interlocutory injunctions.

...

Metropolitan Stores adopted a three-stage test for courts to apply when considering an application for either a stay or an interlocutory injunction. First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

7 The three stage test enunciated in *Metropolitan Stores (M.T.S.) Ltd. v. Manitoba Food & Commercial Workers, Local 832*, [1987] 1 S.C.R. 110, 38 D.L.R. (4th) 321 and re-affirmed in *RJR - Macdonald* has frequently been interpreted as requiring an applicant to show the following:

- (1) that there is some merit to the appeal in the sense that there is a serious question to be determined;
- (2) that irreparable harm would be occasioned to the applicant if the stay was refused;
- (3) that, on balance, the inconvenience to the applicant if the stay was refused would be greater than the inconvenience

- 4 -

to the respondent if the stay was granted.

Merits

8 The respondents did not oppose the application of the appellants to obtain leave to appeal the Order. Consequently an inference is drawn that the appeal is not devoid of merit and that a serious question is involved in the determination of the appeal. The first step of the test, the matter of the merit of the appeal, has been satisfied.

Irreparable Harm

9 Under this, the second test, it is the irreparable harm to the appellants that is to be considered, not the irreparable harm to the respondents. Consideration of the latter arises under the third test: see *RJR-Macdonald* at 405.

Later, on that same page, the Court dealt with the meaning to be ascribed to the term "irreparable harm" by stating:

"Irreparable" refers to the nature of the harm suffered rather than its magnitude. It is harm which either cannot be quantified in monetary terms or which cannot be cured, usually because one party cannot collect damages from the other. Examples of the former include instances where one party will be put out of business by the court's decision. ...

10 On the evidence adduced on this application it is clear that the appellants are in a desperate financial situation. If

- 5 -

they are further restrained from shipping milk to Bari Cheese without a licence or quota they will lose their farm through foreclosure and "... will be put out of business by the court's decision ...", that is to say, by the terms of the Order. On the evidence, the appellants have satisfied the second test - irreparable harm.

Inconvenience

12 In *RJR - Macdonald* at 406 the Court stated:

The third test to be applied in an application for interlocutory relief was described by Beetz J. in *Metropolitan Stores* at p.334 as: "a determination of which of the two parties will suffer the greater harm from the granting or refusal of an interlocutory injunction, pending a decision on the merits". ...

The factors which must be considered in assessing the "balance of inconvenience" are numerous and will vary in each individual case.

13 The Court considered such factors as the public interest and the maintenance of the status quo.

14 There is an additional factor that is often taken into consideration on application for a stay, and that is whether there are any special circumstances which should be taken into account: see *Contact Airways Limited v. De Havilland Aircraft of Canada Limited* (1982), 42 B.C.L.R. 141, at 143 (C.A.); *Bolton v. Forest Pest Management Institute* (1985), 66 B.C.L.R. 126 at 135 (C.A.); and *Re Taylor* (1986), 4 B.C.L.R. (2d)

- 6 -

15 at 16 (C.A.).

15 In this case there are two matters which come within the scope of "special circumstances".

16 First, the appellants were not served with notice of the application of the respondents for an interlocutory injunction until the evening before the commencement of the hearing of the application before Baker J. Ronald Grisnich appeared in person on behalf of all three of the appellants. They were not represented by counsel.

17 Second, Hollinrake J.A. granted to Ben Middleton, Alan Mul and Norman Brook a stay of the Order. Mr. Middleton was the single defendant in action no. A951868. Mr. Mul was the single defendant in action no. A952105. Mr. Brook was one of four defendants in action no. A952065, the other three defendants in that action being Ronald Grisnich, Jane Grisnich and Gilbert Grisnich, the appellants herein. While the circumstances of each of Messrs. Middleton, Mul and Brook were slightly different from the circumstances of the appellants, the overall circumstances of all of the foregoing defendants in the above noted actions are sufficiently similar that, in my view, it would be unjust for the Order to be stayed as against Messrs. Middleton, Mul and Brook, but not as against the appellants.

- 7 -

18 I would, therefore, grant the appellants' leave to appeal the Order and, in addition, grant unto them a stay of the Order until the conclusion of the appeal.

"The Honourable Mr. Justice Hinds"

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Canada Trustco Mortgage Co. v.
Renard,***
2008 BCCA 343

Date: 20080909
Docket: CA034615

Between:

Canada Trustco Mortgage Company

Respondent
(Plaintiff)

And

Regis Eugene Renard and Velma Elaine Renard

Appellants
(Defendants)

Before: The Honourable Chief Justice Finch
The Honourable Mr. Justice Frankel
The Honourable Mr. Justice Groberman

P.E. Jaffe

Counsel for the Appellant

H.W. Wiebach

Counsel for the Respondent

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia
June 4 & 5, 2008

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
September 9, 2008

Written Reasons by:

The Honourable Mr. Justice Frankel

Concurred in by:

The Honourable Chief Justice Finch

The Honourable Mr. Justice Groberman

Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Frankel:**INTRODUCTION**

[1] Following a 36-day trial, Mr. Justice Burnyeat of the Supreme Court of British Columbia granted judgment against Regis Eugene Renard and Velma Elaine Renard in favour of Canada Trustco Mortgage Company. Mr. and Mrs. Renard were ordered to pay the balance owing on a promissory note held by Canada Trustco in the principal amount of \$50,000, and Canada Trustco was granted an Order Nisi of foreclosure with respect to the mortgage it holds on the Renards' property: 2006 BCSC 1609, 51 R.P.R. (4th) 204. The trial judge later dismissed an application by Mr. and Mrs. Renard to re-open the case to call further evidence: 2007 BCSC 523, 55 R.P.R. (4th) 104.

[2] How Mr. and Mrs. Renard came to be indebted to Canada Trustco turns, in large measure, on their desire to invest in what I would call a "get rich quick" scheme, known as a "bank bond trading program". This led them to Andre Glockl who, at the time, was a Mortgage Development Manager with Canada Trustco. In defending the claims against them, Mr. and Mrs. Renard alleged they were induced into a financial relationship with Canada Trustco by the negligent and fraudulent representations made to them by Mr. Glockl regarding the efficacy of their proposed investment in the bank bond trading program. They took the position that Canada Trustco was vicariously liable for Mr. Glockl's actions, and counterclaimed against both for damages.

[3] The trial judge dismissed the counterclaim. He found that Mr. and Mrs. Renard had not been induced by any misrepresentations made by Mr. Glockl. To the contrary, the trial judge found that Mr. and Mrs. Renard had conspired with Mr. Glockl to circumvent Canada Trustco's lending policies so that they could obtain a mortgage for which they did not qualify. Although Mr. and Mrs. Renard initially appealed the dismissal of the counterclaim they have not pursued their claim for damages. Prior to the hearing, they abandoned the appeal against Mr. Glockl, and he is no longer a party to these proceedings.

[4] Mr. and Mrs. Renard advance numerous grounds of appeal. These grounds include challenges to several findings of fact, an allegation that the trial was unfair, an allegation of reasonable apprehension of bias with respect to the trial judge, and an assertion that the mortgage in issue is unenforceable because it constitutes an illegal transaction under both the **Trust and Loan Companies Act**, S.C. 1991, c. 45, and the **Criminal Code**, R.S.C. 1985, c. C-46.

[5] I would allow this appeal on the basis that the trial was unfair. By reason of the pleadings, and the manner in which the trial was conducted, the question of complicity between Mr. and Mrs. Renard and Mr. Glockl to perpetrate a fraud on Canada Trustco was not an issue during the trial and, accordingly, was not addressed by any counsel in closing submissions. Rather, it first appeared as a finding of fact in the trial judge's reasons for judgment. In my view, it was not appropriate for the trial judge to find that the Renards had been involved in what amounts to criminal conduct when they had no notice of such an allegation, and no opportunity to defend against it.

[6] I would, however, reject Mr. and Mrs. Renard's contention that the mortgage is not enforceable because it exceeds the 75% loan to value limitation in the ***Trust and Loan Companies Act***. This is a pure legal question that does not depend on any findings of fact made by the trial judge.

FACTUAL BACKGROUND

[7] At trial, the evidence conflicted, or was unclear, on a number of important points. Canada Trustco's record of the transactions was somewhat wanting, as it could not locate relevant documents. Further, the trial judge was less than impressed with the veracity of Mr. and Mrs. Renard and Mr. Glockl, and disbelieved much of their testimony: see para. 5. What follows is a limited review of the evidence, and the trial judge's findings.

[8] Mr. and Mrs. Renard were married in 1972. In 1982, they purchased ten acres of land in Chilliwack, British Columbia, and began to reside in a 60-foot mobile home on the property. Their combined income in 1996 was just under \$18,000.00.

[9] In August of 1995, Mr. Renard had an exhibit at the Pacific National Exhibition in Vancouver, seeking to attract investment to an ostrich business he proposed to run. While at the Exhibition, Mr. Renard met Donley Lehman. Mr. Lehman discussed the possibility of Mr. Renard becoming involved in a program with his ostrich farm that would assist in teaching and training developmentally challenged individuals, i.e., the "Lehman Project". Following this, Mr. Renard assisted Mr. Lehman in looking for a suitable location for this project.

[10] Mr. Renard understood from Mr. Lehman that funding for the project would come from American investors. Mr. Renard further understood that his expenses would be reimbursed once this funding was put in place. However, by June of 1996, Mr. Renard was becoming frustrated with the lack of progress being made by Mr. Lehman.

[11] Mr. Lehman arranged for Mr. Renard to meet with Edward Sailer and Richard Strom on June 7, 1996. Mr. Sailer and Mr. Strom were said to represent Tri-Sal International Limited, a potential source of funds for the Lehman Project.

[12] Mr. Sailer and Mr. Strom suggested to Mr. Renard that he invest in a bank bond trading program that they were undertaking, to raise funds for the Lehman Project. They told Mr. Renard that if he invested \$175,000.00 (U.S.) he would receive his money back together with a profit of \$375,000.00 (U.S.) after 45 days. Mr. Sailer and Mr. Strom said that Tri-Sal International would cover whatever costs Mr. Renard incurred in obtaining a loan to invest in the bank bond trading program.

[13] Either before or after the meeting with Mr. Sailer and Mr. Strom, Mr. Renard telephoned Mr. Glockl. Mr. and Mrs. Renard had met Mr. Glockl in 1996, and he had given them his business card. Mr. Glockl worked at the Tsawwassen Branch of Canada Trustco. Mr. and Mrs. Renard did not usually deal with Canada Trustco, but had a banking relationship with two other financial institutions (i.e., accounts, loans, and a mortgage).

[14] Mr. and Mrs. Renard met with Mr. Glockl on June 10, 1996. Mr. Renard testified that the purpose of this meeting was to have Mr. Glockl investigate the

legitimacy of Tri-Sal International, and the bank bond trading program. However, the trial judge found that the primary purpose of the meeting was for the Renards to provide Mr. Glockl with financial information about themselves so that they could borrow the necessary money to invest in the bank bond trading program. The trial judge also found that by this time, Mr. and Mrs. Renard had already decided to invest in the program, and that they provided Mr. Glockl with false information to obtain the funds they needed.

[15] Mr. Glockl told the Renards that their property would not qualify for a mortgage of \$175,000.00 (U.S.), but that he had an anonymous client who was willing to put up the remainder, if they gave Mr. Glockl a promissory note for \$110,000.00 (U.S.). Mr. Glockl also required \$5,000.00 (Can.) from Mr. and Mrs. Renard to expedite the appraisal of their property.

[16] According to Mr. Renard, Mr. Glockl telephoned him on the evening of June 10, 1996, to tell him that the bank bond trading program was legitimate. However, the trial judge did not accept this evidence. Rather, he found that if such a conversation took place at all, then it occurred after Mr. Renard had met with Mr. Strom on June 11, 1996, to give him \$3,000.00 (U.S.) for “administrative costs” associated with setting up the bank bond trading program. The Renards withdrew that money from one of their bank accounts.

[17] On June 13, 1996, Mr. and Mrs. Renard met with Mr. Glockl at the Tsawwassen Branch, and signed a number of computer generated documents, including a term loan agreement for \$35,000.00 (Can.), and a commitment letter for

a mortgage in the amount of \$250,000.00 (Can.). The documents indicate that the Renards have a combined annual income of \$100,000.00 (Can.), and that their property is worth \$350,000.00 (Can.). The trial judge rejected the Renards' evidence that these forms had been blank when they signed them. An appraisal done on the property a few days later valued it at \$185,000.00 (Can.). However, for reasons that were not fully explained, this appraisal did not prevent Canada Trustco from processing a mortgage in the higher amount of \$250,000.00 (Can.).

[18] On June 13, 1996, an account was opened at the Tsawwassen Branch in the names of Mr. and Mrs. Renard, and \$35,000.00 (Can.) was deposited into it. On June 24, 1996, a further \$14,886.92 (Can.) was deposited into this account. No documents were adduced in evidence with respect to why or how the second deposit was made. Indeed, Canada Trustco was unable to produce the promissory note it says was the reason why it advanced these funds to the Renards.

[19] On June 28, 1996, Mr. and Mrs. Renard executed the documentation for the mortgage at the office of a notary public. Canada Trustco advanced the funds that day. Mr. Glockl assisted the Renards in obtaining three bank drafts totalling \$175,000.00 (U.S.) through Canada Trustco payable to Tri-Sal Investments, which the Renards deposited into Tri-Sal Investments' account at a bank in Blaine, Washington. The money was later transferred out of that account into a new account for which the Renards did not have signing authority.

[20] Mr. and Mrs. Renard's investment in the bank bond trading program proved too good to be true. Although the Renards received some money from Tri-Sal

Investments, they received nothing from the bank bond trading program, and lost most of what they had invested.

CONDUCT OF THE TRIAL – FRAUD BY THE RENARDS

[21] Canada Trustco did not plead that Mr. and Mrs. Renard had acted fraudulently in obtaining the loan and the mortgage. The trial judge, in fact, commented on several occasions that fraud had not been pleaded.

[22] During cross-examination of Mrs. Renard, Canada Trustco's counsel suggested that the \$5,000.00 (Can.) payment to Mr. Glockl had been a "bribe". This prompted an objection by Mr. and Mrs. Renard's counsel, who pointed out that there was "no allegation that my clients have committed any sort of misconduct". In sustaining the objection, the trial judge said:

Okay. Well, I'll say to you in -- in that regard as I would say to your friends when they raised it regarding you. One of the things we actually do at the end of the day is to go and look at the pleadings. And your interjection may have done anything other than require your friends or -- or suggest to the friends -- your friends that it might be in order for them to request an amendment of the pleadings at this late date. But in the absence of it being in the pleadings, Mr. Jaffe, I agree with you.

So it seems to me that there's -- there's -- well, I will, as I say, in due course take all of the evidence and compare it against the pleadings and see whether it's -- it's conducive to support or not support what has actually been plead by the parties as opposed to theories that might be advanced by you or your friends. That seems to me ironically one of the skirmishes we've already had as to whether the theories of the defence were properly reflected in the pleadings. And if -- if this is a tit-for-tat argument it's well made. Anyway, you can call the Renards back.

[Emphasis added]

[23] Several days later, during an argument with respect to whether Mr. and Mrs. Renard were entitled to claim solicitor-client privilege over certain documents, their counsel referred again to the fact that there was no allegation in the pleading that they had committed fraud. This prompted the trial judge to remark:

The only person who uses the word your clients are said to have perpetrated a fraud, as I understand it, Mr. Jaffe, is you.

[24] In the discussions that preceded closing argument, counsel for Mr. and Mrs. Renard raised the question of whether it would be open to either Canada Trustco or Mr. Glockl to argue that his clients engaged in fraudulent conduct. The trial judge asked counsel for Canada Trustco and Mr. Glockl to provide written submissions as to their respective intentions in this regard.

[25] On the basis of the written submissions from the parties as to what issues they intended to argue, the trial judge issued a memorandum to counsel. In the memorandum, he set out the order of oral submissions and the issues to be argued. Although fraud is listed as an issue with respect to the conduct of Mr. Glockl and Canada Trustco, it is not mentioned with respect to the conduct of Mr. and Mrs. Renard.

[26] At the hearing of this appeal, counsel for Canada Trustco stated that his client did not argue at the trial for a finding that Mr. and Mrs. Renard had committed fraud.

TRIAL JUDGE'S REASONS

[27] The trial judge held that Canada Trustco and the Renards were two independent contracting parties, and that their relationship was purely commercial in nature. He further held that Canada Trustco did not owe a fiduciary duty to Mr. and Mrs. Renard, and that they had not relied on any advice from Mr. Glockl in making their decision to invest in the bank bond trading program.

[28] In rejecting Mr. and Mrs. Renard's argument that Mr. Glockl had taken advantage of them, rendering the transactions with Canada Trustco unenforceable, the trial judge said:

[221] The Renards submit that Mr. Glockl took advantage of them and that his "breach of trust" is a civil wrong which makes the resultant transactions "unconscionable" and not enforceable against the Renards. In this regard, the Renards refer to the decision in *Zimmerman v. Letkeman*, [1977] 79 D.L.R. 508 (S.C.C.) where Martland J. refers at p. 519 to the decision in *Alexander v. Rayson*, [1936] 1 K.B. 169 (C.A.).

[222] I can make no finding that Mr. Glockl took advantage of the Renards in the transactions which saw the Plaintiff make loans to the Renards. I can make no finding that there was a breach of trust. I can make no finding that the transactions were "unconscionable" either as that term is used at common law or is used in Provincial legislation. I find that the Renards have not satisfied the heavy onus on them to prove a fraud. If anything, the Renards and Mr. Glockl participated in a scheme to circumvent the lending policies of the Plaintiff so that the Renards could have the use of the money of the Plaintiff and so that Mr. Glockl could receive the \$5,000.00 payment immediately and receive the benefit of payment of the balance owing under the Promissory Note once the proceeds from the B.B.T.P. were available. The Renards are complicit in any fraud or illegality and are now seeking to benefit from their own illegal acts in conspiring with Mr. Glockl to defraud the Plaintiff. I am satisfied that the Renards should not retain the fruits of any illegal dealings and that they are estopped from raising illegality as a defence to the claims of the Plaintiff. Voiding the Mortgage would unjustly enrich the Renards and,

accordingly, even if the overall transaction was illegal, I am satisfied that it is enforceable: *Brazier v. Columbia Fishing Resort Group Corp.* (1997), 33 B.C.L.R. (3d) 293 (B.C.S.C.), affirmed (1997), 33 B.C.L.R. (3d) 293 (B.C.C.A.).

[Emphasis added]

[29] The trial judge also rejected the Renards' submission that the mortgage was unenforceable because the effect of including the \$110,000.00 (U.S.) promissory note to Mr. Glockl and the \$5,000.00 (Can.) payment to expedite the appraisal created a criminal rate of interest in contravention of s. 347(2) of the **Criminal Code**: paras. 201 - 208. He also rejected their contention that the mortgage was invalid by reason of the fact that the amount advanced exceeds 75% of the value of the property and, thus, contravenes s. 418 of the **Trust and Loan Companies Act**.

[30] The trial judge dismissed the counterclaim as he was not satisfied that Mr. and Mrs. Renard had suffered any damages as a result of the actions of Mr. Glockl. Any loss suffered resulted from the Renard's own actions in investing in the bank bond trading program. Accordingly, he could not find that Canada Trustco should be held vicariously liable for what was said and done by Mr. Glockl: paras. 236 - 240.

ANALYSIS

Finding of Fraud

[31] Canada Trustco acknowledges that the pleadings do not allege any fraudulent conduct on the part of Mr. and Mrs. Renard, but submits that even in the absence of pleadings it was open to the trial judge to find that the Renards had

participated with Mr. Glockl in a fraudulent scheme. In addition, Canada Trustco says that, in any event, this finding was not strictly necessary to resolving the action in its favour. However, given how the trial was conducted, in my view it was unfair to Mr. and Mrs. Renard for the trial judge to have considered the possibility of fraud on their part.

[32] Canada Trustco submits that a court is required to take account of illegality, even when it has not been pleaded. It relies on the following passage from the judgment of Mr. Justice Krever, as he then was, in **Menard v. Genereux** (1983), 39 O.R. (2d) 55 (H.C.) at 64, quoted with approval in **Continental Bank Leasing Corp. v. Canada**, [1998] 2 S.C.R. 298 at para. 85:

It is, however, well established that whether or not they are pleaded, if facts are shown in the course of a trial which may render an agreement unenforceable by reason of illegality or public policy a court must take these facts into consideration and, depending on the circumstances, act upon them if necessary by refusing to lend its assistance to a party seeking to enforce his or her rights by relying on the agreement.

See also: **Top Line Industries Ltd. v. International Paper Industries Ltd.**, 2000 BCCA 23, 184 D.L.R. (4th) 534 at paras. 15 - 17.

[33] This principle, however, only operates to deny a plaintiff the court's assistance when it is evident that what is sought to be enforced is an illegal agreement. Even so, if the plaintiff has been prejudiced in the presentation of its case by the failure of the defendant to plead the illegality (e.g., by being denied an opportunity to call evidence to rebut a presumption of illegality), then the court will not refuse to enforce the agreement: **Uruski v. Hnatiw** (1956), 6 D.L.R. (2d) 441

(Sask. C.A.); **Snell v. Unity Finance Co. Ltd.**, [1964] 2 Q.B. 203 (C.A.) at 221, 222.

Canada Trustco cited no authority for the proposition that it is open to a court to find that a defendant acted in an illegal and/or criminal manner when the defendant has been given no notice of the allegation in the pleadings.

[34] That a party is generally entitled to notice of an allegation as serious as fraud is underscored by Rule 19(11) of the **Rules of Court**, B.C. Reg. 221/90, which provides:

Where the party pleading relies on misrepresentation, fraud, breach of trust, wilful default or undue influence, or where particulars may be necessary, full particulars, with dates and items if applicable, shall be stated in the pleading. If the particulars of debt, expenses or damages are lengthy, the party may refer to this fact and instead of pleading the particulars shall deliver the particulars in a separate document either before or with the pleading.

[Emphasis added]

As Mr. Justice Spencer observed in **Cadumaus Enterprises Ltd. v. Pawa**, [1986] B.C.J. No. 1166 (S.C.) (QL), one of the functions served by Rule 19(11) is “to prevent a party from being taken by surprise at trial”: para. 2.

[35] That a party should not be surprised by an allegation of criminality is evinced by **Donald H. Bain Ltd. v. Maddison**, [1930] S.C.R. 299. Maddison sued Donald H. Bain Ltd. for breach of contract when it failed to deliver certain goods. At trial, the company sought to lead evidence in support of a defence that Maddison and the company’s agent had entered into the contract for the purpose of defrauding the company (i.e., that Maddison had fraudulently obtained from the agent a price lower than the market price for the goods). The trial judge rejected that evidence on the

ground that fraud had not been pleaded as a defence, and awarded Maddison damages. This Court dismissed an appeal by the company: [1929] 1 W.W.R. 437 (B.C.C.A.).

[36] On further appeal to the Supreme Court of Canada, the company argued that despite the fact that fraud and conspiracy were not pleaded it was the duty of the trial judge to investigate the matter, and to receive evidence in that regard. In rejecting this contention, Mr. Justice Duff, as he then was, stated, at 302:

The pertinent rule is not open to doubt. If such an agreement, affecting the contract sued upon, is embodied in a document put in evidence by the plaintiff, and the character of it is thereby plainly disclosed, or if the nature of it plainly appears from other evidence adduced by the plaintiff, then if the Court is satisfied it has before it all the facts, the plaintiff must necessarily fail; and, in such circumstances, it is immaterial whether or not the agreement has been pleaded in defence. It is otherwise, however, where the defendant, in order to shew that the contract sued upon is unenforceable, must adduce evidence of the corrupt inducement. The defendant is not entitled to present such evidence unless the plaintiff has had notice, through the pleadings, of the nature of the defence.

[37] Mr. Justice Duff then quoted at length from Lord Moulton's speech in **North Western Salt Co. v. Electrolytic Alkali Co.**, [1914] A.C. 461 (H.L.), another case in which a defendant was not permitted to assert that a contract was illegal because that defence had not been raised in the pleadings. The following passage from that quotation is particularly germane to the case at bar (at 304 S.C.R.):

[O]ur judicial procedure is based on the principle that in fairness a litigant should have due notice of the issues that are to be raised in order that he may prepare himself with the evidence necessary to present his case fittingly to the Court, and it would indeed be strange to hold that this wholesome rule should be relaxed when he is charged with something so grave as acting against the common weal.

[38] Fairness requires that a trial judge not bring issues into litigation without giving the parties an opportunity to address them. This is also reflected in **Walker v. Blades**, 2007 BCCA 436, 70 B.C.L.R. (4th) 226 at para. 16, and **Rodaro v. Royal Bank of Canada** (2002), 59 O.R. (3d) 74 (C.A) at paras. 60 - 62. In **Walker**, the trial judge erred in dismissing an action on the basis that the plaintiff had repudiated the contract in issue, when repudiation had not been pleaded or argued. In **Rodaro**, the trial judge's error was in granting judgment in favour of the plaintiff on a theory of liability that had not been pleaded or argued.

[39] The common thread running through these authorities is the proposition that a party is entitled to know and respond to the case against it, whether by the calling of evidence, or through submissions. This is particularly so when there is a question as to whether a party is engaged criminal activity. In my view, the trial in the case at bar became unfair when the trial judge, acting on his own initiative, made a finding that Mr. and Mrs. Renard acted in concert with Mr. Glockl to defraud Canada Trustco. In effect, the Renards were pronounced guilty of fraud, albeit on an application of the civil burden of proof, without having an opportunity to respond to allegations against them.

[40] I am not suggesting that on the evidence it was not open to the trial judge to make a finding adverse to Mr. and Mrs. Renard with respect to their complicity with Mr. Glockl. However, they were never given an opportunity to "defend" themselves in that regard. Indeed, given how the trial was conducted, the Renards had every reason to believe their honesty was not in issue. Most telling is the trial judge's

memorandum setting out the issues to be argued, which is silent with respect to any allegation of fraud against them.

[41] Had the trial judge made Mr. and Mrs. Renard aware that he had concerns with respect to their conduct, then their counsel could have taken steps to address those concerns. Assuming, without deciding, that the lack of a formal pleading of fraud would not preclude the trial judge from considering whether the Renards had acted in concert with Mr. Glockl to defraud Canada Trustco, notice of the trial judge's concerns would have, at the very least, enabled the Renards' counsel to make submissions on this point. It may be that counsel would have been able to persuade the trial judge that Mr. and Mrs. Renard had not been deceitful. Had the trial judge been so persuaded, then he may have taken a different view of the case, and drawn different inferences with respect to how events unfolded.

[42] The trial judge's failure to give Mr. and Mrs. Renard an opportunity to address the question of whether they had been parties to a fraud violates the *audi alteram partem* principle, i.e., the right of a party to know and respond to the case against it: **A.(L.L.) v. B.(A.)**, [1995] 4 S.C.R. 536 at para. 27. In these circumstances, the result cannot be allowed to stand.

75% Lending Limit

[43] In 1996, s. 418(1) of the **Trust and Loan Companies Act** provided:

A company shall not make a loan in Canada on the security of residential property in Canada for the purpose of purchasing, renovating or improving that property, or refinance such a loan, if the amount of the loan, together with the amount then outstanding of any

mortgage having an equal or prior claim against the property, would exceed 75 per cent of the value of the property at the time of the loan.

The same lending limit is found in s. 418 of the **Bank Act**.

(The limit in both **Acts** was recently increased to 80%: S.C. 2007, c. 6, ss. 27, 359.)

[44] Mr. and Mrs. Renard submit that since the mortgage exceeds 75% of the value of their property the entire transaction is illegal, and Canada Trustco can have no rights under it. In support of their argument, they rely on **Bank of Toronto v. Perkins** (1883), 8 S.C.R. 603. In that case, a mortgage was held null and void because it was part of a transaction entered into to avoid a prohibition against the lending of money directly, or indirectly, upon the security of a mortgage, contained in both the **Bank Act**, and the bank's charter: 34 Vic., ch. 5, s. 40; 20 Vic., ch. 160, s. 28.

[45] I agree with the trial judge's reasons that exceeding the 75% lending limit does not, in and of itself, affect the validity of a mortgage. As he points out in paragraph 214 of his judgment, s. 536 of the **Trust and Loan Companies Act** specifically provides that a contract is not invalid by reason of the fact that it violates a provision of the **Act**:

Unless otherwise expressly provided in this Act, a contravention of any provision of this Act or the regulations does not invalidate any contract entered into in contravention of the provision.

Also pertinent is s. 15 of the **Act**, which provides:

No act of a company, including any transfer of property to or by a company, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to the company's incorporating instrument or this Act.

The version of the **Bank Act** considered in **Bank of Toronto v. Perkins** contained no similar provisions, although they are in the current statute: ss. 15, 988. Further, even prior to the enactment of these "saving" provisions it had been held that a mortgagee could enforce a mortgage in excess of the 75% lending limit: **Bank of Montreal v. McPhee**, [1982] B.C.J. No. 1429 (S.C.) (QL) at paras. 28 - 31, affirmed [1984] B.C.J. No. 1566 (C.A.) (QL).

COSTS

[46] In their factum, Mr. and Mrs. Renard seek dismissal of all of Canada Trustco's claims against them, and costs in both this Court and the Supreme Court. In its factum, Canada Trustco asks for an order that the Renards' appeal be dismissed with costs.

[47] As Mr. and Mrs. Renard have succeeded on this appeal, I see no reason why the ordinary rule with respect to costs should not be applied. The Renards are, therefore, entitled to their costs on the appeal. I would leave the costs of the first trial to the judge who hears the new trial.

CONCLUSION

[48] I would allow this appeal, set aside the judgment of the Supreme Court of British Columbia, and order a new trial. Mr. and Mrs. Renard are entitled to their costs on this appeal.

“The Honourable Mr. Justice Frankel”

I AGREE:

“The Honourable Chief Justice Finch”

I AGREE:

“The Honourable Mr. Justice Groberman”

**Corrigendum to Written Reasons of
The Honourable Mr. Justice Frankel – 12 September 2008**

Mr. Justice Frankel:

[1] In reasons for judgment, 2008 BCCA 343, released September 9, 2008, the words “As already mentioned,” at the beginning of paragraph 40 are to be deleted.

Paragraph 40 will therefore now read as follows:

[40] I am not suggesting that on the evidence it was not open to the trial judge to make a finding adverse to Mr. and Mrs. Renard with respect to their complicity with Mr. Glockl. However, they were never given an opportunity to “defend” themselves in that regard. Indeed, given how the trial was conducted, the Renards had every reason to believe their honesty was not in issue. Most telling is the trial judge’s

memorandum setting out the issues to be argued, which is silent with respect to any allegation of fraud against them.

“The Honourable Mr. Justice Frankel”

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation), 2012 ABCA 36

Date: 20120202

Docket: 1103-0218-AC

Registry: Edmonton

Between:

Cold Lake First Nations

Respondent (Applicant)

- and -

**The Queen In Right of Alberta as represented by
The Minister of Tourism, Parks and Recreation**

Appellant (Respondent)

- and -

**Brian Grandbois, Jean Grandbois, Harvey Scanie,
Nancy Scanie, Allen Scanie, Carrie Lawrence,
Kelsey Jacko and Margaret Piche**

Respondents (Individual Respondents)

The Court:

**The Honourable Mr. Justice Jean Côté
The Honourable Madam Justice Constance Hunt
The Honourable Madam Justice Myra Bielby**

Memorandum of Judgment

Appeal from the Order by
The Honourable Mr. Justice D.J. Manderscheid
Dated the 26th day of July, 2011
Filed on the 29th day of July, 2011
(Docket: 1103-07145)

Memorandum of Judgment

The Court:

OVERVIEW OF APPEAL

[1] Part of the English Bay Recreation Area (“the park”), located in Cold Lake, Alberta, has been a provincial campground since the 1950s. In 2005, the appellant, Tourism, Parks and Recreation, added an adjacent parcel, Blueberry Point, which had previously been unoccupied and held by the Minister of Sustainable Resources and Development. That land was subsequently transferred to the control of the appellant. The respondent, Cold Lake First Nations (“CLFN”), maintains that when this transfer was made, the appellant specifically promised that its members would be able to continue to use Blueberry Point for subsistence and cultural purposes.

[2] The park has been closed to all public access since May 2006, as per Ministerial Order 2006/09. However, in 2009, the appellant issued a letter of authority to CLFN members giving them ongoing access to the park for the purpose of exercising treaty fishing rights.

[3] After earlier consultation with CLFN on November 15, 2010, the appellant advised that it planned to engage in construction to expand and improve the original campground in the park in a manner which would result in it being extended into Blueberry Point. Between May 5 and 6, 2011, an unauthorized blockage was erected in protest of this decision. CLFN and some of its members apparently maintained that they and their ancestors had made traditional and sacred use of Blueberry Point since time immemorial and objected to its development in a manner that would limit or prevent such ongoing use by them.

[4] On May 6, 2011, CLFN filed an originating motion for judicial review of the construction decision, and applied for an interim injunction seeking to prevent the appellant from engaging in any construction prior to the judicial review hearing. The judicial review is now scheduled for June 2012, a date set to allow the parties the time needed to complete archeological and other work aimed at establishing the degree and type of utilization of Blueberry Point by First Nations in the past.

[5] On May 13, 2011, in response to CLFN’s application for the interim injunction, its counsel and that of the appellant entered into a consent order under which CLFN was ordered to remove all signage and obstacles from the road, and to not block or otherwise hinder free access into the park by anyone authorized by the appellant, including conservation officers (“the consent order”). The appellant was ordered to not conduct planned construction activities within the park, nor to take enforcement proceedings in relation to the order without reasonable notice to CLFN. The consent order also provided that, notwithstanding its other provisions, CLFN and its members, like all other Albertans, were entitled to continue to enjoy access to the boat launch within the park and that CLFN was entitled to access the new part of the park for the purposes of allowing its members to

fish and to engage in “traditional uses as defined in Alberta’s First Nations Consultation Policy and associated Guidelines”: A.R.D. Tab 3 at 2.

[6] On May 20, 2011, the appellant filed an application for an order declaring the CLFN and its members to be in breach of this consent order. That application was heard on June 3, 2011, by Justice Goss, who found that CLFN was not in contempt (“the Goss order”). However, she found that “some of its members” were in breach of the consent order, although, interestingly, the consent order does not expressly apply to the members of CLFN, only to CLFN itself. Justice Goss ordered those members and the CLFN to vacate the park and to remove any and all structures, tents, property, vehicles and other equipment by June 7, 2011. The members and CLFN were also ordered to remove all fires with the exception that “[t]he fire within the teepee does not need to be extinguished”. Justice Goss also ordered the appellant to visibly mark the boundary of the park. She declined to hear CLFN’s application to vary the consent order and adjourned it to be heard with the judicial review application.

[7] Certain members of CFLN, including the individual respondents, apparently disenchanted with the decision of their leaders to enter into the consent order, are alleged to have entered the park after the Goss order was granted. Employees of the appellant deposed to seeing each of the individual respondents in the park on specific dates after the Goss order was granted. Steve Cooney, a conservation officer, deposed that one of the individual respondents, Allan Scanie, had admitted to him that he was using the tipi in the area of the boat launch in the park as of July 8, 2011. His affidavit states that he replaced the boundary markers earlier installed by another person on June 13, 2011, but that they had disappeared again by June 25, 2011 and that since the Goss order had been granted, he observed various structures, tents and other property in the park.

[8] Armed with this evidence, on July 11, 2011, the appellant filed another application to have CLFN and the eight individual respondents held in contempt of the consent order and of the Goss order. Each of the individual respondents was served with notice of the contempt application. That application was heard July 26, 2011. The order made that day is the subject of this appeal.

[9] On July 26, 2011, the appellant conceded that it had no evidence of a breach by CLFN itself, but only of breaches by the individual respondents. Accordingly, the appellant only sought a remedy against those individuals. It did not seek immediate imprisonment of the individual respondents as a consequence of their contempt, but instead asked for an order authorizing the police to attend at the park in the future to speak to any of these individual respondents should they be found within the park. The appellant also sought an undertaking from the individual respondents to comply with court orders and, failing that, the right to arrest them at that time and bring them before the court depending on future events.

[10] None of the individual respondents had received notice of the application for the consent order or for the Goss order, although they were each personally served with both of those orders

once granted. None of them appeared in court nor made representations in relation to the granting of either of those orders. Their first appearance in court was on July 26, 2011, when the appellant sought the contempt order. While CLFN had counsel, each of the individual respondents was unrepresented. At the hearing, the chambers judge heard oral representations from some of these individuals.

[11] The transcript of the proceedings does not identify which of the individual respondents attended, and it is possible to determine who may have been present only by noting who is shown to have spoken. For example, Margaret Piche is not shown as speaking, so it is not clear whether she was present. Brian Grandbois was apparently present only for the latter portion of the hearing. Of those who spoke, Nancy Scanie repeatedly indicated that she had difficulty hearing the chambers judge.

[12] Harvey Scanie is shown in the transcript to have spoken a language other than English or French during the contempt hearing. At least three of the respondents, each an elder, made heavy use of an interpreter of the Dene Tha language during oral argument of this appeal. It appeared to the panel that they lacked proficiency in the English language. While the chambers judge offered to locate a judge who spoke French in the course of the July 26, 2011, application, there was no discussion about adjourning the matter to obtain the assistance of an interpreter for the Dene Tha language.

[13] During the July 26, 2011, application, Carrie Lawrence, one of the individual respondents, made a request for an adjournment so that the unrepresented respondents could seek legal representation. The chambers judge did not respond to that request, no doubt because in the result he made no order holding any respondent in contempt. That, however, does not solve the problem created by lack of representation, notice and interpretation in the context of this appeal which raises the risk that the individual respondents could still be found in contempt.

[14] Those of the unrepresented respondents who spoke on July 26, 2011, resisted the contempt application. Some of them advised the chambers judge that they believed they had aboriginal claims to use Blueberry Point, which was, in their view, sacred land that had been used by their ancestors since ancient times.

[15] In summary, the individual respondents had not received notice of the applications for either the consent or the Goss orders, nor an opportunity to be heard at the time they were granted. Neither order expressly bound them. The consent order names only the respondent, CLFN, as opposed to its members. The individual respondents were unrepresented by counsel on July 26, 2011, and some were not fluent in English. At least one asked for an adjournment to obtain legal assistance.

[16] Nonetheless, no doubt because he ultimately dismissed the entire contempt application, the chambers judge did not go on to address these factors or this request, nor did he advise the

individual respondents of the wisdom of being represented by counsel or identify the possibility of their making an application to amend either of the earlier orders. He attempted to move the matter forward; apparently on the suggestion of counsel for the CLFN and without a specific request for such relief being made, the chambers judge concluded the July 26, 2011 proceedings by making substantial variations to the Goss order that, in effect, legitimized much of the ongoing conduct that the appellant maintains breached that order.

[17] Each of the parties, except for the respondent Carrie Lawrence, was served with the within Notice of Appeal of the July 26, 2011, order and was advised by the Registry of the date the appeal was to be argued. None of the individual respondents filed a factum or any other appeal materials. Each of them attended in person, other than Carrie Lawrence, and made oral argument during the appeal, either in English or through an interpreter. The appellant does not take issue with the dismissal of its contempt application against CLFN, but asks this Court to find the seven remaining individual respondents in contempt or, alternatively, that it be returned for a rehearing to the Court of Queen's Bench.

[18] The appeal is allowed, in part.

ISSUES

[19] This appeal gives rise to the following issues:

- (1) Should the chambers judge have granted an adjournment of the contempt application on grounds relating to interpretation or legal representation, or to permit an application to vary the consent order or Goss order to be advanced or otherwise?
- (2) Did the chambers judge have jurisdiction to vary the consent order and the Goss order in the absence of an application to vary being made by the parties?
- (3) Did the chambers judge exercise his discretion unreasonably in dismissing the appellant's contempt application?

STANDARD OF REVIEW

[20] The standard of review applicable to the issue of fairness in a judicial proceeding is correctness: *Alberta (Securities Commission) v. Workum*, 2010 ABCA 405 at para. 28, 493 A.R. 1. The issue of whether the chambers judge had jurisdiction to vary the consent order and the Goss order is one of law for which the standard of review is also correctness. The standard of review for the manner in which those orders were varied is that of palpable and overriding error. The decision

not to hold the individual respondents in contempt should also be reviewed on the standard of palpable and overriding error, with deference to be accorded where appropriate.

ANALYSIS:

Should the chambers judge have adjourned the contempt application on grounds relating to interpretation or legal representation, or to permit an application to vary the consent order or Goss order to be advanced or otherwise?

[21] This issue was not raised by any party in either written or oral argument. This failure somewhat ironically evidences the risks triggered by parties who appear without legal representation and who, not surprisingly, therefore may be unable to identify and argue important issues on their own. In any event, after the conclusion of oral argument, the panel invited each party to file written submissions in relation to this issue. This invitation was accepted by the appellant and one individual respondent, Harvie Scanie.

[22] In those submissions, the appellant argues the individual respondents were not entitled to notice of the application for either the consent order or the Goss order, because only CLFN has legal standing to pursue judicial review of the ministerial decision to expand the campground into Blueberry Point, and the eight individual respondents have no legal standing to participate in the adjourned judicial review commenced by CLFN: see *Moulton Contracting Ltd. v. Behn*, 2011 BCCA 311, 335 D.L.R. (4th) 330; *Canadian National Railway Co. v. Brant*, 96 O.R. (3d) 734, [2009] 4 C.N.L.R. 47 (Sup. Ct.). Similarly, the appellant argues the individual respondents do not need to be parties to the application for judicial review to be held in contempt of court: see *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1996] 2 S.C.R. 1048, 137 D.L.R. (4th) 633.

[23] Given our conclusion below, it is not now necessary to determine whether these arguments are correct and, if correct, they extend to depriving these individuals of the right to apply to vary orders which affect them, but which were granted in the first instance without notice to them.

[24] It is well established that a judge has a special duty to provide limited assistance to unrepresented parties: *R. v. Phillips*, 2003 ABCA 4 at para. 2, 320 A.R. 172, aff'd 2003 SCC 57, [2003] 2 S.C.R. 623 [*Phillips*]; *R. v. McGibbon* (1988), 45 C.C.C. (3rd) 334 at 347, 31 O.A.C. 10 (C.A.) [*McGibbon*]; *R. v. S. (B.K.)* (1998), 170 W.A.C. 149 at para. 26, 104 B.C.A.C. 149 (C.A.); *Beaver First Nation Band v. A.T.N. Farms Ltd. et al.*, 2001 ABQB 748, 356 A.R. 1 at para. 62; *CT Comm Edmonton Ltd. v. Shaw Communications Inc.*, 2007 ABQB 473 at para. 4, 423 A.R. 338. That special duty applies in cases of contempt: *College of Optometrists of Ontario v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685 at paras. 55-60, 93 O.R. (3d) 139.

[25] The extent of this duty depends on the totality of the circumstances, including the seriousness of the offence, the defences raised, and the sophistication of the unrepresented party: *Phillips* at

para. 25. The judge's advice must be interactive, appropriate to the unrepresented party and to the surrounding circumstances of the case: **Phillips** at para. 22. Just how far a judge should go in guiding an unrepresented party is a matter of judicial discretion: **Phillips** at para. 23, citing **McGibbon** at 347.

[26] Examples of what a judge might be expected to provide guidance about include informing the party of his or her right to be represented by a lawyer, explaining that the assistance of a lawyer may be important to ensure that his or her defence is fully before the court, and ascertaining that the party does not wish to be represented by a lawyer: **R. v. Hardy** (1991), 120 A.R. 151 at para. 7, 84 Alta. L.R. (2d) 362 (C.A.).

[27] While the transcript of July 26, 2011, shows that Nancy Scanie, an elder, had hearing difficulties and does not indicate that anything was done to assist her, the appellant's counsel, in written submissions, advised that hearing assist equipment was in fact obtained by the clerk and provided to her on that occasion.

[28] In relation to the need for an interpreter on July 26, 2011, we observe that, while the Alberta practice is to require litigants in civil proceedings to provide their own interpreter as necessary, a contempt application, which could result in an order of imprisonment for breach, is somewhat akin to a criminal proceeding. The Crown provided the interpreter during oral argument of this appeal and several of the individual respondents made heavy use of that service during oral argument. While the Crown subsequently maintained that some or even all of the individual respondents were observed to speak English on past occasions, Harvey Scanie responded by noting that his ability to converse in English does not necessarily mean he has the ability to understand legal proceedings that are conducted in English.

[29] It is not necessary to determine whether any of the individual respondents were in fact unable to effectively communicate in English or were obliged to provide their own interpreter on July 26, 2011, because the failure by the judge to raise the possible need for an interpreter is a preliminary hurdle.

[30] The chambers judge also did not himself raise the issue of the possibility of an adjournment to obtain legal advice. Carrie Lawrence's application for an adjournment appears to have been overlooked or dismissed as unnecessary. Legal representation on July 26, 2011, surely would have been of assistance to them to avoid the risks now facing them on appeal.

[31] Representation would have been particularly helpful in assessing whether a defence could be advanced to the contempt application. Without opining on the possible success of any defence, it is possible the individual respondents could have applied successfully to vary either the consent order or the Goss order, especially given that they did not receive notice of the orders, nor were they given an opportunity to make representations prior to the granting of the orders. The fact that

CLFN's application to amend had been adjourned would not necessarily preclude them from launching individual applications for the same relief.

[32] While acknowledging the degree of assistance given by a judge to an unrepresented party is a matter of discretion, the chambers judge should have expressly advised the individual respondents of their right to be represented by a lawyer and explained that the assistance of a lawyer might be important to ensure their position was fully advanced to the court. The failure to do so resulted in the individual respondents being deprived of an effective opportunity to be heard. This error of law was compounded by the failure to investigate the need for an interpreter in circumstances where it appeared that some or all of the individual respondents might require this aid.

[33] For that reason, we set aside the order granted on July 26, 2011, and remit the contempt application to be reheard by another judge of the Court of Queen's Bench. However, we do not suggest that the appellant must pursue this rehearing. It may be that the passage of time and intervening events have resolved the issue in another fashion.

Did the chambers judge have jurisdiction to vary the consent order and the Goss order in the absence of an application to vary being made by the parties?

[34] Given the above conclusion, it is not necessary to address this issue. However, in light of the possibility that the contempt application may be reheard, and to assist the judge in that circumstance, we conclude the chambers judge had no jurisdiction to amend the Goss order as he did.

[35] A judge should not take jurisdiction to grant an order that has not been sought by either party with a properly filed application and supported by evidence: **Hicks v. Kennedy** (1957), 6 D.L.R. (2d) 567 at 569, 20 W.W.R. 517 (Alta. S.C. (T.D.)). The only application before the chambers judge was the appellant's contempt application. No party advanced an application to vary the consent order or Goss order at that time.

[36] The *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010 ("the Rules"), set out the requirements for applications and supporting evidence: rr. 6.3, 6.11. These Rules reflect a fundamental principle of our adversarial system - a party is entitled to know the case that must be met. In the absence of an application, a party responding is unable to make full answer.

[37] During argument, no doubt operating from the best of motives and fully aware of the sensitivity of the situation, the chambers judge queried the appellant's counsel as to whether he had the discretion and authority to amend the Goss order. Counsel answered that he would prefer it if it were brought on notice as a motion to vary the Goss order, but that the court had inherent jurisdiction to deal with it. This statement does not preclude the appellant from now raising jurisdiction as a ground of appeal, because it did not contain a concession that the court should

exercise its inherent jurisdiction when no notice or opportunity to prepare had been given to the parties.

[38] Applications also need to be supported by properly filed evidence in order to be considered by the court on an application: *Deiure v. Deiure*, 2000 ABCA 328, 281 A.R. 146 at para. 3. The court should not grant relief without evidence to support the order. The Rules set out the types of evidence that the court may consider when making a decision: r. 6.11. They do not include unsworn statements made during a court application.

[39] In arriving at this conclusion, we observe that the chambers judge correctly identified this as a culturally and politically sensitive matter, and he tried to resolve it without resorting to the galvanizing effect of a contempt order. The appellant itself appears to have nodded to this sensitivity and the practicalities of the situation through its choice of not seeking to enforce the provisions of the Goss order by removing the offending structures and property itself, after the respondents failed to do so.

[40] In the face of a dynamic, evolving situation, such as, for example, those encountered in family law from time to time, a judge properly may seek to obtain admissions, concessions, agreement, or consent, all of which are factors that supplant the need for evidence. He or she will then gain jurisdiction by agreement pursuant to which relief may be granted that differs from what was expressly sought.

[41] However, if that agreement is not forthcoming, a judge has no jurisdiction to impose relief which no party sought, and of which no notice was given. Here, when the chambers judge was unsuccessful in obtaining consensus on the order he wished to make on July 26, 2011, he nonetheless imposed that order. In so doing, he did not advise the parties of the steps he was considering taking, nor did he inform them of the exact nature of the amendments he intended to make or give them the opportunity to address him on either jurisdiction or content.

[42] The circumstances in which an injunction may be varied, and by whom, are wider than for other types of orders or judgments, given the discretionary nature of this relief and the emergent situation which so often provides the basis for granting this extraordinary remedy. If there was an application seeking the remedy the chambers judge ended up granting, which was supported by evidence not offered at the time the Goss order was granted, it may be that the chambers judge could have granted the order he did. However, in the circumstances of this matter, he erred in law in granting an order varying the provisions of the Goss order. In those circumstances he was limited to granting the contempt order, refusing that order or granting an adjournment to allow the individual respondents to obtain counsel or for other reasons.

Did the chambers judge exercise his discretion unreasonably in dismissing the appellant's contempt application?

[43] In light of our decision to remit the contempt application to the Court of Queen's Bench for rehearing, it is unnecessary to address this issue.

CONCLUSION

[44] The appeal is dismissed as against the respondent, Carrie Lawrence, on the basis that she was not served with either the order under appeal or the notice of this appeal.

[45] The appeal is allowed as to the other individual respondents. The July 26, 2011, order is stuck in its entirety as it relates to them. The contempt application is remitted to the Court of Queen's Bench to be reheard by another judge of that court, should the appellant choose to apply for that rehearing.

Appeal heard on December 28, 2011

Memorandum filed at Edmonton, Alberta
this 2nd day of February, 2012

Côté J.A.

Authorized to sign for: Hunt J.A.

Bielby J.A.

Appearances:

E.C. Lew and K.L. Lambert
for the Respondent (Applicant)

S.C. Latimer and A.L. Edgington
for the Appellant (Respondent)

Respondents (Individual Respondents) Brian Grandbois, Jean Grandbois,
Harvey Scanie, Nancy Scanie, Allen Scanie, Carrie Lawrence,
Kelsey Jackso and Margaret Piche In Person

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Edgewater Casino Inc. (Re)***,
2009 BCCA 40

Date: 20090206
Docket: CA035922; CA035924

In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C. 1985, c. C-36, as amended

In the Matter of the *Business Corporations Act*,
S.B.C. 2002, c 57, as amended

In the Matter of Edgewater Casino Inc. and
Edgewater Management Inc.

Between:

Canadian Metropolitan Properties Corp.

Appellant
(Applicant)

And

**Libin Holdings Ltd., Gary Jackson Holdings Ltd.
and Phoebe Holdings Ltd.**

Respondents
(Respondents)

Before: The Honourable Madam Justice Levine
The Honourable Mr. Justice Tysoe
The Honourable Madam Justice D. Smith

J.J.L. Hunter, Q.C. and J.A. Henshall

Counsel for the Appellant

J.R. Sandrelli and A. Folino

Counsel for the Respondents

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia
January 7, 2009

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
February 6, 2009

Written Reasons by:

The Honourable Mr. Justice Tysoe

Concurred in by:

The Honourable Madam Justice Levine
The Honourable Madam Justice D. Smith

Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Tysoe:**Introduction**

[1] This application raises the question of the nature and application of the test to be utilized when leave is sought to appeal from an order made in proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (the "CCAA").

[2] On August 29, 2008, the chambers judge refused Canadian Metropolitan Properties Corp. (the "Landlord") leave to appeal from two orders pronounced on March 5, 2008 and December 18, 2008, by the judge supervising the CCAA proceedings (the "CCAA judge") concerning Edgewater Casino Inc. and Edgewater Management Inc. ("Edgewater"). The Landlord applies under section 9(6) of the *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 77, to vary or discharge the order of the chambers judge so that it is given leave to appeal from the two orders. The respondents, being the original shareholders of Edgewater, oppose the application.

Background

[3] The Landlord and Edgewater entered into a lease agreement dated for reference November 8, 2004 (the "Lease") under which the Landlord leased part of the Plaza of Nations site in downtown Vancouver for the operation of a casino by Edgewater. Edgewater took possession of the leased property on May 4, 2004 and, prior to commencing operation of the casino on February 5, 2005, spent approximately \$15 million renovating the main building covered by the Lease. These renovations indirectly led to two disputes between the parties. The first

dispute related to the extent, if any, to which Edgewater was responsible to reimburse the Landlord for increases in property taxes attributable to improvements made by Edgewater. A related issue was whether Edgewater was responsible to pay a portion of the consulting fees incurred by the Landlord in appealing property tax assessments. The second dispute related to Edgewater's responsibility to pay for the cost of utilities supplied to the leased property prior to the commencement of the operation of the casino while Edgewater was in possession and renovating the building.

[4] Edgewater commenced the CCAA proceedings on May 2, 2006, and the CCAA judge supervised the proceedings. Edgewater proposed a plan of arrangement by which sufficient funds would be paid into a law firm's trust account in an amount to fully pay all claims of creditors accepted by Edgewater and the asserted amounts of creditor claims disputed by Edgewater. I gather that the plan of arrangement was predicated on a sale of the shares in Edgewater by the respondents to a new owner and that it was agreed that the respondents would be the benefactors of any monies recovered from the Landlord and any monies left in trust following the resolution of the property tax and utilities disputes.

[5] On August 11, 2006, the CCAA judge pronounced a "Claims Processing Order" establishing a process for claims to be made by Edgewater's creditors and to be either accepted by Edgewater or adjudicated upon in a summary manner in the CCAA proceedings. On August 29, 2006, the CCAA judge pronounced a "Closing Order" pursuant to which the plan of arrangement was implemented and sufficient

funds were paid into trust to satisfy the accepted and disputed claims of Edgewater's creditors.

[6] The Landlord filed a proof of claim asserting that Edgewater was indebted to it in the amount by which the property taxes for the leased property had increased since 2004. Edgewater disallowed the proof of claim. Edgewater subsequently claimed a right of setoff against the Landlord in respect of the utilities that it alleged had been improperly charged by the Landlord and had been paid by mistake.

[7] By a case management order dated March 29, 2007, the CCAA judge directed that, among other things, the property tax and utilities disputes were to be determined summarily, with the parties exchanging pleadings and having representatives cross-examined on affidavits or examined for discovery. Hearings took place before the CCAA judge in August and September, 2007.

[8] In his reasons for judgment dealing with the property tax dispute, indexed as 2008 BCSC 280, the CCAA judge held that: (i) clause 3.05 of the Lease, which dealt with Edgewater's responsibility for increases in the property taxes, was sufficiently clear to be enforceable; (ii) the Landlord had not made negligent misrepresentations to Edgewater on matters relevant to the property tax increase; (iii) Edgewater was only responsible for increases in the assessment of the "Lands" (defined as the lands and improvement thereon) solely attributable to the improvements made by it, with the result that Edgewater was only obliged to pay the Landlord the increased taxes based on the increase in the assessed value of the buildings; and (iv) Edgewater was not liable, either in contract, *quantum meruit* or unjust

enrichment, to reimburse the Landlord for any consulting fees incurred by it in appealing the property tax assessments in question.

[9] In his reasons for judgment dealing with the utilities dispute, indexed as 2007 BCSC 1829, the CCAA judge held that: (i) clause 4.01 of the Lease, which was clear on its face, restricted the amount of rent and additional rent during the period preceding the commencement of operation of the casino to the sum specified in the clause, and Edgewater was not responsible to pay for any additional sum in respect of utilities; (ii) the Landlord did not meet the test in order to have the Lease rectified in respect of the payment for utilities during the period of possession preceding the commencement of operation of the casino; and (iii) Edgewater was entitled to the return of the payments for utilities during the period of possession preceding the commencement of the casino made by it as a result of a mistake.

Decision of the Chambers Judge

[10] In dismissing the applications for leave to appeal the two orders, the chambers judge commented that the CCAA judge had held the language of clauses 3.05 and 4.01 of the Lease to be clear and unambiguous. Relying on *Re Pacific National Lease Holding Corp.* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 368, 15 C.B.R. (3d) 265 (C.A. Chambers), and *Re Pine Valley Mining Corporation*, 2008 BCCA 263, 43 C.B.R. (5th) 203 (Chambers), the chambers judge stated that leave to appeal in proceedings under the CCAA is granted sparingly. He commented that there were none of the time pressures that often attend CCAA proceedings.

[11] The chambers judge noted that the CCAA judge had applied settled principles of contractual interpretation and expressed the view that there were very limited prospects of success on appeal. He observed that the issues had been decided in the context of summary proceedings under the CCAA and stated that the decision of the chambers judge was entitled to substantial deference.

Discussion

[12] The parties are agreed that the test to be applied by a reviewing court on an application to review an order of a chambers judge is to determine whether the judge was wrong in law or principle or misconceived the facts: see *Haldorson v. Coquitlam (City)*, 2000 BCCA 672, 3 C.P.C. (5th) 225.

[13] The parties made their submissions on the basis that there is a special test or standard for the granting of leave to appeal from an order made in CCAA proceedings. The genesis of this perception is the following passage from the decision of Mr. Justice Macfarlane in *Pacific National Lease*:

[30] Despite what I have said, there may be an arguable case for the petitioners to present to a panel of this court on discreet questions of law. But I am of the view that this court should exercise its powers sparingly when it is asked to intervene with respect to questions which arise under the C.C.A.A. The process of management which the Act has assigned to the trial court is an ongoing one. In this case a number of orders have been made. Some, including the one under appeal, have not been settled or entered. Other applications are pending. The process contemplated by the Act is continuing.

[31] A colleague has suggested that a judge exercising a supervisory function under the C.C.A.A. is more like a judge hearing a trial, who makes orders in the course of that trial, than a chambers judge who makes interlocutory orders in proceedings for which he has no further responsibility.

[32] Also, we know that in a case where a judgment has not been entered, it may be open to a judge to reconsider his or her judgment, and alter its terms. In supervising a proceeding under the C.C.A.A. orders are made, and orders are varied as changing circumstances require. Orders depend upon a careful and delicate balancing of a variety of interests and of problems. In that context appellate proceedings may well upset the balance, and delay or frustrate the process under the C.C.A.A. I do not say that leave will never be granted in a C.C.A.A. proceeding. But the effect upon all parties concerned will be an important consideration in deciding whether leave ought to be granted.

Numerous subsequent decisions have referred to these comments. These decisions include *Re Westar Mining Ltd.* (1993), 75 B.C.L.R. (2d) 16, 17 C.B.R. (3d) 202 (C.A.) at para. 57; *Re Woodward's Ltd.* (1993), 105 D.L.R. (4th) 517, 22 C.B.R. (3d) 25 (B.C.C.A. Chambers) at para. 34; *Re Repap British Columbia Inc.* (1998), 9 C.B.R. (4th) 82 (B.C.C.A. Chambers) at para. 8; *Luscar Ltd. v. Smoky River Coal Ltd.*, 1999 ABCA 179, 175 D.L.R. (4th) 703 at para. 62; *Re Blue Range Resource Corp.*, 1999 ABCA 255, 12 C.B.R. (4th) 186 (Chambers) at para. 3; *Re Canadian Airlines Corp.*, 2000 ABCA 149, 19 C.B.R. (4th) 33 (Chambers) at para. 42; *Re Skeena Cellulose Inc.*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236 at para. 52; *Re Fantom Technologies Inc.* (2003), 41 C.B.R. (4th) 55 (Ont. C.A. Chambers) at para. 17; and *Re New Skeena Forest Products Inc.*, 2005 BCCA 192, [2005] 8 W.W.R. 224 at para. 20.

[14] The Landlord accepts the general proposition that leave to appeal from CCAA orders should be granted sparingly, but says that there should be an exception where, as here, the time constraints present in typical CCAA situations do not exist. In this regard, the Landlord relies on the views expressed by Chief Justice

McEachern in *Westar Mining*. After quoting the above passage from *Pacific National Lease*, McEachern C.J.B.C. said the following:

[58] I respectfully agree with what Macfarlane J.A. has said, but in this case the situation of the Company has stabilized as its principal assets have been sold. The battle for the survival of the Company is over, at least for the time being. What remains is merely to determine priorities, and the proper distribution of the trust fund which was established with the approval of the Court primarily for the protection of the Directors.

Although McEachern C.J.B.C. was speaking in dissent when making these comments, an appeal to the Supreme Court of Canada was allowed, [1993] 2 S.C.R. 448, and the Court agreed generally with his dissenting reasons.

[15] The respondents submit that there should be the same test for leave to appeal from all orders made in CCAA proceedings. The respondents maintain that the test has been consistently applied throughout Canada and that a different test in some circumstances would lead to the result that there would be many more leave applications to appeal orders made in CCAA proceedings and appellate courts would be required to analyze the underlying CCAA proceeding in every leave application.

[16] The requirement for leave to appeal from an order made in CCAA proceedings is found in the CCAA itself (section 13), as opposed to the provincial or territorial statutes governing the appellate courts in Canada. This suggests that Parliament recognized that appeals as of right from orders made in CCAA proceedings could have an adverse effect on the efforts of debtor companies to reorganize their financial affairs pursuant to the Act and that appeals in CCAA

proceedings should be limited: see *Re Algoma Steel Inc.* (2001), 147 O.A.C. 291, 25 C.B.R. (4th) 194 at para. 8.

[17] However, it does not follow from the fact that the statute itself is the source of the requirement for leave that the test or standard applicable to applications for leave to appeal orders made in CCAA proceedings is different from the test or standard for other leave applications. It is my view that the same test applicable to all other leave applications should be utilized when considering an application for leave to appeal from a CCAA order. In British Columbia, the test involves a consideration of the following factors:

- (a) whether the point on appeal is of significance to the practice;
- (b) whether the point raised is of significance to the action itself;
- (c) whether the appeal is *prima facie* meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and
- (d) whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

The authority most frequently cited in British Columbia in this regard is *Power Consolidated (China) Pulp Inc. v. British Columbia Resources Investment Corp.* (1988), 19 C.P.C. (3d) 396 (B.C.C.A. Chambers).

[18] This is not to suggest that I disagree with the above comments of Macfarlane J.A. in *Pacific National Lease*. To the contrary, I agree with his comments, but I do not believe that he established a special test for CCAA orders. Rather, his comments are a product of the application of the usual standard used on leave applications to orders that are typically made in CCAA proceedings and a

recognition of the special position of the supervising judge in CCAA proceedings. In particular, a consideration of the third and fourth of the above factors will result in leave to appeal from typical CCAA orders being given sparingly.

[19] The third of the above factors involves a consideration of the merits of the appeal. In non-CCAA proceedings, a justice will be reluctant to grant leave where the order constitutes an exercise of discretion by the judge because the grounds for interfering with an exercise of discretion are limited: see *Silver Standard Resources Inc. v. Joint Stock Co. Geolog*, [1998] B.C.J. No. 2298 (C.A. Chambers). Most orders made in CCAA proceedings are discretionary in nature, and the normal reluctance to grant leave to appeal is heightened for two reasons alluded to in the comments of Macfarlane J.A.

[20] First, one of the principal functions of the judge supervising the CCAA proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavouring to balance the various interests. Secondly, CCAA proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances. These considerations are reflected in the comment made by Madam Justice Newbury in *New Skeena Forest Products* that “[a]ppellate courts also accord a high degree of deference to decisions made by Chambers judges in CCAA matters

and will not exercise their own discretion in place of that already exercised by the court below” (para. 20).

[21] The fourth of the above factors relates to the detrimental effect of an appeal on the underlying action. In most non-CCAA cases, the events giving rise to the underlying action have already occurred, and a consideration of this factor involves the prejudice to one of the parties if the trial is adjourned or if the action cannot otherwise move forward pending the determination of the appeal. CCAA proceedings are entirely different because events are unfolding as the proceeding moves forward and the situation is constantly changing – some refer to CCAA proceedings as “real-time” litigation.

[22] The fundamental purpose of CCAA proceedings is to enable a qualifying company in financial difficulty to attempt to reorganize its affairs by proposing a plan of arrangement to its creditors. The delay caused by an appeal may jeopardize these efforts. The delay may also have the effect of upsetting the balance between competing stakeholders that the supervisory judge has endeavoured to achieve.

[23] Similar views were expressed by Mr. Justice O’Brien in *Re Calpine Canada Energy Ltd.*, 2007 ABCA 266, 35 C.B.R. (5th) 27 (Chambers):

[13] This Court has repeatedly stated, for example in *Liberty Oil & Gas Ltd., Re*, 2003 ABCA 158, 44 C.B.R. (4th) 96 (Alta. C.A.), at paras. 15-16, that the test for leave under the CCAA involves a single criterion that there must be serious and arguable grounds that are of real and significant interest to the parties. The four factors used to assess whether this criterion is present are:

- (1) Whether the point on appeal is of significance to the practice;

- (2) Whether the point raised is of significance to the action itself;
- (3) Whether the appeal is *prima facie* meritorious or, on the other hand, whether it is frivolous; and
- (4) Whether the appeal will unduly hinder the progress of the action.

[14] In assessing these factors, consideration should also be given to the applicable standard of review: *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABCA 149, 261 A.R. 120 (Alta. C.A. [In Chambers]). Having regard to the commercial nature of the proceedings which often require quick decisions, and to the intimate knowledge acquired by a supervising judge in overseeing a CCAA proceedings, appellate courts have expressed a reluctance to interfere, except in clear cases: *Smoky River Coal Ltd., Re*, 1999 ABCA 179, 237 A.R. 326 (Alta. C.A.) at para. 61.

Other decisions on leave applications where the usual factors were expressly considered include *Re Blue Range Resource Corp., Re Canadian Airlines Corporation* and *Re Fantom Technologies Inc.*, each of which quoted the above comments of Macfarlane J.A. in *Pacific National Lease*.

[24] As a result of these considerations, the application of the normal standard for granting leave will almost always lead to a denial of leave to appeal from a discretionary order made in an ongoing CCAA proceeding. However, not all of the above considerations will be applicable to some orders made in CCAA proceedings. Thus, in *Westar Mining*, McEachern C.J.B.C., while generally agreeing with the comments made in *Pacific National Lease*, believed that the considerations mentioned by Macfarlane J.A. were not applicable in that case because the CCAA proceeding had effectively come to an end with the sale of the principal assets of the debtor company. Madam Justice Newbury made a similar point in *New Skeena*

Forest Products at para. 25 (which was a hearing of an appeal, not a leave application), although she found it unnecessary to decide the appeal on the point.

[25] The chambers judge did give consideration to the usual factors in the present case, but none of the considerations I have mentioned were applicable to the two orders. The CCAA judge was deciding questions of law in each case and was not exercising his discretion. The knowledge gained by the CCAA judge during the reorganization process was not relevant to his decisions, which involved events that occurred prior to the commencement of the CCAA proceeding. The plan of arrangement made by Edgewater has been implemented, and appeals from the two orders will not delay or otherwise jeopardize the reorganization process. There is no prospect that the outcome of the appeals will affect the continuing viability of Edgewater; indeed, although the disputes involve Edgewater in name, the parties with a monetary interest in the disputes are the Landlord and the respondents, who are the former shareholders of Edgewater. In the circumstances, there was no reason to give substantial deference to the CCAA judge.

[26] I am not saying that the considerations I have mentioned will never apply to a determination of claims pursuant to a claims process in a CCAA proceeding. For example, a plan of arrangement may only be successful if the total amount of claims against the debtor company is less than a specified sum. An appeal from an order quantifying a claim of a creditor would delay the CCAA proceeding and could jeopardize the company's reorganization.

[27] I have no doubt that there will be other circumstances in which the claims process will have an impact on the reorganization process. Even if the claims process will not jeopardize the reorganization process, some of the other considerations I have mentioned may apply to the determination of the claims. For example, the outcome of an appeal may affect the amounts received by other creditors and may delay the full implementation of the plan of arrangement. The fact that section 12 of the CCAA mandates the determination of claims to be by way of a summary application to the court illustrates that Parliament recognized that the claims process will often be sensitive to time constraints.

[28] There is one other point about the order relating to the utilities dispute that differentiates it from the typical CCAA order. The dispute did not involve a claim against Edgewater but, rather, it was a claim by Edgewater to have the Landlord refund utilities payments made by it. Such a claim would normally be pursued in a normal lawsuit and, if it was determined on a summary application (i.e., a Rule 18A application), there would have been an appeal as of right, and leave would not have been required. It was only because the claim was raised as a setoff to the Landlord's property tax claim that it came to be determined in the CCAA proceeding.

[29] I now turn to a consideration of the usual factors in relation to the order dealing with the property tax dispute:

1. As stated by the chambers judge, the point in issue is of no significance to the practice.

2. As conceded by the respondents on the application before the chambers judge, the point in issue is of significance to the action itself (in the sense that it finally determines the Landlord's claim).
3. The order did not involve an exercise of discretion by the CCAA judge. The chambers judge was mistaken in his belief that the CCAA judge held that clause 3.05 was clear and unambiguous; the first issue considered by the CCAA judge was whether the clause was sufficiently clear as to make it enforceable. In my opinion, the appeal is not frivolous.
4. The appeal will not unduly hinder the progress of the action because Edgewater's plan of arrangement has been implemented and the CCAA proceeding has come to a conclusion.

On a consideration of all of the factors, it is my view that leave to appeal the order dealing with the property tax dispute should be given.

[30] A consideration of the usual factors in relation to the order dealing with the utilities dispute leads to the same observations with one exception. As conceded by the Landlord on this application, the prospects of success of an appeal do not appear to be as high as the prospects in an appeal from the other order. However, I am not persuaded that the appeal has so little merit that it amounts to a frivolous appeal. If the dispute had not become intertwined with the property tax dispute as a result of Edgewater's claim of a right of setoff, the dispute would not have been determined in the CCAA proceeding, and the Landlord would have had an appeal as

of right. In all the circumstances, it is my view that leave to appeal from the order dealing with the utilities dispute should also be given.

Conclusion

[31] I would discharge the order made by the chambers judge dismissing the leave application, and I would grant the Landlord leave to appeal from both of the orders.

“The Honourable Mr. Justice Tysoe”

I agree:

“The Honourable Madam Justice Levine”

I agree:

“The Honourable Madam Justice D. Smith”

Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*Appellant*

v.

**International Woodworkers of America,
Local 2-69** *Respondent*

and

The Ontario Labour Relations Board
*Respondent*INDEXED AS: IWA v. CONSOLIDATED-BATHURST
PACKAGING LTD.

File No.: 20114.

1989: April 26; 1990: March 15.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Administrative law — Natural justice — Audi alteram partem rule — Right to know case to be made — Three-person panel hearing case and ultimately making decision — Case involving important and wider policy implications — Full Board meeting called to discuss policy implications of a draft decision — Facts accepted as stated in draft decision — No vote or consensus taken — No minutes kept — Attendance not recorded — Whether or not breach of rules of natural justice occurred — Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 14, 102(9), (13), 106, 108, 114.

The Ontario Labour Relations Board ordinarily sits in panels of three when hearing applications under the *Labour Relations Act*. A three-member panel decided that the appellant had failed to bargain in good faith by not disclosing during negotiations for a collective agreement that it planned to close a plant. In the course of deliberating over this decision, a meeting of the full Board was held to discuss a draft of the reasons. No express statutory authority exists for this practice.

The record did not indicate how many of the Board's 48 members attended the meeting in question and

Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*Appelante*

c.

**a Syndicat international des travailleurs du
bois d'Amérique, section locale 2-69** *Intimé*

et

**b La Commission des relations de travail de
l'Ontario** *Intimée*RÉPERTORIÉ: SITBA c. CONSOLIDATED-BATHURST
PACKAGING LTD.

c N° du greffe: 20114.

1989: 26 avril; 1990: 15 mars.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.**d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

Droit administratif — Justice naturelle — Règle audi alteram partem — Droit de connaître la preuve invoquée contre soi — Audition d'une affaire et décision ultime par un banc de trois personnes — Affaire comportant des conséquences importantes et plus générales en matière de politique — Convocation d'une réunion plénière de la Commission pour discuter des conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision — Faits énoncés dans l'avant-projet de décision tenus pour avérés — Aucun vote ni aucune vérification du consensus — Aucune rédaction de procès-verbal des délibérations — Aucune prise des présences — Y a-t-il eu violation des règles de justice naturelle? — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 14, 102(9), (13), 106, 108, 114.

La Commission des relations de travail de l'Ontario siége ordinairement en bancs de trois membres quand elle entend les demandes présentées en vertu de la *Loi sur les relations de travail*. Un banc de trois commissaires a statué que l'appelante avait refusé de négocier de bonne foi en ne divulguant pas, au cours des négociations visant la signature d'une convention collective, qu'elle projetait de fermer une usine. Pendant les délibérations relatives à cette décision, la Commission a tenu une réunion plénière pour débattre un avant-projet de motifs. Aucune disposition législative n'autorise expressément cette pratique.

Le dossier ne précise pas combien des 48 membres de la Commission ont assisté à la réunion en cause ni s'il y

whether labour and management were equally represented as contemplated by s. 102(9) of the Act. The members of the panel who heard the case, however, appear to have been present. The meeting was conducted in accordance with the Board's longstanding and usual practice. This practice required that discussion be limited to the policy implications of a draft decision, that the facts be accepted as contained in the decision, that no vote or consensus be taken, that no minutes be kept, and that no attendance be recorded.

Appellant applied for judicial review of the Board's decision on the ground that the rules of natural justice had been breached. The application was granted by the Divisional Court but was disallowed on appeal. At issue here was whether the two rules of natural justice had been breached: (a) that the adjudicator be independent and unbiased, that he who decides must hear, and (b) the *audi alteram partem* rule, the right to know the case to be met.

Held (Lamer and Sopinka JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Full board meetings are a practical means of calling upon the accumulated experience of board members when making an important policy decision and obviate the possibility of different panels inadvertently deciding similar issues in a different way. The rules of natural justice should reconcile the characteristics and exigencies of decision making by specialized tribunals with the procedural rights of the parties.

The members of a panel who actually participate in the decision must have heard both the evidence and the arguments presented by the parties. The presence of other Board members at the full board meeting does not, however, amount to "participation" in the final decision. Discussion with a person who has not heard the evidence does not necessarily vitiate the resulting decision because this discussion might "influence" the decision maker.

Decision makers cannot be forced or induced to adopt positions they do not agree with by means of some formalized consultation process. A discussion does not prevent a decision maker from adjudicating in accordance with his own conscience and does not constitute an obstacle to this freedom. The ultimate decision, whatever discussion may take place, is that of the decision

avait représentation égale des employés et de l'employeur comme le prescrit le par. 102(9) de la Loi. Les membres du banc qui avaient entendu l'affaire semblent cependant avoir été présents. La réunion s'est déroulée conformément à la pratique habituelle que la Commission suit depuis longtemps. Cette pratique consiste à restreindre les débats aux conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision, à considérer les faits mentionnés dans la décision comme avérés, à ne pas prendre de vote ni vérifier s'il y a consensus, à ne pas rédiger de procès-verbal des délibérations et à ne pas prendre les présences.

L'appelante a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission pour le motif qu'il y avait eu violation des règles de justice naturelle. Cette demande a été accueillie par la Cour divisionnaire, mais rejetée en appel. Il s'agit en l'espèce de déterminer si les deux règles suivantes de justice naturelle ont été violées: a) celle portant que le décideur doit être indépendant et impartial, que celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue, et b) la règle *audi alteram partem*, le droit de connaître la preuve invoquée contre soi.

Arrêt (les juges Lamer et Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Les réunions plénières de la Commission sont un moyen pratique de faire appel à l'expérience acquise par les commissaires lorsqu'il s'agit de rendre une décision importante de politique et d'éviter que des bancs différents rendent des décisions divergentes sur des questions semblables. Les règles de justice naturelle devraient concilier les caractéristiques et les exigences du processus décisionnel des tribunaux spécialisés avec les droits des parties en matière de procédure.

Les membres du banc qui participent effectivement à une décision doivent avoir entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries soumises par les parties. La présence d'autres commissaires à la réunion plénière de la Commission n'équivaut cependant pas à une «participation» à la décision finale. La discussion avec une personne qui n'a pas entendu la preuve n'entache pas forcément de nullité la décision qui s'ensuit parce que cette discussion est susceptible d'influencer le décideur.

On ne peut recourir à aucun mécanisme formel de consultation pour forcer ou inciter un décideur à adopter un point de vue qu'il ne partage pas. Une discussion n'empêche pas un décideur de juger selon sa propre conscience pas plus qu'elle ne constitue une entrave à sa liberté. Quelles que soient les discussions qui peuvent avoir lieu, la décision ultime appartient au décideur et il

maker and he or she must assume full responsibility for that decision. Board members are not empowered by the Act to impose one member's opinion on another and procedures which may in effect compel or induce a panel member to decide against his or her own conscience or opinion cannot be used to thwart this *de jure* situation.

The criteria for independence is not absence of influence but rather the freedom to decide according to one's own conscience and opinions. The full board meeting was an important element of a legitimate consultation process and not a participation in the decision of persons who had not heard the parties. As practised by the Board, the holding of full board meetings does not impinge on the ability of panel members to decide according to their opinions so as to give rise to a reasonable apprehension of bias or lack of independence.

For the purpose of the application of the *audi alteram partem* rule, a distinction must be drawn between discussions on factual matters and discussions on legal or policy issues.

Evidence cannot always be assessed in a final manner until the appropriate legal test has been chosen by the panel and until all the members of the panel have evaluated the credibility of each witness. It is, however, possible to discuss the policy issues arising from the body of evidence filed before the panel even though this evidence may give rise to a wide variety of factual conclusions. These discussions can be segregated from the factual decisions which will determine the outcome of the case once a test is adopted by the panel. The purpose of the policy discussions is not to determine which of the parties will eventually win the case but rather to outline the various legal standards which may be adopted by the Board and discuss their relative value.

Policy issues must be approached in a different manner because they have, by definition, an impact which goes beyond the resolution of the dispute between the parties. While they are adopted in a factual context, they are an expression of principle or standards akin to law. Since these issues involve the consideration of statutes, past decisions and perceived social needs, the impact of a policy decision by the Board is, to a certain extent, independent from the immediate interests of the parties even though it has an effect on the outcome of the complaint.

On factual matters the parties must be given a fair opportunity for correcting or contradicting any relevant

en assume la responsabilité entière. La Loi n'habilite pas les membres de la Commission à imposer leur avis à un autre commissaire et on ne saurait recourir à des procédures qui peuvent avoir pour effet de forcer ou d'inciter un membre d'un banc à statuer à l'encontre de ses propres conscience ou opinions pour contrecarrer cette situation de droit.

Le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions. La réunion plénière de la Commission a constitué un élément important du processus légitime de consultation, mais non une participation à la décision par des personnes qui n'avaient pas entendu les parties. La pratique de la Commission consistant à tenir des réunions plénières n'entrave pas la capacité des membres d'un banc de statuer selon leurs opinions, de manière à susciter une crainte raisonnable de partialité ou d'un manque d'indépendance.

Aux fins de l'application de la règle *audi alteram partem*, il faut distinguer les discussions portant sur des questions de fait et celles portant sur des questions de droit ou de politique.

Il n'est pas toujours impossible d'évaluer la preuve de façon définitive avant que le banc n'ait choisi le critère juridique approprié et avant que tous les membres du banc n'aient évalué la crédibilité de chaque témoin. Cependant, il est possible de débattre des questions de politique que soulève la preuve soumise au banc même si cette preuve peut entraîner une grande variété de conclusions sur les faits. Il est possible de dissocier ces discussions des décisions sur les faits qui déterminent l'issue du litige après que le banc a adopté un critère. Les discussions sur les politiques n'ont pas pour objet de décider quelle partie aura finalement gain de cause, mais elles ont pour objet d'exposer les différents critères juridiques que la Commission peut adopter et de débattre leur valeur relative.

Il faut aborder les questions de politique de manière différente parce qu'elles ont, par définition, des conséquences qui vont au-delà du règlement du litige particulier entre les parties. Bien qu'elles découlent de faits précis, elles constituent l'expression d'un principe ou de normes apparentées au droit. Puisque ces questions font appel à l'analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux qui sont perçus, les conséquences d'une décision de politique prise par la Commission ne dépendent pas, dans une certaine mesure, de l'intérêt immédiat des parties, même si elles peuvent avoir un effet sur l'issue de la plainte.

Relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une possibilité raisonnable de corriger ou de

statement prejudicial to their view. The rule with respect to legal or policy arguments not raising issues of fact is, however, somewhat more lenient because the parties only have the right to state their case adequately and to answer contrary arguments. This right does not encompass the right to repeat arguments every time the panel convenes to discuss the case.

The safeguards attached by the Board to this consultation process are sufficient to allay any fear of violations of the rules of natural justice provided the parties are advised of any new evidence or grounds and are given an opportunity to respond. The balance so achieved between the rights of the parties and the institutional pressures the Board faces are consistent with the nature and purpose of the rules of natural justice. In the instant case, the policy decided upon was the very subject of the hearing when the parties had full opportunity to deal with the matter and present diverging proposals which they did.

Per Lamer and Sopinka JJ. (dissenting): The introduction of policy considerations in the decision-making process by members of the Board who were not present at the hearing and their application by members who were present but who heard no submissions from the parties in that respect violates the rationale underlying the principles of natural justice.

The final decision was formally that of the three-member panel. The inference that the full Board meeting might have affected the outcome, however, exists and is fed by two difficulties. Firstly, uniformity can only be achieved if some decisions of the individual panels are brought into line with others by the uniform application of policy. Secondly, in matters affecting the integrity of the decision-making process, an appearance of injustice is sufficient to taint the decision.

The Board is required by statute to hold a hearing and to give the parties a full opportunity to present evidence and submissions. It is also entitled to apply policy. The role of policy in the decision-making function of boards must be reappraised in light of the evolution of the law relating to the classification of tribunals and the application of the rules of natural justice and fairness to those boards. The content of the rules of natural justice is no longer dictated by classification as judicial, quasi-judicial or executive, but by reference to the circumstances of the case, the governing statutory provisions and the nature of the matters to be determined. It is no longer appropriate to conclude that failure to disclose policy to

contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue. Cependant, la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n'ont que le droit de présenter leur cause et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables. Ce droit n'inclut pas celui de reprendre les plaidoiries chaque fois que le banc se réunit pour débattre l'affaire.

Les garanties dont la Commission assortit ce processus de consultation sont suffisantes pour dissiper toute crainte de violation des règles de justice naturelle pourvu également que les parties soient informées de tout nouvel élément de preuve ou de tout nouveau moyen et qu'elles aient la possibilité d'y répondre. L'équilibre ainsi réalisé entre les droits des parties et les pressions institutionnelles qui s'exercent sur la Commission sont compatibles avec la nature et l'objet des règles de justice naturelle. En l'espèce, la politique visée par la décision était l'objet même de l'audition à laquelle les parties avaient l'entière possibilité de traiter de la question et de présenter des propositions divergentes, et c'est ce qu'elles ont fait.

Les juges Lamer et Sopinka (dissidents): L'introduction de considérations de politique dans le processus décisionnel par des commissaires qui n'ont pas assisté à l'audition et leur application par des commissaires qui étaient présents mais qui n'ont pas entendu de plaidoiries des parties au sujet de ces considérations, est contraire à la raison d'être des principes de justice naturelle.

La décision finale est bel et bien celle du banc de trois commissaires. La conclusion que la réunion plénière de la Commission peut avoir influé sur l'issue de l'affaire existe toutefois et découle de deux difficultés. Premièrement, l'uniformité ne peut se réaliser que si on fait concorder certaines décisions de bancs particuliers par l'application constante d'une politique. Deuxièmement, en matière d'atteinte à l'intégrité du processus décisionnel, il suffit qu'il y ait apparence d'injustice pour vicier la décision.

La Loi oblige la Commission à tenir une audition et à donner aux parties toute possibilité de présenter des éléments de preuve et des arguments. Elle a aussi le pouvoir d'appliquer des politiques. Il y a lieu de réévaluer le rôle des politiques dans le processus décisionnel des commissions en fonction de l'évolution du droit relatif à la classification des tribunaux et à l'application des règles de justice naturelle et d'équité à leur endroit. Le contenu des règles de justice naturelle ne dépend plus de leur classification en règles judiciaires, quasi judiciaires ou administratives, mais il est déterminé par les circonstances de l'affaire, les dispositions législatives applicables et la nature des litiges à décider. Il ne

be applied by a tribunal is not a denial of natural justice without examining all the circumstances under which the tribunal operates.

The full board hearing deprived the appellant of a full opportunity to present evidence and submissions and accordingly constituted a denial of natural justice. It could not be determined with certainty from the record that a policy which was developed at the full Board hearing and was not disclosed to the parties was a factor in the decision. That this might very well have happened, however, was fatal to the Board's decision.

The goal of uniformity in the decisions of individual boards, while laudable, cannot be achieved at the expense of the rules of natural justice. The legislature, if it so chooses, can authorize the full board procedure.

The conclusion that no substantial wrong occurred could not be made. Prejudice arising because of a technical breach of the rules of natural justice must be established by the party making the allegation. The appellant, however, could hardly be expected to establish prejudice when it was not privy to the discussion before the full Board and when there is no evidence as to what in fact was discussed. The gravity of the breach of natural justice could not be assessed in the absence of such evidence.

The full board procedure was not saved by s. 102(13) of the *Labour Relations Act* which granted the Board the power to determine its own practice and procedure subject to the qualification that full opportunity be granted the parties to any proceedings to present their evidence and to make their submissions. The appellant was not given a full opportunity to present evidence and make submissions. The Board's practice must give way when at a variance with the rules of natural justice.

Cases Cited

By Gonthier J.

Considered: *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577; *Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission*, [1985] 1 F.C. 362; **referred to:** *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Mehr v.*

convient plus de conclure que l'omission de divulguer les politiques que le tribunal va appliquer ne constitue pas un déni de justice naturelle sans examiner toutes les circonstances dans lesquelles le tribunal fonctionne.

a La réunion plénière de la Commission a privé l'appelante de la pleine possibilité de présenter des éléments de preuve et de faire valoir des arguments et a constitué un déni de justice naturelle. Le dossier ne permet pas de déterminer avec certitude si la formulation, lors de la b réunion plénière, d'une politique qui n'a pas été divulguée aux parties a eu un effet sur la décision. Le fait que la chose ait très bien pu se produire est cependant fatal à la décision de la Commission.

c Même si l'uniformisation des décisions de tribunaux particuliers est souhaitable, elle ne peut se faire aux dépens des règles de justice naturelle. Si le législateur veut permettre la poursuite de cet objectif, il est libre d'autoriser la procédure de réunion plénière de la Commission.

d Il est impossible de conclure qu'il n'y a pas eu de préjudice grave. Le préjudice causé par une violation technique des règles de justice naturelle doit être prouvé par la partie qui l'invoque. On ne saurait cependant demander à l'appelante de prouver l'existence d'un préjudice alors qu'elle n'a pas eu connaissance de ce qui a été discuté à la réunion plénière de la Commission et qu'il n'y a pas de preuve quant à ce qui y a été réellement discuté. En l'absence de cette preuve, il est impossible de déterminer la gravité de la violation des f règles de justice naturelle.

g La procédure de réunion plénière de la Commission n'est pas sauvegardée par le par. 102(13) de la *Loi sur les relations de travail* qui confère à la Commission le pouvoir de régir sa propre pratique et procédure sous réserve d'accorder aux parties toute possibilité de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. L'appelante n'a pas eu toute possibilité de présenter sa preuve et de soumettre ses arguments. Quand les règles de justice naturelle entrent en conflit avec une pratique h de la Commission, cette dernière doit céder le pas.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

i **Arrêts examinés:** *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577; *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1985] 1 C.F. 362; **arrêts mentionnés:** *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des*

1990 CanLII 132 (SCC)

Law Society of Upper Canada, [1955] S.C.R. 344; *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698; *Re Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons* (1969), 11 D.L.R. (3d) 148; *Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario* (1970), 15 D.L.R. (3d) 385; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378; *Regina v. Committee on Works of Halifax City Council* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; *Re Rogers* (1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 484; *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673; *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179; *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120.

By Sopinka J. (dissenting)

United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd., [1980] OLRB Rep. 577; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378; *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344; *Walker v. Frobisher* (1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943; *Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3; *Rex v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395; *Re Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke* (1966), 2 O.R. 439; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution' Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada* (Canadian Human Rights Commission), [1989] 2 S.C.R. 879; *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board*, [1973] 1 W.L.R. 1334; *Toshiba Corp. v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173; *Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 14, 15, 102, 102(9), (13), 103, 106, 108, 114.

alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344; *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698; *Re Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons* (1969), 11 D.L.R. (3d) 148; *Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario* (1970), 15 D.L.R. (3d) 385; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378; *Regina v. Committee on Works of Halifax City Council* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45; *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577; *Re Rogers* (1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 484; *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673; *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179; *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120.

^d Citée par le juge Sopinka (dissident)

United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd., [1980] OLRB Rep. 577; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378; *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344; *Walker v. Frobisher* (1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943; *Szilard v. Szasz*, [1955] R.C.S. 3; *Rex v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395; *Re Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke* (1966), 2 O.R. 439; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada* (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 2 R.C.S. 879; *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board*, [1973] 1 W.L.R. 1334; *Toshiba Corp. c. Tribunal antidumping* (1984), 8 Admin. L.R. 173; *Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172.

Lois et règlements cités

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 14, 15, 102, 102(9), (13), 103, 106, 108, 114.

Authors Cited

- Aronson, Mark and Nicola Franklin. *Review of Administrative Action*, 2nd ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Benyekhlef, K. *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1988.
- Blache, Pierre et Suzanne Comtois. «La décision institutionnelle» (1986), 16 *R.D.U.S.* 645.
- Crane, Brian. Case Comment (1988), 1 *C.J.A.L.P.* 215.
- de Smith, S. A. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
- Dussault, René et Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswells, 1985.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, 2^e éd. Montréal: Yvon Blais Inc., 1985.
- Morissette, Yves-Marie. *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse* (1986), 16 *R.D.U.S.* 591.
- Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, Report No. 3. Toronto: The Queen's Printer, 1971.
- Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.
- Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1985.
- Wade, Henry William Rawson. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 56 O.R. (2d) 513, allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (1985), 51 O.R. (2d) 481, 20 D.L.R. (4th) 84, 85 CLLC 14,031, granting an application to quash a decision of the Ontario Labour Relations Board, [1983] OLRB Rep. December 1995, 5 CRBR (NS) 79, made on a reconsideration of its original decision, [1983] OLRB Rep. September 1411, 4 CLRBR (NS) 178. Appeal dismissed, Lamer and Sopinka JJ. dissenting.

William R. Herridge, Q.C., for the appellant.

Paul Cavalluzzo and David Bloom, for the respondent International Woodworkers of America, Local 2-69.

Doctrine citée

- Aronson, Mark and Nicola Franklin. *Review of Administrative Action*, 2nd ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
- Benyekhlef, K. *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1988.
- Blache, Pierre et Suzanne Comtois. «La décision institutionnelle» (1986), 16 *R.D.U.S.* 645.
- Crane, Brian. Case Comment (1988), 1 *C.J.A.L.P.* 215.
- de Smith, S. A. *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*. 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons, 1980.
- Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. 1, 2^e éd. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1984.
- Garant, Patrice. *Droit administratif*, 2^e éd. Montréal: Yvon Blais Inc., 1985.
- Morissette, Yves-Marie. *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse* (1986), 16 *R.D.U.S.* 591.
- Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, Report No. 3. Toronto: The Queen's Printer, 1971.
- Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.
- Sack, Jeffrey and C. Michael Mitchell. *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1985.
- Wade, Henry William Rawson. *Administrative Law*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 56 O.R. (2d) 513, qui a accueilli l'appel d'une décision de la Cour divisionnaire (1985), 51 O.R. (2d) 481, 20 D.L.R. (4th) 84, 85 CLLC 14,031, qui avait accueilli une demande d'annulation d'une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario, [1983] OLRB Rep. December 1995, 5 CRBR (NS) 79, rendue relativement à une demande de réexamen de sa décision initiale, [1983] OLRB Rep. September 1411, 4 CLRBR (NS) 178. Pourvoi rejeté, les juges Lamer et Sopinka sont dissidents.

William R. Herridge, c.r., pour l'appelante.

Paul Cavalluzzo et David Bloom, pour l'intimé le Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section locale 2-69.

1990 CanLII 132 (SCC)

Gordon F. Henderson, Q.C., and R. Ross Wells,
for the respondent the Ontario Labour Relations
Board.

The reasons of Lamer and Sopinka JJ. were
delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—The issue in this case
is the propriety of a practice of the Ontario
Labour Relations Board pursuant to which a full
Board session is held to discuss a draft decision of
a three-person panel.

Facts

The Ontario Labour Relations Board (herein-
after the “Board”) derives its statutory authority
under the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c.
228 (hereinafter the “Act”). The Board ordinarily
sits in panels of three in hearing applications under
the Act. This is authorized by s. 102(9) of the Act
which provides:

102. ...

(9) The chairman or a vice-chairman, one member
representative of employers and one member representa-
tive of employees constitute a quorum and are sufficient
for the exercise of all the jurisdiction and powers of the
Board.

The original decision of a panel of three mem-
bers of the Board ([1983] OLRB Rep. September
1411) from which this litigation arises was that the
appellant had failed to bargain in good faith by
not disclosing during negotiations for a collective
agreement that it planned to close its Hamilton
plant. In the course of deliberating over this deci-
sion, a meeting was held of the full Board to
discuss a draft of the reasons. No express statutory
authority exists for this practice.

Although we are told that the full Board con-
sists of 48 members, it does not appear from the
record how many attended the meeting in question
and whether labour and management were equally
represented as contemplated by s. 102(9) of the
Act. The affidavit of Mr. Michael Gordon, filed on
behalf of the appellant, identifies thirteen of the

Gordon F. Henderson, c.r., et R. Ross Wells,
pour l'intimée la Commission des relations de tra-
vail de l'Ontario.

Version française des motifs des juges Lamer et
Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Le présent
poursuivi soulève la question du bien-fondé d'une
pratique suivie par la Commission des relations de
travail de l'Ontario en vertu de laquelle celle-ci
tient une réunion plénière pour débattre l'avant-
projet de la décision que doit rendre un banc de
trois commissaires.

Les faits

La Commission des relations de travail de l'On-
tario (ci-après la «Commission») tient son existence
de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980,
ch. 228 (ci-après la «Loi»). La Commission siège
ordinairement en bancs de trois membres quand
elle entend les demandes présentées en vertu de la
Loi. Le paragraphe 102(9) de la Loi, qui permet
cette façon de procéder, est ainsi conçu:

102 ...

(9) Le président ou un vice-président, un membre
représentant les employeurs et un membre représentant
les employés constituent le quorum et peuvent exercer
les attributions de la Commission.

La décision initiale du banc de trois commissai-
res ([1983] OLRB Rep. September 1411) qui est à
l'origine du présent litige portait que l'appelante
avait refusé de négocier de bonne foi en ne divul-
guant pas, au cours des négociations visant la
signature d'une convention collective, qu'elle proje-
tait de fermer son usine de Hamilton. Pendant les
délibérations relatives à cette décision, la Commis-
sion a tenu une réunion plénière pour débattre un
avant-projet de motifs. Aucune disposition législa-
tive n'autorise expressément cette pratique.

Bien qu'on nous dise que la Commission au
complet se compose de 48 membres, le dossier ne
mentionne pas combien de membres ont assisté à
la réunion en cause, ni s'il y avait représentation
égale des employés et de l'employeur comme le
prescrit le par. 102(9) de la Loi. L'affidavit de M.
Michael Gordon, produit pour le compte de l'appe-

people present, among them an alternate chairman, several vice-chairmen, a number of Board members, solicitors and senior employees of the Board. Of those specifically identified, only Board member Wightman was a member of the panel which heard the case. Nevertheless it appears from the Board's reasons on reconsideration that the other members of the panel of three were also present.

While it is not contested that no evidence was introduced at this full board meeting, it is not clear from the record what was discussed. The meeting took several hours but no minutes were kept. The reasons of the Board on reconsideration describe the practice of the Board in relation to full board hearings but provide no details as to what was discussed. It may be assumed that the matters discussed were in accordance with the Board's practice in this regard. This practice is described in the decision of the Board on Consolidated-Bathurst's application to reconsider the original decision, [1983] OLRB Rep. December 1995, which reads, in part, at paragraph 8:

8. After deliberating over a draft decision, any panel of the Board contemplating a major policy issue may, through the Chairman, cause a meeting of all Board members and vice-chairmen to be held to acquaint them with this issue and the decision the panel is inclined to make. These "Full Board" meetings have been institutionalized to facilitate a maximum understanding and appreciation throughout the Board of policy developments and to evaluate fully the practical consequences of proposed policy initiatives on labour relations and the economy in the Province.

There is no evidence that the procedure at the meeting in question departed from the Board's usual practice, whereby discussion is limited to the policy implications of a draft decision, the facts contained in the decision are taken as given, no vote or consensus is taken, no minutes are kept, and no attendance is recorded. The practice is not a recent innovation. It goes back at least as far as

lante, fournit les noms de treize des personnes présentes, dont un président suppléant, quelques vice-présidents, un certain nombre de commissaires, des avocats et des cadres de la Commission.

a Parmi les personnes expressément nommées, seul le commissaire Wightman faisait partie du banc qui avait entendu l'affaire. Néanmoins, il ressort des motifs rendus par la Commission au sujet de la demande de réexamen que les autres membres du banc de trois commissaires étaient eux aussi présents.

Bien qu'il ne soit pas contesté qu'aucun élément de preuve n'a été soumis pour la première fois à la réunion plénière de la Commission, le dossier n'indique pas clairement le sujet des délibérations. La réunion a duré plusieurs heures, mais personne n'a rédigé de procès-verbal. Les motifs rendus par la Commission sur la demande de réexamen décrivent la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières, sans toutefois préciser ce sur quoi les débats ont porté. On peut supposer que les sujets discutés étaient conformes à la pratique de la Commission à cet égard. Cette pratique est décrite dans la décision rendue par la Commission au sujet de la demande de réexamen de la décision initiale, présentée par Consolidated-Bathurst, [1983] OLRB Rep. December 1995, dont le par. 8 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 8. Après avoir délibéré sur un avant-projet de décision, un banc qui envisage de trancher une question importante de politique peut faire convoquer, par l'intermédiaire du président, une réunion plénière des membres et des vice-présidents pour leur faire part de la question soulevée et de la décision que le banc favorise. Ces réunions plénières ont été institutionnalisées pour mieux faire comprendre et apprécier par l'ensemble des commissaires l'évolution des politiques et pour examiner à fond les conséquences pratiques que les politiques envisagées pourraient avoir sur les relations de travail et sur l'économie de la province.

Il n'y a aucune preuve que la procédure suivie lors de la réunion en cause a été différente de la pratique habituelle de la Commission qui consiste à restreindre les débats aux conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision, à considérer les faits mentionnés dans la décision comme avérés, à ne pas prendre de vote ni vérifier s'il y a consensus, à ne pas rédiger de procès-verbal

1971 when it was referred to, disapprovingly, in Chief Justice McRuer's report in the *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, February 22, 1971, pp. 2004-6.

The appellant learned of the full board meeting by chance and requested a reconsideration by the Board of its decision. This request was denied. In the course of its reasons the Board, as mentioned above, described its practice in detail and defended it as promoting consistency in the Board's decisions and as an institutionalization of the informal practice of conferral among colleagues. The Board considered its practice not a breach of natural justice but rather a procedure well suited to the Board's size, composition, and statutory mandate. Subsequent to the Board's refusal to reconsider its decision, the appellant applied to the Divisional Court for judicial review.

Divisional Court (1985), 51 O.R. (2d) 481

The majority of the Divisional Court, with Osler J. dissenting, granted the application, quashed the Board's decision, and ordered the Board to reconsider the matter in light of the Court's reasons for judgment. The reasons of the majority of the Divisional Court, delivered by Rosenberg J., were to the effect that because the parties had no knowledge as to what had been said in the discussions and no opportunity to respond, there was a violation of the principle that he who hears must decide. It could not be said with certainty that the three-member panel was not influenced in its decision by the full Board, because of the lack of evidence as to what transpired at the meeting. Thus the Court quashed the Board's decision. Osler J., on the other hand, was of the view that the common law contained no prohibition of consultation among decision makers and their colleagues, so long as those who have not heard the evidence and submissions do not participate in the decision. While the parties must be given the

des délibérations et à ne pas prendre les présences. Cette pratique n'est pas récente. Elle remonte au moins aussi loin qu'en 1971, puisque le juge en chef McRuer la mentionne, pour la condamner, dans le rapport de la *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, le 22 février 1971, aux pp. 2004 à 2006.

L'appelante a appris par hasard la tenue de la réunion plénière de la Commission et elle a demandé à la Commission de réexaminer sa décision. Cette demande a été rejetée. Dans ses motifs, la Commission a, comme je l'ai déjà mentionné, décrit sa pratique en détail et l'a justifiée par la cohérence que cette pratique favorise dans les décisions de la Commission, affirmant qu'il s'agit de l'institutionnalisation de la coutume officieuse qu'ont les commissaires de se consulter entre eux. La Commission a estimé que cette pratique ne constituait pas un déni de justice naturelle, mais qu'elle constituait plutôt une procédure bien adaptée à la taille de la Commission, à sa composition et au mandat que lui confère la Loi. Suite au refus de la Commission de réexaminer sa décision, l'appelante a demandé à la Cour divisionnaire de procéder au contrôle judiciaire de la décision.

La Cour divisionnaire (1985), 51 O.R. (2d) 481

La Cour divisionnaire à la majorité, le juge Osler étant dissident, a fait droit à la demande, annulé la décision de la Commission et lui a ordonné de réexaminer l'affaire en fonction des motifs de jugement de la cour. Les motifs de la majorité des juges de la Cour divisionnaire, rédigés par le juge Rosenberg, portent que parce que les parties ne savaient pas ce qui s'était dit au cours des délibérations et n'ont pas eu la possibilité de répliquer, il y a eu violation du principe voulant qu'il appartient à celui qui entend une cause de la trancher. Il était impossible d'affirmer avec certitude que la réunion plénière de la Commission n'avait pas influencé la décision du banc de trois commissaires à cause de l'absence de preuve au sujet de ce qui s'était passé à la réunion. La cour a donc annulé la décision de la Commission. Le juge Osler, quant à lui, a estimé que la common law n'interdit nullement à celui qui doit rendre une décision de consulter des collègues pour autant que ceux qui n'ont pas entendu la preuve et les plaidoi-

opportunity to respond to new ideas or evidence, this case provided no evidence that the full board meeting had yielded any such ideas or evidence.

Court of Appeal (1986), 56 O.R. (2d) 513

The decision of the Divisional Court was reversed on appeal to the Court of Appeal. Cory J.A., as he then was, in the Court of Appeal, concluded that pursuant to s. 102(13) of the *Labour Relations Act* the Labour Relations Board had exclusive jurisdiction to determine its own practice and procedure subject only to the obligation to give a full opportunity to the parties to the proceedings to present evidence and make submissions. He further concluded that there was no denial of natural justice in this case and that the meeting was an exercise of common sense whereby the significance and effect of a decision was discussed with other experts in the field. He emphasized, however, that the full board procedure was limited in that the parties must be recalled if new evidence is considered in the full Board's discussion, and that while the panel can receive advice from the full Board there can be no participation by the other Board members in the decision.

Issues

The issue in this appeal is whether the following rules of natural justice have been violated:

- (a) he who decides must hear;
- (b) the right to know the case to be met.

The Effect of the Full Board Procedure

The first step in deciding whether the rules of natural justice have been breached is to assess what role, if any, the full board procedure played in the decision-making process. The appellant submits that the outcome of its case may have been influenced by a formalized meeting of the full Board. The respondent Union counters by submit-

ries ne prennent pas part à la décision. Quoique les parties doivent avoir la possibilité de répliquer aux énoncés ou aux éléments de preuve nouveaux, rien n'indique en l'espèce que la réunion plénière de la Commission a donné lieu à de tels énoncés ou éléments de preuve.

La Cour d'appel (1986), 56 O.R. (2d) 513

La Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour divisionnaire. Le juge Cory (alors juge de la Cour d'appel) a conclu qu'en vertu du par. 102(13) de la *Loi sur les relations de travail*, la Commission des relations de travail avait compétence exclusive pour déterminer sa propre pratique et procédure sous réserve seulement de l'obligation d'accorder aux parties toute possibilité de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. Il a conclu de plus qu'il n'y avait pas eu déni de justice naturelle en l'espèce et que la réunion était conforme au bon sens en ce qu'elle permettait à des experts d'un domaine de se consulter sur l'importance et la portée d'une décision. Il a cependant souligné que la procédure de réunion plénière de la Commission était limitée étant donné qu'il fallait réentendre les parties si les délibérations de la Commission au complet portaient sur de nouveaux éléments de preuve. Il a aussi souligné que si le banc pouvait obtenir l'avis de la Commission au complet, les autres membres de la Commission ne pouvaient participer à la décision.

Les questions en litige

Il s'agit de déterminer en l'espèce s'il y a eu violation des règles suivantes de justice naturelle:

- a) celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue;
- b) le droit de connaître la preuve invoquée contre soi.

Les conséquences de la procédure de réunion plénière de la Commission

Pour déterminer s'il y a eu violation des règles de justice naturelle, il faut commencer par évaluer le rôle qu'a pu jouer la procédure de réunion plénière de la Commission dans le processus décisionnel. L'appelante soutient que la réunion plénière officielle de la Commission a pu influencer sur l'issue de son affaire. Le syndicat intimé réplique

ting that the appellant must establish a breach of the rules of natural justice but can point to no new evidence or arguments in the decision of the Board that were obtained as a result of the full board procedure. The purport of the Board's reasons on the application for reconsideration is that the ultimate decision was left to the panel and therefore presumably that the discussion of policy implications did not influence the final decision.

In the Board's reasons on reconsideration, it is stated at p. 2002 that the object of the full Board hearings is as follows:

These "Full Board" meetings have been institutionalized to facilitate a maximum understanding and appreciation throughout the Board of policy developments and to evaluate fully the practical consequences of proposed policy initiatives on labour relations and the economy in the Province.

The Board further states, at pp. 2002-3, that:

9. "Full Board" meetings are as important to fashioning informed and practical decisions which will withstand the scrutiny of subsequent panels as is the research and reflection undertaken by the vice-chairmen in preparing their draft decisions.... The "Full Board" meeting merely institutionalizes these discussions and better emphasizes the broad ranging policy implications of individual decisions.

The learned authors of Sack and Mitchell, *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*, at p. 7, summarized the practice in the following terms:

When such a matter is referred in this way, the full Board does not consider the evidence or the facts of the case, but individual members may express their views on questions of law or policy. No vote is taken. The panel which heard the case then confers in private session and reaches a decision. In this way, some uniformity in Board decisions on matters of policy and procedure has been achieved in spite of the fact that differently constituted panels sit every day.

que l'appelante doit faire la preuve d'une violation des règles de justice naturelle, mais qu'elle ne peut signaler, dans la décision de la Commission, la présence d'aucun nouvel élément de preuve ni d'aucun nouvel argument qui soit apparu en raison de la procédure de réunion plénière de la Commission. Les motifs rendus par la Commission au sujet de la demande de réexamen tendent à montrer que la décision ultime a été laissée au banc et qu'il faut donc présumer que le débat sur les conséquences de la politique n'a pas influé sur la décision finale.

Dans les motifs donnés par la Commission relativement à la demande de réexamen, on affirme, à la p. 2002, que les réunions plénières de la Commission visent les objets suivants:

[TRADUCTION] Ces réunions plénières de la Commission ont été institutionnalisées pour mieux faire comprendre et apprécier par l'ensemble des commissaires l'évolution des politiques et pour examiner à fond les conséquences pratiques que les politiques envisagées pourraient avoir sur les relations de travail et sur l'économie de la province.

La Commission ajoute, aux pp. 2002 et 2003:

[TRADUCTION] 9. Les réunions plénières de la Commission sont tout aussi importantes pour concevoir des décisions éclairées et pratiques qui résisteront à l'examen de bancs saisis ultérieurement que le sont les recherches et la réflexion des vice-présidents quand ceux-ci préparent leurs avant-projets de décision. [...] La réunion plénière de la Commission ne fait qu'institutionnaliser ces débats et souligne mieux la portée considérable des conséquences de décisions particulières en matière de politique.

Sack et Mitchell, les auteurs de l'ouvrage intitulé *Ontario Labour Relations Board Law and Practice*, décrivent brièvement cette pratique, à la p. 7:

[TRADUCTION] Quand une question lui est ainsi soumise, la Commission au complet ne s'arrête pas aux faits de l'espèce ou à la preuve soumise, mais un commissaire peut exprimer son avis sur des questions de droit ou de politique. Il n'y a pas de vote. Le banc qui a entendu l'affaire délibère ensuite privément et arrête sa décision. De cette manière, il est possible d'arriver à une certaine uniformité dans les décisions de la Commission sur des questions de politique et de procédure même si la composition des bancs change tous les jours.

The issue before the Board was whether unsolicited disclosure of a proposed plant closing which was alleged to be at least under serious consideration was an aspect of the duty to bargain in good faith. In this regard the Board was being asked by the respondent Union to extend its decision in *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577, or at least to give it a broad interpretation. That case had decided that, as part of the employer's obligation to negotiate in good faith, an employer had a duty to disclose a *de facto* decision to close a plant. Resolution of this issue required the panel to choose between competing policies. The important role of policy is depicted in the following passages in the Board's original reasons at pp. 1430-31, 1436 and 1443:

In cases of this kind there are, of course, significant conflicting values at stake. There is the desirability of stability in collective bargaining relationships as evidenced by the statutory policy requiring a collective agreement for a minimum term of one year and the twin statutory requirements of "no strike and no lockout". All differences during the term of an agreement are to be funnelled through grievance arbitration. It is also widely understood that management must have the ability to take initiatives in responding to the new demands posed by changing circumstances. The market place seldom awaits labour and management consensus. On the other hand, unilateral management initiatives can adversely affect significant interests of employees and unions who, in the absence of change, may have built up certain expectations and attitudes concerning the status quo.

The Board must also be sensitive to the statutory purpose of the bargaining duty, the language describing that duty, and the industrial relations implications of one approach over another:

What policy justification then supports greater unsolicited disclosure and merits the Board's intervention in the face of these potential difficulties?

La Commission devait décider si l'obligation de négocier de bonne foi exigeait la divulgation spontanée d'un projet de fermer une usine qui, selon les allégations, était tout au moins sérieusement à l'étude. À cet égard, le syndicat intimé demandait à la Commission d'appliquer à l'espèce la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577, ou, tout au moins, de lui donner une interprétation libérale. Dans cette affaire, la Commission avait statué qu'en vertu de l'obligation qui lui incombe de négocier de bonne foi, l'employeur est tenu de divulguer la décision *de facto* de fermer une usine. La solution de cette question exigeait du banc saisi qu'il choisisse entre deux politiques opposées. Les motifs de la décision initiale de la Commission font état de l'importance du rôle des politiques dans les passages suivants aux pp. 1430, 1431, 1436 et 1443:

[TRADUCTION] Les affaires de ce genre font intervenir des valeurs opposées importantes. Il y a, d'une part, l'avantage de la stabilité dans les relations de négociation collective que favorisent la règle de droit prescrivant que la convention collective ait une durée minimale d'une année et la double règle qui interdit le recours à la grève et au lock-out. Tous les différends qui surviennent pendant la durée d'une convention collective doivent être résolus par l'arbitrage des griefs. Il est aussi généralement reconnu que la direction doit avoir la possibilité de prendre les mesures que les changements du marché exigent. Les conditions économiques attendent rarement l'unanimité de la direction et des syndicats pour évoluer. D'autre part, les actions unilatérales de la direction peuvent nuire à des droits importants des travailleurs et des syndicats chez qui, faute de changement, il peut s'être développé certaines attentes et attitudes à l'égard du *statu quo*.

La Commission doit aussi tenir compte de l'objet de l'obligation de négocier, de la formulation de cette obligation et des conséquences du choix d'une orientation par rapport à une autre sur les relations industrielles.

Quelles sont les raisons de principe qui justifieraient une divulgation spontanée plus étendue et qui motiveraient l'intervention de la Commission face à la possibilité de telles difficultés?

In the result the Board chose to broaden the application of *Westinghouse* by extending the meaning of a *de facto* decision to the facts of this case. At paragraph 53, p. 1447 of its decision, it stated:

53. In any event, we find that the matter of the impending closing was so concrete and highly probable in early January and dealt with by the board of directors in such a perfunctory manner (in that there was no documentation or apparent consideration of alternatives), the company had a minimum obligation to say that unless a certain percentage of the new business was retained or unless there was a dramatic turn in the operation a recommendation to close would be made within the next few weeks. Having regard to the Christmas letter to employees; the productive second half of 1982; and to the then state of dialogue between local labour and management on the future of the plant, the company's silence at the bargaining table was tantamount to a misrepresentation within the meaning of the *de facto* decision doctrine established in *Westinghouse*.

The following passage, at p. 2004, from the Board's reasons on reconsideration summarizes the participation of the full Board in the application of policy:

Unsolicited disclosure in collective bargaining—the issue involved in the case—is an area of great significance to effective and harmonious collective bargaining in this Province and it is fair to say that many of the labour and management Board members in attendance at the meeting gave their reaction to the principles and their application as set out in the draft decision. No vote, however, was held and no other mechanism for measuring consensus was employed.

Given the number of Board members present and the fact that included were an alternate Chairman, Vice-chairmen and solicitors, the views expressed were potentially very influential.

In view of the above I adopt the following from the reasons of the majority of the Divisional Court, at pp. 491-92, as a correct statement as to the effect of the full board meeting:

En définitive, la Commission a choisi d'élargir la portée de la décision *Westinghouse* en appliquant le sens de l'expression «décision *de facto*» aux faits de l'espèce. Au paragraphe 53 de sa décision, la

a Commission dit, à la p. 1447:

[TRADUCTION] 53. De toute façon, nous concluons que la fermeture prochaine était si réelle et probable au début de janvier et que le conseil de direction l'a traitée de manière si superficielle (parce qu'il n'y a eu ni documentation, ni apparemment aucune étude des autres solutions possibles), que la société avait au moins l'obligation de dire qu'à défaut de réaliser une augmentation réelle du chiffre d'affaires ou de connaître un revirement spectaculaire dans l'exploitation de l'entreprise, la société recommanderait la fermeture dans les semaines suivantes. Compte tenu de la lettre envoyée aux employés à l'occasion de Noël, d'un bon deuxième semestre en 1982 et de l'état des pourparlers engagés entre le syndicat local et la direction sur l'avenir de l'usine, le silence de la société à la table des négociations équivalait à une déclaration mensongère au sens de la théorie de la décision *de facto* énoncée dans l'affaire *Westinghouse*.

e L'extrait suivant des motifs rendus par la Commission relativement à la demande de réexamen résume la participation de la Commission au complet à l'application d'une politique (à la p. 2004):

f [TRADUCTION] La divulgation spontanée à l'occasion de négociations collectives, l'objet du litige en l'espèce, a une grande importance pour ce qui est d'assurer l'efficacité et l'harmonie des négociations collectives dans la province. Aussi, il est juste de dire que de nombreux commissaires représentant les employés ou les employeurs présents à la réunion ont exprimé leur avis sur les principes énoncés dans l'avant-projet de décision et sur leur application. Cependant, il n'y a pas eu de vote, ni de recours à quelque autre moyen de vérifier s'il y avait consensus.

h En raison du nombre de commissaires présents et parce que, parmi les personnes présentes, il y avait un président suppléant, des vice-présidents et des avocats, les avis qui y ont été exprimés étaient susceptibles d'avoir une très grande influence sur la décision.

Compte tenu de ce qui précède, j'estime que l'extrait suivant des motifs des juges formant la majorité de la Cour divisionnaire énonce correctement, aux pp. 491 et 492, les répercussions de la réunion plénière de la Commission:

Chairman Shaw [*sic*] states in his reasons that the final decision was made by the three members who heard evidence and argument. He cannot be heard to state that he and his fellow members were not influenced by the discussion at the full board meeting. The format of the full board meeting made it clear that it was important to have input from other members of the board who had not heard the evidence or argument before the final decision was made. The tabling of the draft decision to all of the members of the board plus all of the support staff involved a substantial risk that opinions would be advanced by others and arguments presented. It is probable that some of the people involved in the meeting would express points of view. The full board meeting was only called when important questions of policy were being considered. Surely, the discussion would involve policy reasons why s. 15 should be given either a broad or narrow interpretation. Members or support staff might relate matters from their own practical experience which might be tantamount to giving evidence. The parties to the dispute would have no way of knowing what was being said in these discussions and no opportunity to respond.

I would conclude from the foregoing that the full board meeting might very well have affected the outcome. The Board in its reasons on reconsideration does not directly seek to refute this inference. It does affirm that the final decision was that of the panel. There are two difficulties which confront the Board in seeking to negate the inference. First, I find it difficult to understand how the full board practice can achieve its purpose of bringing about uniformity without affecting the decision of individual panels. Uniformity can only be achieved if some decisions are brought into line with others by the uniform application of policy. The second difficulty is that in matters affecting the integrity of the decision-making process, it is sufficient if there is an appearance of injustice. The tribunal will not be heard to deny what appears as a plausible objective conclusion. The principle was expressed by Mackay J. in *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378 (Ont. C.A.) Mackay J. wrote, at p. 382:

[TRANSLATION] Le président Shaw [*sic*] affirme dans ses motifs que la décision définitive a été arrêtée par les trois commissaires qui avaient entendu la preuve et les plaidoiries. Il ne peut valablement affirmer que lui-même et ses collègues membres du tribunal n'ont pas été influencés par le débat survenu lors de la réunion plénière de la Commission. La façon dont s'est déroulée la réunion plénière de la Commission laisse voir qu'il était important d'avoir l'avis des autres commissaires qui n'avaient entendu ni la preuve ni les plaidoiries avant de prendre une décision finale. La présentation de l'avant-projet de décision à tous les commissaires et à tout le personnel de soutien comportait un risque sérieux que d'autres personnes soumettent leur avis et fassent valoir des arguments. Il est probable que certaines des personnes présentes à la réunion ont exprimé leur avis. Il n'y avait convocation d'une réunion plénière de la Commission que s'il y avait des questions de politique importantes à débattre. La discussion a certainement porté sur les raisons de principe de donner à l'art. 15 une interprétation libérale ou une interprétation restreinte. Les commissaires ou le personnel de soutien ont pu faire part d'informations tirées de leur expérience pratique, ce qui pourrait équivaloir à présenter des éléments de preuve. Les parties au litige n'avaient aucun moyen de savoir ce qui se disait dans ce débat, ni aucune possibilité de répliquer.

Je conclus de ce qui précède que la réunion plénière de la Commission a fort bien pu influencer sur l'issue de l'affaire. Dans les motifs qu'elle a rendus au sujet de la demande de réexamen, la Commission ne tente pas directement de réfuter cette conclusion. Elle assure cependant que la décision finale est bel et bien celle du banc saisi. La Commission rencontre deux difficultés lorsqu'elle cherche à réfuter cette conclusion. Premièrement, il m'est difficile de comprendre comment la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières peut permettre d'atteindre son objectif de réaliser l'uniformité sans influencer la décision des bancs particuliers. L'uniformité ne peut se réaliser que si on fait concorder certaines décisions par l'application constante d'une politique. La deuxième difficulté découle de ce qu'en matière d'atteinte à l'intégrité du processus décisionnel, il suffit qu'il y ait apparence d'injustice. On ne peut accepter que le tribunal nie ce qui paraît être une conclusion objective plausible. Ce principe a été formulé par le juge Mackay dans l'arrêt *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378 (C.A. Ont.), où il dit, à la p. 382:

With respect to the difference in the constitution of members of the Public Accountants Council on the first and second hearings, it may very well be that the two members of the Public Accountants Council who were not present at the earlier hearing, abstained from argument on the issues which fell for determination. It appears, however, that they did vote inasmuch as the decision to revoke the licence of the appellant Ramm was unanimous. It is well established that it is not merely of some importance but of fundamental importance, that "justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done". In a word, it is not irrelevant to inquire whether two members of the Council who were not present at the earlier meeting took part in the proceeding in the Council's deliberation on the subsequent hearing. What is objectionable is their presence during the consultation when they were in a position which made it impossible for them to discuss in a judicial way, the evidence that had been given on oath days before and in their absence and on which a finding must be based. [Emphasis added.]

In *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344, at p. 350, Cartwright J. cited with approval the following passage from the judgment of Lord Eldon L.C. in *Walker v. Frobisher* (1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943, at pp. 72 and 944:

... but the arbitrator swears, it (hearing further persons) had no effect upon his award. I believe him. He is a most respectable man. But I cannot from respect for any man do that, which I cannot reconcile to general principles. A Judge must not take upon himself to say, whether evidence improperly admitted had or had not an effect upon his mind. The award may have done perfect justice, but upon general principles it cannot be supported.

This statement had been approved previously by this Court in *Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3. Cartwright J. was also impressed by the statement of Romer J. in *Rex v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698, at p. 717:

Further, I would merely like to point this out: that at that meeting of May 16 there were present three justices who had never heard the evidence that had been given on oath on April 25. There was a division of opinion. The resolution in favour of confirmation was carried by eight to two, and it is at least possible that that majority was induced to vote in the way it did by the eloquence of

[TRADUCTION] Quand à la différence dans la composition du Public Accountants Council lors des première et seconde auditions, il se peut fort bien que les deux membres du Public Accountants Council absents lors de la première audition se soient abstenus de débattre des questions à décider. Il appert cependant qu'ils ont voté puisque la décision de révoquer la licence de l'appellant Ramm était unanime. Il est reconnu qu'il est non seulement important, mais essentiel que «non seulement justice soit rendue, mais qu'il y ait aussi apparence manifeste que justice est rendue». En un mot, il ne s'agit pas de se demander si deux membres du Conseil absents lors de la première audition ont participé aux délibérations du Conseil lors de l'audition subséquente. Ce qui est critiquable, c'est leur présence pendant la période de consultation, situation qui ne leur permettait pas d'examiner, d'une manière judiciaire, la preuve présentée sous serment plusieurs jours auparavant, en leur absence, sur laquelle une décision devait être fondée. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344, à la p. 350, le juge Cartwright cite, en l'approuvant, le passage suivant des motifs du lord chancelier Eldon dans l'arrêt *Walker v. Frobisher* (1801), 6 Ves. Jun. 70, 31 E.R. 943, aux pp. 72 et 944 respectivement:

[TRADUCTION] ... mais l'arbitre jure que cela (le fait d'avoir entendu d'autres personnes) n'a pas influencé sa décision. Je le crois. C'est un homme très respectable. Je ne puis cependant, par déférence pour qui que ce soit, faire ce qui m'apparaît contraire aux principes généraux. Un juge ne peut prendre sur lui de dire si un élément de preuve irrégulièrement admis a influencé sa décision. La décision peut avoir rendu justice parfaitement, mais elle ne saurait être justifiée selon les principes généraux.

Notre Cour a déjà approuvé cette affirmation dans l'arrêt *Szilard v. Szasz*, [1955] R.C.S. 3. Le juge Cartwright a lui aussi été impressionné par l'énoncé du juge Romer dans l'arrêt *Rex v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698, à la p. 717:

[TRADUCTION] De plus, j'aimerais simplement souligner ceci: à cette réunion du 16 mai, il y avait trois juges qui n'avaient pas entendu la preuve présentée sous serment le 25 avril. Il y a eu partage d'opinions. La résolution en faveur de confirmer a été adoptée à huit voix contre deux et il est à tout le moins possible que la majorité ait été amenée à se prononcer comme elle l'a fait en raison

1990 CanLII 132 (SCC)

those members who had not been present on April 25, to whom the facts were entirely unknown.

I turn next to consider whether a discussion of policy matters at the full board meeting which may have affected the outcome constituted a breach of the rules of natural justice.

The Principles of Natural Justice

Section 102(13) of the Act provides that the Board shall give full opportunity to the parties to present their evidence and make their submissions. The Board is empowered to determine its own practice and procedure but rules governing its practice and procedure are subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council. While not every practice of the Board would necessarily be subject to the approval of the Lieutenant Governor, the full board practice is one which might require such approval. No such approval has been given and indeed the practice does not appear to have been adopted formally as a rule of the Board. In view of the fact, however, that this point was not argued I do not propose to deal with it further.

The full board hearing in this case is said to violate the principles of natural justice in two respects: first, that members of the Board who did not preside at the hearing participated in the decision; and second, that the case is decided at least in part on the basis of materials which were not disclosed at the hearing and in respect of which there was no opportunity to make submissions.

Although these are distinct principles of natural justice, they have evolved out of the same concern: a party to an administrative proceeding entitled to a hearing is entitled to a meaningful hearing in the sense that the party must be given an opportunity to deal with the material that will influence the tribunal in coming to its decision, and to deal with it in the presence of those who make the decision. As stated by Crane in his case comment on the *Consolidated-Bathurst* decision (1988), 1 *C.J.A.L.P.* 215, at p. 217: "The two rules have the

de l'éloquence des membres qui avaient été absents le 25 avril et qui ignoraient absolument tout des faits.

Je vais maintenant examiner si le débat qui a été tenu sur des questions de politique lors de la réunion plénière de la Commission et qui a pu influencer sur l'issue de l'affaire a constitué une violation des règles de justice naturelle.

Les principes de justice naturelle

Le paragraphe 102(13) de la Loi prévoit que la Commission doit accorder aux parties toute possibilité de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. La Commission a le pouvoir d'établir sa propre pratique et procédure, mais les règles qui régissent cette pratique et cette procédure sont soumises à l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil. Bien que ce ne soient pas toutes les pratiques de la Commission qui doivent être ainsi approuvées, la pratique des réunions plénières de la Commission en est une qui pourrait nécessiter cette approbation. Aucune approbation de cette nature n'a été donnée et la pratique ne paraît pas avoir été adoptée officiellement à titre de règle de la Commission. Mais puisque ce point n'a pas été débattu, je n'ai pas l'intention de m'y arrêter.

On a soutenu que la réunion plénière de la Commission en l'espèce viole les principes de justice naturelle de deux manières: premièrement, parce que des commissaires qui ne faisaient pas partie du banc qui a entendu l'affaire ont participé à la décision et, deuxièmement, parce que la décision a été, au moins en partie, prise en fonction d'éléments qui n'ont pas été divulgués à l'audition et à l'égard desquels il n'y a pas eu de possibilité de présenter des arguments.

Bien qu'il s'agisse de principes de justice naturelle distincts, ceux-ci découlent du même souci: faire en sorte qu'une partie à une procédure administrative qui a droit à une audition bénéficie d'une véritable audition, en ce sens qu'elle doit avoir la possibilité de répondre à tous les éléments qui influenceront sur la décision du tribunal et d'y répondre en présence de ceux qui prennent cette décision. Crane le formule ainsi dans son commentaire sur la décision *Consolidated-Bathurst* (1988), 1 *C.J.A.L.P.* 215, à la p. 217: [TRADUCTION] «Les

same purpose: to preserve the integrity and fairness of the process.” In the first case the party has had no opportunity to persuade some of the members at all, while in the second the party has not been afforded an opportunity to persuade the tribunal as to the impact of material obtained outside the hearing.

The concern for justice is aptly put by the pithy statement in the McRuer Report criticizing the full board procedure. At pages 2005-6, the former Chief Justice of the High Court of Ontario states:

To take a matter before the full Board for a discussion and obtain the views of others who have not participated in the hearing and without the parties affected having an opportunity to present their views is a violation of the principle that he who decides must hear.

Notwithstanding that the ultimate decision is made by those who were present at the hearing, where a division of the Board considers that a matter should be discussed before the full Board or a larger division, the parties should be notified and given an opportunity to be heard.

Although I am satisfied that, at least formally, the decision here was made by the three-member panel, that does not determine the matter. The question, rather, is whether the introduction of policy considerations in the decision-making process by members of the Board who were not present at the hearing and their application by members who were present but who heard no submissions from the parties in respect thereto, violates the rationale underlying the above principles.

In answering this question, it is necessary to consider the role of policy in the decision-making processes of administrative tribunals. There is no question that the Labour Board is entitled to consider policy in arriving at its decisions. See Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-36:

deux règles ont le même objet, celui de préserver l'intégrité et l'équité du processus». Dans le premier cas, la partie n'a pas du tout eu la possibilité de convaincre certains des commissaires alors que, dans le second cas, la partie n'a pas eu la possibilité de convaincre le tribunal quant à l'incidence des éléments obtenus en dehors de l'audition.

L'énoncé lapidaire du rapport McRuer qui critique que la procédure de réunion plénière de la Commission formule bien ce souci de justice. Aux pages 2005 et 2006, l'ancien juge en chef de la Haute Cour de l'Ontario dit ceci:

[TRADUCTION] Le fait de porter une affaire à la connaissance de toute la Commission pour en débattre et obtenir l'avis de personnes qui n'ont pas participé à l'audition sans que les parties touchées aient la possibilité d'exprimer leur avis constitue une violation du principe selon lequel celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue.

Malgré que la décision ultime soit prise par ceux qui ont assisté à l'audition, quand une section de la Commission juge nécessaire qu'une affaire soit débattue devant l'ensemble de la Commission ou une section plus grande, il faudrait en prévenir les parties et leur donner la possibilité d'être entendues.

Quoique je sois convaincu qu'officiellement, à tout le moins, c'est le banc de trois commissaires qui a pris la décision, cette conclusion ne clôt pas le débat. La question en litige est plutôt de savoir si l'introduction de considérations de politique dans le processus décisionnel par des commissaires qui n'ont pas assisté à l'audition et leur application par des commissaires qui étaient présents mais qui n'ont pas entendu de plaidoiries des parties au sujet de ces considérations est contraire à la raison d'être des principes susmentionnés.

Pour répondre à cette question, il faut examiner le rôle des politiques dans le processus décisionnel des tribunaux administratifs. Il n'y a pas de doute que la Commission des relations de travail peut tenir compte de politiques pour rendre ses décisions. Voir le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, aux pp. 235 et 236:

The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The Board, then, is obliged by statute to hold a hearing and to give the parties a full opportunity to present evidence and submissions. It is also entitled to apply policy. At a time when the content of the rules of natural justice was determined by classifying tribunals as quasi-judicial or administrative, the Board would have been classified as exercising hybrid functions. A tribunal exercising hybrid functions did so in two stages. As a quasi-judicial tribunal it was required to comply with the rules of natural justice. In making its decision, however, it assumed its administrative phase and could overrule the conclusion which was indicated at the hearing by the application of administrative policy. Examples of this type of tribunal and the jurisprudence relating to its functions can be found in cases such as *B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395, and *Re Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke* (1966), 2 O.R. 439 (Ont. C.A.) In this state of the law there was no obligation on a tribunal during its administrative phase to comply with the rules of natural justice and hence to disclose policy which was being applied. Although tribunals exercising so-called administrative functions were subject to a general duty of fairness, disclosure of the policy to be applied by the tribunal was generally not a requirement. In the case of hybrid tribunals, therefore, such non-disclosure at the quasi-judicial stage would not have been considered a breach of the rules of natural justice. In this respect policy was treated on the same footing as the law. Both law and policy might be dealt with at the hearing but the tribunal was entitled to supplement it by its own researches without disclosure to the parties.

La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

La Loi oblige donc la Commission à tenir une audition et à donner aux parties toute possibilité de présenter des éléments de preuve et des arguments. Elle a aussi le pouvoir d'appliquer des politiques. À l'époque où la classification des tribunaux en tribunaux quasi judiciaires ou administratifs déterminait le contenu des règles de justice naturelle, la Commission aurait été classée dans la catégorie des tribunaux qui exerçaient des fonctions hybrides. Un tribunal qui exerçait des fonctions hybrides le faisait en deux étapes. À titre de tribunal quasi judiciaire, il était tenu de se conformer aux règles de justice naturelle. Au moment de rendre sa décision, il entraînait dans la phase administrative de ses fonctions et pouvait, par l'application d'une politique administrative, écarter la conclusion indiquée à l'audience. On trouve des exemples de ce type de tribunal et de la jurisprudence qui traite de ses fonctions dans les arrêts *B. Johnson & Co. (Builders), Ltd. v. Minister of Health*, [1947] 2 All E.R. 395, et *Re Cloverdale Shopping Centre and the Township of Etobicoke* (1966), 2 O.R. 439 (C.A. Ont.) Selon cet état du droit, un tribunal n'était pas tenu, dans la phase administrative de ses fonctions, d'observer les règles de justice naturelle et par conséquent de divulguer la politique qu'il appliquait. Bien que les tribunaux qui remplissaient ces fonctions dites administratives étaient assujettis à une obligation générale d'agir avec équité, ils n'étaient pas tenus, en règle générale, de divulguer la politique qu'ils allaient appliquer. Par conséquent, dans le cas des tribunaux hybrides, la non-divulgaration de cette politique pendant la phase quasi judiciaire n'aurait pas été considérée contraire aux règles de justice naturelle. À cet égard, les politiques étaient placées sur le même pied que le droit. Il était possible de traiter les politiques et le droit à l'audition, mais le tribunal pouvait la compléter par ses propres recherches sans en informer les parties.

1990 CanLII 132 (SCC)

This view of the role of policy must be reappraised in light of the evolution of the law relating to the classification of tribunals and the application to them of the rules of natural justice and fairness. The content of these rules is no longer dictated by classification as judicial, quasi-judicial or executive, but by reference to the circumstances of the case, the governing statutory provisions and the nature of the matters to be determined. See *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, and *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879.

It is no longer appropriate, therefore, to conclude that failure to disclose policy to be applied by a tribunal is not a denial of natural justice without examining all the circumstances under which the tribunal operates.

The proceedings which are the subject of this appeal involve the exercise of extraordinary powers by the Board. In this case the Board was asked to order reopening of the Hamilton plant although it had operated at a loss. Although the Board declined to make that order, it apparently considered that it had jurisdiction to do so. In lieu thereof the employer was ordered to pay damages. These are civil consequences that affect the rights of employers to a greater degree than many civil actions in the courts in which a litigant enjoys the whole panoply of protection afforded by the rules of practice, procedure and the rules of evidence. The Act, here, provides for a full opportunity to the parties to present evidence and to make submissions. Is this opportunity denied when the tribunal considers and applies policy without giving the parties an opportunity to deal with it at the hearing? Is it a breach of the standard of fairness which underlies the rules of natural justice?

The answers to these questions lie in the nature of policy and whether it is correct to treat it on the

Il y a lieu de réévaluer cette conception du rôle des politiques en fonction de l'évolution du droit relatif à la classification des tribunaux et à l'application des règles de justice naturelle et d'équité à leur endroit. Le contenu de ces règles ne dépend plus de leur classification en règles judiciaires, quasi judiciaires ou administratives, mais il est déterminé par les circonstances de l'affaire, les dispositions législatives applicables et la nature des litiges à décider. Voir *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, et *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879.

Il ne convient donc plus de conclure que l'omission de divulguer les politiques que le tribunal va appliquer ne constitue pas un déni de justice naturelle sans examiner toutes les circonstances dans lesquelles le tribunal fonctionne.

Les procédures visées par le présent pourvoi portent sur l'exercice de pouvoirs exceptionnels de la part de la Commission. En l'espèce, on demandait à la Commission d'ordonner la réouverture de l'usine de Hamilton, même si son exploitation avait été déficitaire. Même si la Commission a refusé de rendre cette ordonnance, elle semble avoir estimé qu'elle avait compétence pour la rendre. L'employeur a plutôt été condamné à payer des dommages-intérêts. Ce sont là des conséquences civiles qui touchent plus les droits des employeurs que ne le font de nombreuses actions civiles devant des tribunaux où le justiciable bénéficie de toute la protection offerte par les diverses règles de pratique, de procédure et de preuve. En l'espèce, la Loi prescrit d'accorder toute possibilité aux parties de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. Cette possibilité est-elle refusée quand le tribunal examine et applique une politique sans donner aux parties la possibilité d'en traiter à l'audition? Est-ce là une violation de la norme d'équité qui sous-tend les règles de justice naturelle?

La réponse à ces questions dépend de la nature des politiques et de ce qu'il est ou non correct de

same footing as the law. In *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145, this Court was called upon to deal with the question whether a party to a proceeding before the Ontario Municipal Board was entitled to challenge policy by leading evidence and by cross-examination—the traditional methods for contesting fact. The Court of Appeal of Ontario had held that government policy introduced at the hearing was not binding but could be met by other evidence. Cross-examination was, however, denied. In this Court, the right to challenge policy by evidence was affirmed. In addition, the appellants were accorded the right to cross-examine and the Court of Appeal was reversed in this respect. Estey J., who delivered the judgment of the Court, stated, at p. 167:

On the other hand, where the rights of the citizen are involved and the statute affords him the right to a full hearing, including a hearing of his demonstration of his rights, one would expect to find the clearest statutory curtailment of the citizen's right to meet the case made against him by cross-examination.

If a party has the right to attack policy in the same fashion as fact, it follows that to deprive the party of that right is a denial of a full opportunity to present evidence and is unfair. Policy in this respect is not like the law which cannot be the subject of evidence or cross-examination. Policy often has a factual component which the law does not. Furthermore, under our system of justice it is crucial that the law be correctly applied. The court or tribunal is not bound to rely solely on the law as presented by the parties. Accordingly, a tribunal can rely on its own research and if that differs from what has been presented at the hearing, it is bound to apply the law as found. Ordinarily there is no obligation to disclose to the parties the fruits of the tribunal's research as to the law, although it is a salutary practice to obtain their views in respect of an authority which has come to the tribunal's attention and which may have an important influence on the case. For an example of the application of this practice in this Court, see *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p.

les mettre sur le même pied que le droit. Dans l'arrêt *Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145, notre Cour devait décider si une partie à une procédure tenue devant la Commission municipale de l'Ontario avait le droit de contester une politique en présentant des éléments de preuve et en procédant à des contre-interrogatoires, qui sont les méthodes traditionnelles de contester les faits. La Cour d'appel de l'Ontario avait statué que la politique du gouvernement présentée à l'audition n'avait pas force obligatoire, mais qu'elle était susceptible de contestation sous forme de preuve contradictoire. On a cependant refusé le droit de contre-interroger. Notre Cour a confirmé le droit de contester une politique au moyen d'une preuve. De plus, l'appelante s'est vu accorder le droit de contre-interroger, ce qui infirmait la décision de la Cour d'appel à cet égard. Le juge Estey, qui a rendu l'arrêt de la Cour, dit ceci, à la p. 167:

D'autre part, quand les droits d'une personne sont en jeu et que la loi lui accorde le droit à une audition complète, dont celle de la démonstration de ses droits, on s'attendrait à trouver dans la loi la négation catégorique du droit de cette personne de réfuter, par contre-interrogatoire, la preuve apportée contre elle.

Si une partie a le droit de contester une politique de la même manière qu'elle peut contester un fait, il s'ensuit que priver une partie de ce droit constitue un refus d'accorder à cette partie toute possibilité de présenter sa preuve et est injuste. Sous ce rapport, une politique diffère du droit qui ne peut faire l'objet d'une preuve ou d'un contre-interrogatoire. Une politique a souvent une composante factuelle que le droit n'a pas. De plus, selon notre système de justice, il est essentiel que le droit soit correctement appliqué. Un tribunal judiciaire ou administratif n'est pas astreint à s'en remettre aux seules règles de droit que les parties lui ont soumis. En conséquence, un tribunal administratif peut se fonder sur ses propres recherches et, en cas de divergence avec ce qui a été soumis à l'audition, il est tenu d'appliquer le droit déterminé par le résultat de ses recherches. Ordinairement, il n'y a pas d'obligation de révéler aux parties le fruit des recherches du tribunal quant au droit, bien qu'il soit recommandable d'obtenir leur avis quant à un précédent qui est porté à l'attention du tribunal et

36. We do not have the same attitude to policy. There is not necessarily one policy that is the right policy. Often there are competing policies, selection of the better policy being dependent on being subjected to the type of scrutiny which was ordered in *Innisfil*, *supra*.

Ample support can be found in the cases and writings for the proposition that generally policy is to be treated more like fact than law. In *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, Laskin C.J., in holding that the Commission was entitled to rely on policy, stated at p. 171:

... it was eminently proper that it lay down guidelines from time to time as it did in respect of cable television. The guidelines on this matter were arrived at after extensive hearings at which interested parties were present and made submissions. An overall policy is demanded in the interests of prospective licensees and of the public under such a regulatory regime as is set up by the *Broadcasting Act*. Although one could mature as a result of a succession of applications, there is merit in having it known in advance.

In *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 223, the learned author states:

... an opportunity to be heard, both on the application and the merits of the policy, may be required in order to prevent a fettering of discretion.

In support, the learned author cites *R. v. Criminal Injuries Compensation Board*, [1973] 1 W.L.R. 1334, at p. 1345, *per* Megaw L.J.:

As to the question of the board's minutes, I think that justice and paragraph 22 of the Scheme alike require that if the board in any particular case are minded to be guided by any principle laid down in any pre-existing minute of the board, the applicant must be informed of the existence and terms of that minute, so that he can, if he wishes, make his submissions with regard thereto: that is, submissions on the questions whether the principle is right or wrong in relation to the terms of the

qui peut avoir une influence considérable sur sa décision. Pour un exemple de l'application de cette pratique en notre Cour, on peut consulter l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 36. Nous n'avons pas la même attitude envers les politiques. Il n'y a pas nécessairement une politique qui soit la bonne à suivre. Il arrive souvent que les politiques s'opposent et que le choix de la meilleure dépende d'un examen comme celui ordonné dans l'arrêt *Innisfil*, précité.

La jurisprudence et la doctrine appuient abondamment la proposition qu'en général il y a lieu de traiter une politique davantage comme un fait que comme du droit. Dans l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, le juge en chef Laskin, statuant que la Commission avait le droit de se fonder sur une politique, dit à la p. 171:

... il était tout à fait approprié d'énoncer des principes directeurs comme le Conseil l'a fait à l'égard de la télévision par câble. Les principes en cause ont été établis après de longues auditions auxquelles les parties intéressées étaient présentes et ont pu faire des observations. Sous le régime de réglementation établi par la *Loi sur la radiodiffusion*, il est dans l'intérêt des titulaires éventuels de licences et du public d'avoir une politique d'ensemble. Même si une telle politique peut ressortir d'une succession de demandes, il est plus judicieux de la faire connaître à l'avance.

Dans son ouvrage intitulé *de Smith's Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), de Smith affirme, à la p. 223:

[TRADUCTION] ... la possibilité d'être entendu tant sur l'application que sur le bien-fondé d'une politique peut être nécessaire afin d'éviter une diminution de pouvoir discrétionnaire.

Pour étayer son avis, l'auteur cite les motifs du lord juge Megaw dans l'arrêt *R. v. Criminal Injuries Compensation Board*, [1973] 1 W.L.R. 1334, à la p. 1345:

[TRADUCTION] Quand aux procès-verbaux de la commission, je crois que la justice de même que le régime du paragraphe 22 exigent que si, dans un cas particulier, la commission veut s'inspirer de quelque principe formulé dans un procès-verbal préexistant, le requérant soit avisé de l'existence et des termes de ce procès-verbal, de sorte qu'il puisse, s'il le désire, présenter des arguments à son égard, c'est-à-dire des arguments relatifs aux questions de savoir si le principe est bon ou mauvais par rapport

Scheme and whether the principle, if right, is applicable or inapplicable to the facts of the particular case.

Another comment from de Smith is found in the section on the right to a hearing, at p. 182, note 92:

Whilst it would be going too far to assert that in all circumstances there is an implied right to be apprised of and to argue against policy proposals, there are some indications pointing in this direction: see for example, *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade* [1971] A.C. 610, 625, 631 (desirable that notice be given to applicants for industrial grants of any rule or policy generally followed by the Department, and an opportunity for the applicants to make representations on the soundness or applicability of the policy or rule: this would make applications more effective and prevent the Department from fettering its statutory discretion) . . .

In Professor Garant's *Droit administratif* (2nd ed. 1985), he states, at pp. 792-93:

[TRANSLATION] It seems to be well established that a policy or guidelines previously adopted by a tribunal do not give rise to a reasonable apprehension of bias, if the tribunal respects the *audi alteram partem* rule, even if the decision to intervene is in accordance with the policy or guidelines.

See also Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), at p. 423, and Pépin and Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 269.

In the discussion of "The Duty of Disclosure" Aronson and Franklin in *Review of Administrative Action* write, at p. 183:

The extent to which policy, expertise and independent inquiry are integral to the decision-making process will inevitably vary according to the subject matter for decision or investigation. But even in a trial-type hearing, the adjudicator is not bound exclusively by the parties' proofs and arguments, and will need to accommodate public and institutional interests. The more "polycentric", policy-oriented or technical a problem, the greater is the pressure on decision-makers to seek out solutions, to confer separately with interested persons, and to use their experience to find a settlement. The ability of administrators to inform themselves, and to apply their expertise and accumulated experience, and the expecta-

aux conditions du régime et si, à supposer qu'il soit bon, ce principe est applicable ou non aux faits de l'espèce.

On trouve cet autre commentaire de de Smith dans la section portant sur le droit à une audition, à la p. 182, note 92:

[TRANSDUCTION] Quoique ce serait aller trop loin que de soutenir qu'il existe, en toutes circonstances, un droit implicite d'être informé de toute proposition de politique et de la contester, il y a des indications en ce sens: voir, par exemple, *British Oxygen Co. Ltd. v. Board of Trade*, [1971] A.C. 610, aux pp. 625 et 631 (il est à souhaiter que les demandeurs de subventions industrielles soient informés de l'existence de toute règle ou politique généralement appliquée par le Ministère, et qu'ils aient la possibilité de présenter des arguments sur le bien-fondé ou l'applicabilité de la politique ou de la règle: cette pratique rendrait les demandes plus efficaces et empêcherait le Ministère de restreindre son pouvoir discrétionnaire) . . .

Dans son ouvrage intitulé *Droit administratif* (2^e éd. 1985), le professeur Garant affirme, aux pp. 792 et 793:

La jurisprudence nous semble bien à l'effet qu'un énoncé de politique ou des directives prises préalablement par un tribunal ne donnent pas lieu à crainte raisonnable de préjugé, si le tribunal respecte la règle *audi alteram partem*, même si la décision à intervenir est conforme à l'énoncé de politique ou aux directives.

Voir également Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1984), à la p. 423, et Pépin et Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), à la p. 269.

Au sujet de [TRANSDUCTION] «L'obligation de divulguer», Aronson et Franklin écrivent dans leur ouvrage intitulé *Review of Administrative Action*, à la p. 183:

[TRANSDUCTION] La mesure dans laquelle les politiques, l'expérience et la recherche personnelle font partie intégrante du processus décisionnel varie forcément selon le sujet de la décision ou de la recherche. Même dans une audition apparentée à un procès, le décideur n'est pas restreint à la preuve et aux arguments soumis par les parties, mais il doit tenir compte de l'intérêt du public et des institutions. Plus un problème est «polycentrique», technique ou axé sur une politique, plus le décideur sera poussé à chercher des solutions, à conférer séparément avec les personnes intéressées et à faire appel à leur expérience pour arriver à un règlement. La capacité des juges de tribunaux administratifs de se renseigner, de

tion that they will do so, makes the duty of disclosure sometimes difficult to define, and to observe. At the same time, however, it enhances the importance of the duty. Disclosure can act as an important safeguard against the use of inaccurate material or untested theories. It can also contribute to the efficiency of the hearing by directing argument and information to the relevant issues and materials. [Emphasis added.]

Wade, *Administrative Law* (4th ed. 1977) states, at p. 470:

Policy is of course the basis of administrative discretion in a great many cases, but this is no reason why the discretion should not be exercised fairly *vis-a-vis* any person who will be adversely affected. The decision will require the weighing of any such person's interests against the claims of policy; and this cannot fairly be done without giving that person an opportunity to be heard.

In my opinion, therefore, the full board hearing deprived the appellant of a full opportunity to present evidence and submissions and constituted a denial of natural justice. While it cannot be determined with certainty from the record that a policy developed at the full board hearing and not disclosed to the parties was a factor in the decision, it is fatal to the decision of the Board that this is what might very well have happened.

While achieving uniformity in the decisions of individual boards is a laudable purpose, it cannot be done at the expense of the rules of natural justice. If it is the desire of the legislature that this purpose be pursued it is free to authorize the full board procedure. It is worthy of note that Parliament has given first reading to Bill C-40, a revised *Broadcasting Act* which authorizes individual panels to consult with the Commission and officers of the Commission in order to achieve uniformity in the application of policy (s. 19(4)). Provision is made, however, for the timely issue of guidelines and statements with respect to matters within the jurisdiction of the Commission.

mettre à profit leurs compétences et expérience et les attentes qu'ils le feront, rend parfois difficile de définir et de respecter l'obligation de divulguer. Mais, en même temps, cette capacité accroît l'importance de cette obligation. La divulgation peut constituer une protection importante contre l'utilisation d'éléments inexacts ou de théories non éprouvées. Elle peut aussi favoriser l'efficacité de l'audition en concentrant les renseignements et l'argumentation sur les sujets et les éléments de preuve pertinents. [Je souligne.]

Wade affirme, à la p. 470 de son ouvrage intitulé *Administrative Law* (4^e éd. 1977):

[TRADUCTION] Il va sans dire que les politiques constituent le fondement de la discrétion administrative dans de nombreuses affaires, mais ceci ne justifie pas de ne pas exercer ce pouvoir discrétionnaire avec équité envers toute personne qui sera défavorisée par une décision. La décision exige qu'on soupèse les intérêts de ces personnes en fonction de ce qu'exige une politique; on ne peut le faire sans donner à cette personne la possibilité d'être entendue.

À mon avis, la réunion plénière de la Commission a donc privé l'appelante de la pleine possibilité de présenter des éléments de preuve et de faire valoir des arguments et a constitué un déni de justice naturelle. Quoique le dossier ne permette pas de déterminer avec certitude si la formulation, lors de la réunion plénière, d'une politique qui n'a pas été divulguée aux parties a eu un effet sur la décision, le fait que la chose ait très bien pu se produire est fatal à la décision de la Commission.

Même si l'uniformisation des décisions de tribunaux particuliers est souhaitable, elle ne peut se faire aux dépens des règles de justice naturelle. Si le législateur veut permettre la poursuite de cet objectif, il est libre d'autoriser la procédure de réunion plénière de la Commission. Il convient de souligner que le Parlement a adopté en première lecture le projet de loi C-40, une refonte de la *Loi sur la radiodiffusion*, lequel permet à des bancs particuliers de consulter le Conseil et ses cadres afin de réaliser une application uniforme des politiques (par. 19(4)). On prévoit cependant la promulgation régulière de directives et d'énoncés de politique relativement aux matières relevant de la compétence du Conseil.

Section 114

The respondents do not contend that if a breach of natural justice has occurred, the privative clause in s. 108 of the Act would apply. They have, however, submitted that if there was a breach of natural justice, it was technical only and hence no remedy should be available. The respondents cite s. 114 of the Act as well as *Toshiba Corp. v. Anti-Dumping Tribunal* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (F.C.A.) Section 114 reads:

114. No proceedings under this Act are invalid by reason of any defect of form or any technical irregularity and no such proceedings shall be quashed or set aside if no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

Toshiba concerned a preliminary staff report prepared for the Anti-Dumping Tribunal which was not revealed to the parties and which the Court described as "a dangerous practice." Nonetheless, the Court of Appeal was satisfied that the report contained only matters of general knowledge or was based upon facts and sources which were brought out at the hearing in such a manner that the parties had the opportunity to test them. Thus any breach of natural justice was minor and inconsequential and the application for judicial review was dismissed.

The submission that there is no prejudice as a result of a technical breach of rules of natural justice requires that the party making the allegation establish this fact. To do so in this case it would be necessary for the respondents to satisfy the court that the matters discussed were all matters that had been brought out at the hearing. This has not occurred; unlike *Toshiba* there is no report or minutes of the full board meeting against which the hearing proceedings can be compared. The appellant can hardly be expected to establish prejudice when it was not privy to the discussion before the full Board and there is no evidence as to what in fact was discussed. In the absence of such evidence the gravity of the breach of natural jus-

L'article 114

Les intimés ne soutiennent pas que s'il y a eu violation des règles de justice naturelle, la clause privative de l'art. 108 de la Loi s'applique. Ils ont toutefois soutenu que s'il y a eu violation des règles de justice naturelle, elle a été purement formelle et qu'il n'y a pas lieu d'accorder quelque réparation que ce soit. Les intimés invoquent l'art. 114 de la Loi et l'arrêt *Toshiba Corp. c. Tribunal antidumping* (1984), 8 Admin. L.R. 173 (C.A.F.) L'article 114 est ainsi conçu:

114 Les instances introduites en application de la présente loi ne sont pas nulles en raison d'un vice de forme ou d'une irrégularité technique. Elles ne sont pas rejetées ni annulées, à moins qu'il n'en résulte un préjudice grave ou une erreur judiciaire fondamentale.

L'arrêt *Toshiba* porte sur un rapport préliminaire du personnel préparé pour le Tribunal antidumping qui n'avait pas été divulgué aux parties, ce que la cour a qualifié de «pratique dangereuse». Néanmoins, la Cour d'appel s'est dite convaincue que tout ce qui était contenu dans le rapport était de notoriété publique ou était fondé sur des faits et des sources soulevés à l'audience d'une manière telle que les parties avaient eu la possibilité de les examiner. Donc, s'il y avait eu violation des règles de justice naturelle, elle était mineure et sans importance de sorte que la demande de contrôle judiciaire a été rejetée.

L'argument selon lequel il n'y a pas eu de préjudice causé par une violation technique des règles de justice naturelle exige de la partie qui l'invoque qu'elle établisse cette absence. Pour faire cette preuve en l'espèce, il faudrait que les intimés convainquent la cour que les sujets discutés avaient tous été abordés à l'audition. Ce n'est pas ce qui s'est produit; à la différence de l'affaire *Toshiba*, il n'y a pas de compte rendu ou de procès-verbal de la réunion plénière de la Commission qui permettraient de faire la comparaison avec les procédures d'audition. On ne saurait demander à l'appelante de prouver l'existence d'un préjudice alors qu'elle n'a pas eu connaissance de ce qui a été discuté à la réunion plénière de la Commission et qu'il n'y a pas de preuve quant à ce qui y a été réellement discuté. En l'absence de cette preuve, il est impossible de déterminer la gravité de la violation des

tice cannot be assessed, and I cannot conclude that no substantial wrong has occurred.

Section 102(13)

Nor can I conclude that the full board procedure is saved by virtue of s. 102(13) of the *Labour Relations Act*. Section 102(13) reads:

102. ...

(13) The Board shall determine its own practice and procedure but shall give full opportunity to the parties to any proceedings to present their evidence and to make their submissions, and the Board may, subject to the approval of the Lieutenant Governor in Council, make rules governing its practice and procedure and the exercise of its powers and prescribing such forms as are considered advisable. [Emphasis added.]

I recognize the importance of deference to a board's choice of procedures expressed by this Court in *Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] S.C.R. 172, at p. 176 [reported in English translation at (1967), 1 D.L.R. (3d) 125, at p. 127], *per* Pigeon J.:

While upholding the rule that the fundamental principles of justice must be respected, it is important to refrain from imposing a code of procedure upon an entity which the law has sought to make master of its own procedure.

However, in this case the appellant was not given a full opportunity to present evidence and make submissions, which is an explicit limit placed by statute on the Board's control of its procedure. Furthermore, when the rules of natural justice collide with a practice of the Board, the latter must give way.

Disposition

In the result, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the order of the Divisional Court restored with costs to the appellant against the respondents both here and in the Court of Appeal.

règles de justice naturelle et je ne puis conclure qu'il n'y a pas eu de préjudice grave.

Le paragraphe 102(13)

Je ne puis non plus conclure que la procédure de réunion plénière de la Commission est sauvegardée en vertu du par. 102(13) de la *Loi sur les relations de travail*. Le paragraphe 102(13) est ainsi conçu:

102 ...

(13) La Commission régit sa propre pratique et procédure, sous réserve toutefois d'accorder aux parties toute possibilité de présenter leur preuve et de faire valoir leurs arguments. La Commission peut, sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, établir des règles de pratique et de procédure, réglementer l'exercice de ses attributions et prescrire les formules qu'elle estime opportunes. [Je souligne.]

Je reconnais l'importance de la déférence à l'égard du choix fait par une commission de sa procédure, dont parle le juge Pigeon de notre Cour dans l'arrêt *Komo Construction Inc. v. Commission des Relations de Travail du Québec*, [1968] R.C.S. 172, à la p. 176:

Tout en maintenant le principe que les règles fondamentales de justice doivent être respectées, il faut se garder d'imposer un code de procédure à un organisme que la loi a voulu rendre maître de sa procédure.

Cependant, en l'espèce, l'appelante n'a pas eu toute possibilité de présenter sa preuve et de faire valoir ses arguments, alors que cette possibilité constitue une limite expresse que la Loi impose au contrôle de la Commission sur sa procédure. De plus, quand les règles de justice naturelle entrent en conflit avec une pratique de la Commission, cette dernière doit céder le pas.

Dispositif

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et l'ordonnance de la Cour divisionnaire est rétablie avec dépens en faveur de l'appelante contre les intimés en notre Cour et en Cour d'appel.

The judgment of Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

GONTHIER J.—I have had the opportunity to read the reasons of my colleague, Sopinka J., and I must respectfully disagree with his conclusions in this case. While I do not generally disagree with the summary of the facts, decisions and issues, I consider it useful to refer to them in somewhat more detail.

The appeal is from a decision of the Court of Appeal of Ontario dismissing an application for judicial review of two decisions of the Ontario Labour Relations Board (the "Board"). In the first decision, a tripartite panel composed of G. W. Adams, Q.C., Chairman of the Board, W. H. Wightman and B. F. Lee representing the management and labour sides respectively, decided, Mr. Wightman dissenting, that the appellant had failed to bargain in good faith with the respondent union because it did not disclose during the negotiations its impending decision to close the plant covered by the collective agreement. Counsel for the appellant then learned that a full board meeting had been called to discuss the policy implications of its decision when it was still in the draft stage. The parties were neither notified of nor invited to participate in this meeting. The appellant applied for a reconsideration of this decision under s. 106 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, on the ground that the full board meeting had vitiated the Board's decision and on the ground that the evidence adduced at the first hearing had been improperly considered. The same panel rejected both these arguments in the second decision (the "reconsideration decision").

The Board's decisions were challenged in the Divisional Court on the basis: (1) that the original decision was manifestly unreasonable in fact and in law, and (2) that the full board meeting called by the Board prior to the panel's decision constituted a violation of the rules of natural justice. The Divisional Court rejected the first ground and the appellant did not raise this argument in the

Version française du jugement des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Sopinka et, en toute déférence, je ne puis partager ses conclusions en l'espèce. Bien que, dans l'ensemble, je ne sois pas en désaccord avec le résumé des faits, des décisions et des questions en litige, je crois utile de les exposer un peu plus en détail.

Le pourvoi est formé contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire de deux décisions de la Commission des relations de travail de l'Ontario (la «Commission»). Dans la première décision, un banc tripartite composé du président de la Commission G. W. Adams, c.r., et de W. H. Wightman et B. F. Lee qui représentaient l'employeur et les employés respectivement, a statué, avec dissidence de la part de M. Wightman, que l'appelante n'avait pas négocié de bonne foi avec le syndicat intimé en ne divulguant pas, pendant les négociations, sa décision imminente de fermer l'usine visée par la convention collective. L'avocat de l'appelante a alors appris qu'une réunion plénière de la Commission avait été convoquée dans le but d'analyser les conséquences en matière de politique de sa décision alors que celle-ci était encore au stade d'avant-projet. Les parties n'ont été ni avisées de cette réunion, ni invitées à y participer. L'appelante a demandé le réexamen de cette décision en vertu de l'art. 106 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, pour le motif que la réunion plénière de la Commission a entaché de nullité sa décision et que les éléments de preuve soumis à la première audition n'avaient pas été examinés correctement. Le même banc a rejeté ces deux arguments dans la seconde décision (la «décision relative à la demande de réexamen»).

Les décisions de la Commission ont été contestées devant la Cour divisionnaire pour les motifs suivants: (1) la décision initiale était manifestement déraisonnable en fait et en droit et (2) la réunion plénière convoquée par la Commission avant que le banc ne rende sa décision violait les règles de justice naturelle. La Cour divisionnaire a rejeté le premier motif invoqué et l'appelante ne l'a

Court of Appeal nor in this Court. Thus, the only issue before this Court is whether the impugned meeting vitiated the first decision rendered by the Board on the ground that the case was there discussed with panel members by persons who did not hear the evidence nor the arguments.

In order to determine whether the principles of natural justice have been breached in this case, it is necessary to examine in some detail the facts which led to the initial complaint made by the respondent union. It will also be necessary to examine the evidence as to the purpose and the context of the full board meeting so as to understand the policy matters in issue at that meeting.

I—The Facts

(a) Plant Closure and Collective Agreement Negotiations

The appellant operated a corrugated container plant in Hamilton (the "Hamilton plant") and decided to close it on April 26, 1983. This decision was approved by the Board of Directors on February 25, 1983 and announced on March 1, 1983. The respondent union was the bargaining agent for the employees of the Hamilton plant and negotiated a new collective agreement with the appellant from November 2, 1982 to January 13, 1983, the date at which a memorandum of settlement was concluded. The collective agreement was signed on April 22, 1983. It is obvious from the evidence heard by the Board that the decision to close the Hamilton plant and the labour negotiations concerning this plant took parallel courses. It is also obvious that the respondent union was never informed of the possibility of an impending plant closure. Although its demands did initially include a modification of art. 18.26 of the existing collective agreement concerning plant closure and severance pay, the respondent union unilaterally dropped this demand during the negotiations and art. 18.26 was simply renewed. At no other point during the negotiations did the subject of plant closure arise.

soulevé ni en cour d'appel, ni en notre Cour. La seule question en litige devant notre Cour est donc celle de savoir si la réunion contestée a entaché de nullité la première décision de la Commission pour le motif que les membres du banc qui ont entendu l'affaire en ont alors discuté avec d'autres personnes qui n'avaient pas entendu la preuve ni les plaidoiries.

Pour décider s'il y a eu manquement aux principes de justice naturelle en l'espèce, il est nécessaire d'analyser plus en détail les faits à l'origine de la première plainte du syndicat intimé. Il sera aussi nécessaire d'examiner la preuve relative à l'objet et aux circonstances de la réunion plénière de la Commission afin de comprendre les questions de politique qui étaient en cause lors de cette réunion.

I—Les faits

a) La fermeture de l'usine et les négociations visant la signature d'une convention collective

L'appelante exploitait une usine de fabrication de boîtes de carton ondulé à Hamilton («l'usine de Hamilton») qu'elle a décidé de fermer le 26 avril 1983. Cette décision, qui avait été approuvée par le conseil d'administration le 25 février 1983, a été annoncée le 1^{er} mars 1983. Le syndicat intimé était l'agent négociateur des employés de l'usine de Hamilton et du 2 novembre 1982 au 13 janvier 1983 avait négocié une nouvelle convention collective avec l'appelante, date à laquelle un mémoire d'entente avait été signé. La convention collective a été signée le 22 avril 1983. Il ressort clairement de la preuve entendue par la Commission que les événements menant à la décision de fermer l'usine de Hamilton se sont déroulés parallèlement aux négociations collectives relatives à cette usine. Il est aussi évident que le syndicat intimé n'a jamais été avisé de la possibilité d'une fermeture imminente de l'usine. Quoique les demandes du syndicat aient compris au départ la modification de l'art. 18.26 de la convention collective existante qui traitait de la fermeture d'usine et des indemnités de départ, le syndicat intimé a abandonné cette demande de sa propre initiative pendant les négociations et l'art. 18.26 a été simplement reconduit. Le sujet de la fermeture de l'usine n'a plus jamais été soulevé au cours des négociations.

According to the testimonies of the representatives of the appellant, the Hamilton plant was so unprofitable that it would have been closed in 1982 if an industry-wide strike had not taken place from June to December of that year. The Hamilton plant remained open during that period and the appellant hoped that some goodwill would be generated through the new contracts entered into as a result of the industry-wide strike. As early as 1981, following the negotiation of the 1980-82 collective agreement, the appellant and the respondent union met to discuss concerns over the possibility of a plant closure given the severe losses anticipated for that year. The appellant had decided to turn the plant around and sought the respondent union's collaboration adding that there were no plans to close the Hamilton plant at that time. In October of 1981, the employees of the bargaining unit did commit themselves to the improvement of productivity at the plant. After registering a loss of \$1.3 million for the year 1981, the appellant continued to invest in the Hamilton plant but warned that it would not continue to "throw 'good money after bad'" and that the plant would have to become profitable in the short term. In May of 1982, immediately before the industry-wide strike, 25 employees had to be laid off and the plant was operating only two shifts a day on a four-day work week.

In this context, the industry-wide strike was a godsend for the Hamilton plant. New clients had to award contracts to the Hamilton plant for the duration of this strike and the plant was operating at capacity, three shifts a day, seven days a week. Unfortunately, the anticipated goodwill from new customers did not materialize and Mr. Ted Haiplik, Vice-President and General Manager of the Container Division, reported to his superiors that in his opinion the Hamilton plant should be closed. Mr. Souccar, to whom Mr. Haiplik reports, testified that this recommendation was made to him in the "first or second week of February during one of their regular meetings". The matter was brought to the attention of the Board of Directors during their meeting of February 25, 1983 and they decided that the plant would close on April

D'après les dépositions des représentants de l'appelante, l'usine de Hamilton entraînait des pertes si considérables qu'elle aurait fermé ses portes en 1982 s'il n'y avait pas eu une grève à l'échelle de cette industrie de juin à décembre de la même année. L'usine de Hamilton est restée ouverte pendant cette période et l'appelante espérait qu'une certaine clientèle serait générée grâce aux nouveaux contrats signés par suite de la grève à l'échelle de l'industrie. Dès 1981, après la négociation de la convention collective visant les années 1980 à 1982, l'appelante et le syndicat intimé avaient discuté de la crainte que l'usine ferme ses portes à cause des pertes considérables prévues au cours de cette année. L'appelante avait décidé de rentabiliser l'usine et elle a demandé la collaboration du syndicat intimé, ajoutant qu'elle n'avait pas l'intention de fermer l'usine de Hamilton à ce moment-là. En octobre 1981, les employés de l'unité de négociation se sont engagés à améliorer la productivité à cette usine. Après avoir essuyé des pertes de 1,3 million de dollars en 1981, l'appelante a continué d'investir de l'argent dans l'usine de Hamilton, tout en prévenant qu'elle ne continuerait pas de [TRADUCTION] «jeter de l'argent par les fenêtres» et que l'usine devrait devenir rentable à court terme. En mai 1982, immédiatement avant la grève à l'échelle de l'industrie, 25 employés avaient dû être mis à pied et l'usine ne fonctionnait plus qu'à deux quarts par jour, quatre jours par semaine.

Dans ces circonstances, la grève à l'échelle de l'industrie fut un don du ciel pour l'usine de Hamilton. De nouveaux clients durent attribuer des contrats à l'usine de Hamilton pour la durée de la grève et l'usine fonctionnait à plein rendement, à trois quarts par jour, sept jours par semaine. Malheureusement, il n'y eut pas autant de nouveaux clients que prévu et M. Ted Haiplik, vice-président et directeur général de la division des emballages a fait rapport à ses supérieurs qu'à son avis il fallait fermer l'usine de Hamilton. Monsieur Souccar, le supérieur immédiat de M. Haiplik, a témoigné avoir reçu cette recommandation pendant [TRADUCTION] «la première ou la deuxième semaine de février, à l'occasion d'une de leurs réunions régulières». La question a été portée à l'attention du conseil d'administration lors de sa

26, 1983. Mr. Souccar insisted that it took four to five weeks following the end of the industry-wide strike to determine the amount of market share retained by the appellant and assess its viability under normal circumstances. Thus, according to Mr. Souccar, no decision concerning the closure of the Hamilton plant could be made before February of 1983.

Throughout this period, no mention was made of the possibility of plant closure during the negotiations except to point out that customers were monitoring these negotiations closely to see whether there was any possibility of a strike after the deadline set for January 8, 1983 by the respondent union. Moreover, Mr. Gruber, labour negotiator for the appellant, testified that he was not aware of any plans to close the plant during the negotiations. It is in this context that the Board was asked to determine whether the appellant had breached its obligation to bargain in good faith and, more particularly, whether it had the obligation to disclose its plans to close the Hamilton plant.

The obligation to disclose, without being asked, information relevant to any particular labour negotiation was held by the Board to be part and parcel of the obligation to bargain in good faith in *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577, (*Westinghouse*), where this information relates to plans "which, if implemented during the term of the collective agreement, would have a significant impact on the economic lives of bargaining unit employees" (at p. 598). In order to understand the policy issues which were the subject of discussion at the full board meeting held by the Board, it is necessary to analyse the *Westinghouse* decision and its implications in this case.

(b) *The Westinghouse Decision and the Arguments Raised by the Parties before the Board*

In *Westinghouse*, management had decided to relocate its Switchgear and Control Division from Hamilton to several other locations two months

réunion du 25 février 1983; le conseil a alors décidé que l'usine fermerait ses portes le 26 avril 1983. Monsieur Souccar a souligné qu'il fallait de quatre à cinq semaines, après une grève à l'échelle de l'industrie, pour connaître la part de marché retenue par l'appelante et vérifier sa viabilité dans des circonstances normales. Donc, d'après M. Souccar, aucune décision de fermer l'usine de Hamilton ne pouvait être prise avant février 1983.

Pendant toute cette période, personne n'a jamais parlé de la possibilité de fermer l'usine au cours des négociations, sauf qu'on a mentionné que les clients suivaient ces négociations de près pour vérifier s'il y aurait possibilité de grève après la date cible du 8 janvier 1983 fixée par le syndicat intimé. De plus, M. Gruber, qui agissait à titre de négociateur pour l'appelante a témoigné qu'il n'avait été au courant d'aucun projet de fermer l'usine pendant les négociations. C'est dans ce contexte qu'on a demandé à la Commission de décider si l'appelante avait manqué à l'obligation qu'elle avait de négocier de bonne foi et, plus précisément, si elle avait l'obligation de divulguer son projet de fermer l'usine de Hamilton.

La Commission a statué, dans la décision *United Electrical, Radio & Machine Workers of America, Local 504 v. Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] OLRB Rep. 577 (la décision *Westinghouse*), que l'obligation de divulguer spontanément tout renseignement utile aux fins des négociations collectives fait partie intégrante de l'obligation de négocier de bonne foi si ces renseignements ont trait à des projets [TRADUCTION] «qui, s'ils sont mis à exécution pendant la durée de la convention collective, auront des conséquences importantes sur la situation économique des employés de l'unité de négociation» (à la p. 598). Pour comprendre les questions de politique qui ont été débattues lors de la réunion plénière de la Commission, il faut analyser la décision *Westinghouse* et ses répercussions sur l'espèce.

(b) *La décision Westinghouse et les arguments invoqués par les parties devant la Commission*

Dans l'affaire *Westinghouse*, la direction avait décidé de déménager de Hamilton à divers autres endroits la division des appareils de commutation

after the conclusion of negotiations for a collective agreement. In this decision, the Board ruled that the obligation to bargain in good faith set out in s. 14 of the *Labour Relations Act*, now s. 15, comprised the obligation to reveal during the course of negotiations decisions which may seriously affect members of the bargaining unit. However, the Board found it difficult to define the point at which a planned decision becomes sufficiently certain to warrant disclosure during the negotiations without creating unnecessarily threatening perceptions in the bargaining process. The Board described as follows the perils of forced disclosure of plans which may be discarded in the future and held that an employer does not have the obligation to disclose plans until they have become at least *de facto* decisions, at pp. 598-99:

41. The competitive nature of our economy and the ongoing requirement of competent management to be responsive to the forces at play in the marketplace result in ongoing management consideration of a spectrum of initiatives which may impact on the bargaining unit. More often than not, however, these considerations do not manifest themselves in hard decisions. For one reason or another, plans are often discarded in the conceptual stage or are later abandoned because of changing environmental factors. The company's initiation of an open-ended discussion of such imprecise matters at the bargaining table could have serious industrial relations consequences. The employer would be required to decide in every bargaining situation at what point in his planning process he must make an announcement to the trade union in order to comply with section 14. Because the announcement would be employer initiated and because plans are often not transformed into decisions, the possibility of the union viewing the employer's announcement as a threat (with attendant litigation) would be created. If not seen as a threat the possibility of employee overreaction to a company initiated announcement would exist. A company initiated announcement, as distinct from a company response to a union inquiry may carry with it an unjustified perception of certainty. The collective bargaining process thrusts the parties into a delicate and often difficult interface. Given the requirement upon the company to respond honestly at the bargaining table to union inquiries with respect to company plans which may have a

et de contrôle deux mois après la fin des négociations visant la signature d'une convention collective. Dans cette décision, la Commission a statué que l'obligation de négocier de bonne foi, énoncée à l'art. 14 de la *Loi sur les relations de travail*, devenu depuis l'art. 15, comportait l'obligation de divulguer, pendant les négociations, les décisions susceptibles de toucher sérieusement les membres de l'unité de négociation. Cependant, la Commission a trouvé difficile de déterminer à quel moment une décision projetée devient suffisamment certaine pour justifier sa divulgation pendant les négociations sans qu'il en résulte inutilement des perceptions de menaces au cours du processus de négociation. La Commission a défini de la manière suivante les dangers de la divulgation forcée de projets qui seront peut-être délaissés plus tard et elle a statué que l'employeur n'est pas tenu de divulguer des projets avant qu'ils n'aient atteint au moins le stade de décisions *de facto*, aux pp. 598 et 599:

[TRADUCTION] 41. La nature concurrentielle de notre économie et l'obligation, pour une administration compétente, de s'adapter aux forces du marché exigent des administrateurs qu'ils envisagent constamment de nouvelles mesures susceptibles d'avoir des répercussions sur l'unité de négociation. Mais plus souvent qu'autrement, il n'en résulte pas de décision concrète. Pour une raison ou une autre, les projets sont souvent rejetés à l'étape de leur conception ou abandonnés plus tard en raison de changements des circonstances externes. L'amorce par la société de discussions libres portant sur des sujets aussi vagues à la table de négociation pourrait avoir de graves conséquences sur les relations de travail. L'employeur devrait décider à chaque fois qu'il y a négociation à quel moment, dans l'évolution de son projet, il doit en faire part au syndicat pour se conformer à l'art. 14. Parce que cette annonce viendrait de l'employeur et que les projets n'ont souvent aucune suite, il y aurait possibilité que le syndicat perçoive l'annonce faite par l'employeur comme une menace (et qu'elle entraîne des contestations). Si l'annonce n'était pas perçue comme une menace, il y aurait quand même possibilité de réaction exagérée des employés à l'annonce de la société. Une mesure annoncée par la société, par opposition à une réponse de la société à une demande syndicale de renseignements, peut donner prise à un sentiment de certitude qui n'est pas justifié dans les faits. Les négociations collectives lancent les parties dans des pourparlers délicats et souvent périlleux. Compte tenu de l'obligation déjà imposée à la société de répondre

significant impact on the bargaining unit, the effect of requiring the employer to initiate discussion on matters which are not yet decided within his organization would be of marginal benefit to the trade union and could serve to distort the bargaining process and create the potential for additional litigation between the parties. The section 14 duty, therefore, does not require an employer to reveal on his own [sic] initiative plans which have not become at least de facto decisions. [Emphasis added.]

The Board then decided that management "... had not made a hard decision to relocate during the course of bargaining as would have required it to reveal its decision to the trade union" (at p. 599). [Emphasis added.]

The facts in this case are substantially similar to those in the *Westinghouse* case in that a decision which would substantially affect the bargaining unit was taken by management either during or immediately after collective agreement negotiations thereby raising the issue of whether plans to close the Hamilton plant had gone sufficiently far through management's decision-making process to justify their disclosure to union representatives during the course of the negotiations. Before the Board, the appellant and the respondent union both argued, *inter alia*, that the test established in the *Westinghouse* decision ought to be modified. In his reasons, [1983] OLRB Rep. September 1411, Chairman Adams stated the respondent union's position as follows, at p. 1428:

26. The complainant's second major alternative argument requested this Board to reconsider its holding in *Westinghouse* that an employer does not have to reveal on his own initiative plans which have not become at least *de facto* decisions. The complainant asserted that the test ought to be disclosure where an employer is "seriously considering an action which if carried out will have a serious impact on employees".

Chairman Adams later summarized the appellant's arguments as follows, at p. 1429:

29. On behalf of the respondent company it was submitted that the extent of its bargaining duty was to disclose any decisions the company had made about the closing

franchement, à la table des négociations, aux demandes de renseignements du syndicat au sujet des projets de l'employeur susceptibles d'avoir des conséquences importantes sur l'unité de négociation, exiger de l'employeur qu'il engage le débat sur des sujets qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision de sa part comporterait peu d'avantages pour le syndicat et risquerait de fausser le processus de négociation et d'engendrer plus de litiges entre les parties. L'obligation définie à l'art. 14 n'impose pas à l'employeur le devoir de divulguer, de sa propre initiative, les projets qui n'ont pas encore atteint au moins le stade de décisions de facto. [Je souligne.]

La Commission a donc statué que la direction [TRADUCTION] « ... n'avait pas pris de décision ferme de déménager, pendant les négociations collectives, qui l'aurait obligée à divulguer sa décision au syndicat » (à la p. 599). [Je souligne.]

Les faits de l'espèce ressemblent beaucoup à ceux de l'affaire *Westinghouse* puisque la direction avait pris, pendant ou immédiatement après la négociation de la convention collective, une décision susceptible d'influencer profondément l'unité de négociation et qu'il fallait alors décider si le projet de fermer l'usine de Hamilton était rendu suffisamment loin dans le processus décisionnel de la direction pour justifier sa divulgation aux représentants du syndicat au cours des négociations. Devant la Commission, la société appelante et le syndicat intimé ont soutenu notamment qu'il fallait modifier le critère établi dans la décision *Westinghouse*. Dans ses motifs, [1983] OLRB Rep. September 1411, le président Adams formule ainsi la position du syndicat intimé, à la p. 1428:

[TRADUCTION] 26. Dans son deuxième argument important soulevé à titre subsidiaire, le plaignant demande à la Commission de réexaminer la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Westinghouse* et en vertu de laquelle un employeur n'est pas tenu de divulguer, de sa propre initiative, des projets qui n'ont pas encore atteint au moins le stade de décisions *de facto*. Le plaignant soutient que la norme devrait imposer la divulgation quand un employeur « envisage sérieusement de prendre une mesure dont la réalisation aura des conséquences profondes sur les employés ».

Le président Adams a résumé plus loin l'argumentation de l'appelante en ces termes, à la p. 1429:

[TRADUCTION] 29. On a soutenu, au nom de la société intimée, qu'elle était tenue de divulguer lors des négociations collectives toute décision de fermer l'usine qu'elle

of the plant during the course of negotiations. Counsel submitted that on the evidence before the board one could only conclude that a definitive decision had not been made and that the respondent was not obligated to engage in speculation about a possible plant closing during bargaining.

Thus, although other legal and factual arguments were put forward by the parties, the main issue before the Board was whether the *Westinghouse* decision had to be reconsidered and the test it adopted replaced by either one of the tests proposed by the parties. This issue was a policy issue which had important implications from the point of view of labour law principles as well as of the effectiveness of collective bargaining in Ontario. The Board's desire to discuss it in a full board meeting was therefore understandable.

The Board panel decided in this case, Mr. Wightman dissenting on this issue, that the test set out in the *Westinghouse* case should be confirmed and that in this case, the appellant had made a *de facto* decision to close the Hamilton plant during the course of the negotiations. Thus, the appellant had the obligation to disclose this decision to the respondent union even if no questions were asked on this subject. The Board also found in the alternative that the decision to close the plant was so highly probable that the appellant should have informed the respondent union that if the Hamilton plant's financial situation did not improve in the short term, a recommendation to close the plant would shortly be made to the Board of Directors.

(c) *The Full Board Meeting*

On September 23, 1983, Mr. Michael Gordon, counsel for the appellant, became aware that a full board meeting concerning the Hamilton plant closure was taking place at the Board's offices. Mr. Gordon was aware that full board meetings have been part of the Board's practice for some time but had never been aware that any of the cases in which he had been involved was the subject of such a meeting. The appellant then filed an application for a reconsideration of the initial decision on the

avait prise au cours des négociations. L'avocat de l'intimée soutient que d'après la preuve soumise à la Commission, on ne peut que conclure qu'aucune décision définitive n'avait été arrêtée et que l'intimée n'était pas tenue de spéculer, pendant les négociations, sur la possibilité de fermer l'usine.

Donc, même si les parties ont invoqué d'autres arguments de droit et de fait, la principale question en litige devant la Commission était de savoir s'il y avait lieu de réexaminer la décision *Westinghouse* et de remplacer le critère adopté dans cette décision par l'un de ceux proposés par les parties. La question en était une de politique qui avait des conséquences importantes du point de vue des principes du droit du travail et de l'efficacité des négociations collectives en Ontario. La volonté de la Commission de débattre cette question en réunion plénière était donc compréhensible.

Le banc de la Commission chargé de l'audition a décidé en l'espèce, avec dissidence de la part de M. Wightman sur ce point, qu'il y avait lieu de confirmer le critère établi dans la décision *Westinghouse* et que, dans la présente affaire, l'appelante avait pris la décision *de facto* de fermer l'usine de Hamilton pendant le déroulement des négociations. Ainsi, l'appelante avait l'obligation de divulguer sa décision au syndicat intimé même si on ne lui avait pas posé de question à ce propos. La Commission a conclu, à titre subsidiaire, que la décision de fermer l'usine était si probable que l'appelante aurait dû informer le syndicat intimé que si la situation financière de l'usine de Hamilton ne s'améliorait pas rapidement, la recommandation de fermer l'usine serait soumise au conseil d'administration.

h) *La réunion plénière de la Commission*

Le 23 septembre 1983, M^e Michael Gordon, l'avocat de l'appelante, a appris qu'une réunion plénière se déroulait aux bureaux de la Commission à propos de la fermeture de l'usine de Hamilton. M^e Gordon savait que la Commission avait depuis un certain temps l'habitude de tenir des réunions plénières, mais il n'avait jamais eu connaissance que l'un des dossiers auxquels il avait participé faisait l'objet d'une telle réunion. L'appelante a présenté une demande de réexamen de la

basis, *inter alia*, that the practice of holding full board meetings is illegal.

In this reconsideration decision, Chairman Adams described in detail the purpose of these meetings and the way in which they are held. Not surprisingly, Chairman Adams emphasized the necessity to foster coherence and maintain a high level of quality in the decisions of the Board, at p. 2001:

6. In considering this question, it is to be noted that the Act confers many areas of broad discretion on the Board in determining how the statute should be interpreted or applied to an infinite variety of factual situations. Within these areas of discretion, decision-making has to turn on policy considerations. At this level of "administrative law", law and policy are to a large degree inseparable. In effect, law and policy come to be promulgated through the form of case by case decisions rendered by panels. It is in this context that the Board is sometimes criticized for not creating enough certainty in "Board law" to facilitate the planning of the parties regulated by the statute. This criticism, however, ignores the fact that there is a huge corpus of Board law much of which is almost as old as the legislation itself and as settled and stable as law can be. Board decision-making has recognized the need for uniformity and stability in the application of the statute and the discretions contained therein. Indeed, it is because there is so much settled law and policy that upwards to 80% of unfair labour practice charges are withdrawn, dismissed, settled or adjusted without the issuance of a decision and that a high percentage of other matters are either settled or withdrawn without the need for a hearing Thus, there is great incentive for the Board to articulate its policies clearly and, once articulated, to maintain and apply them. Nevertheless, there remains, even in applying an established policy, an inevitable area of discretion in applying the statute to each fact situation. Moreover, the Board reserves the right to change its policies as required and new amendments to the Act create additional requirements for ongoing policy analysis. To perform its job effectively, the Board needs all the insight it can muster to evaluate the practical consequences of its decisions, for it lacks the capacity to ascertain by research and investigation just what impact its decisions have on labour relations and the economy generally. In this context therefore, and accepting that no one panel of the Board can bind another panel by any decision rendered, what institutional procedures has the Board developed to foster greater insightfulness in the exercise

décision initiale pour le motif notamment que la pratique de tenir des réunions plénières de la Commission est illégale.

Dans la décision relative à la demande de réexamen, le président Adams décrit en détail l'objet de ces réunions et la façon dont elles sont tenues. Naturellement, le président Adams insiste sur la nécessité de promouvoir la cohérence des décisions de la Commission et d'y maintenir un niveau élevé de qualité, à la p. 2001:

[TRADUCTION] 6. En examinant cette question, il faut souligner que la Loi confère à la Commission des pouvoirs discrétionnaires étendus sur plusieurs sujets quant à la façon d'interpréter et d'appliquer la Loi à toutes sortes de situations concrètes. À l'intérieur de ces pouvoirs discrétionnaires, la prise des décisions doit s'appuyer sur des considérations de politique. À ce niveau de «droit administratif», le droit et les politiques sont dans une large mesure inséparables. En effet, le droit et les politiques en viennent à être établis sous la forme de décisions rendues par différents bancs dans des affaires particulières. C'est dans ce contexte que l'on blâme parfois la Commission de ne pas créer suffisamment de certitude dans sa jurisprudence de manière à faciliter la planification par les parties régies par la Loi. Cette critique ne tient cependant pas compte du fait qu'il existe une jurisprudence abondante de la Commission depuis presque aussi longtemps que la Loi elle-même existe et qu'elle est aussi stable et incontestable que le droit peut l'être. La Commission a reconnu dans ses décisions qu'il est nécessaire d'avoir une uniformité et une stabilité dans l'application de la Loi et des pouvoirs discrétionnaires que celle-ci comporte. En réalité, c'est parce qu'il y a tant de droit et de politiques bien établis que jusqu'à 80 pour 100 des plaintes de pratiques déloyales en matière de travail sont retirées, rejetées, réglées ou arrangées sans délivrance d'une décision et qu'une grande proportion des autres affaires sont soit réglées soit retirées sans qu'il soit nécessaire de tenir une audience. [...] Donc, il y a de grands avantages pour la Commission à ce que celle-ci établisse clairement ses politiques et qu'après les avoir établies, elle les maintienne et les applique. Néanmoins, même quand la Commission applique une politique établie, il reste une marge inévitable de pouvoir discrétionnaire dans l'application de la Loi à chaque situation concrète. De plus, la Commission conserve le droit de changer ses politiques au besoin et les nouvelles modifications apportées à la Loi créent d'autres obligations de procéder à une analyse permanente des politiques. Pour s'acquitter efficacement de ses tâches, la Commission a besoin de toutes

of the Board's powers by particular panels? What internal mechanisms has the Board developed to establish a level of thoughtfulness in the creation of policies which will meet the labour relations community's needs and stand the test of time? What internal procedures has the Board developed to ensure the greatest possible understanding of these policies by all Board members in order to facilitate a more or less uniform application of such policies? The meeting impugned by the respondent must be seen as only part of the internal administrative arrangements of the Board which have evolved to achieve a maximum regulatory effectiveness in a labour relations setting. [Emphasis added.]

It will be noted that Chairman Adams does not claim that the purpose of full board meetings is to achieve absolute uniformity in decisions made by different panels in factually similar situations. Chairman Adams accepts that "no one panel of the Board can bind another panel by any decision rendered" (at p. 2001). The methods used at those meetings to discuss policy issues reflect the need to maintain an atmosphere wherein each attending Board member retains the freedom to make up his mind on any given issue and to preserve the panel members' ultimate responsibility for the outcome of the final decision. Thus, Chairman Adams states that discussions at full board meetings are limited to policy issues, that the facts of each case must be taken as presented and that no votes are taken nor any attendance recorded, at p. 2002:

8. After deliberating over a draft decision, any panel of the Board contemplating a major policy issue may, through the Chairman, cause a meeting of all Board members and vice-chairmen to be held to acquaint them with this issue and the decision the panel is inclined to

les lumières qu'elle peut rassembler dans le but d'évaluer les conséquences pratiques de ses décisions, parce qu'elle n'a pas les moyens de vérifier par des recherches et des enquêtes quelles seront au juste les conséquences de ses décisions sur les relations de travail et sur l'ensemble de l'économie. Dans ces circonstances, et si on accepte qu'aucun banc de la Commission ne peut en lier un autre par sa décision, quelles procédures institutionnelles la Commission a-t-elle mises au point pour conférer plus de perspicacité dans l'exercice par les bancs particuliers des pouvoirs conférés à la Commission? Quels mécanismes internes la Commission a-t-elle établis pour fixer un niveau de réflexion dans la formulation de politiques qui répondent aux besoins de la collectivité en matière de relations de travail et qui de plus résisteront à l'épreuve du temps? Quelles procédures internes la Commission a-t-elle établies pour assurer la meilleure compréhension possible de ces politiques par tous les commissaires de manière à faciliter une application plus ou moins uniforme de ces politiques? La réunion contestée par l'intimé doit être perçue seulement comme une partie des arrangements administratifs internes que la Commission a pris pour réaliser le maximum d'efficacité de la réglementation dans un contexte de relations de travail. [Je souligne.]

On remarquera que le président Adams ne soutient pas que l'objet des réunions plénières de la Commission est de réaliser l'uniformité absolue des décisions prises par les différents bancs dans des situations de fait semblables. Le président Adams reconnaît qu' [TRADUCTION] «aucun banc de la Commission ne peut en lier un autre par sa décision» (à la p. 2001). Les méthodes utilisées à ces réunions pour débattre des questions de politique traduisent la nécessité de préserver une ambiance où chaque commissaire présent garde la liberté de se former une opinion sur une question précise et de sauvegarder la responsabilité ultime des membres de chaque banc à l'égard de la décision finale. Ainsi, le président Adams affirme, à la p. 2002, qu'aux réunions plénières de la Commission les discussions se limitent aux questions de politique, que les faits de chaque cas sont tenus pour avérés et qu'on ne prend pas de vote, ni de présence:

[TRADUCTION] 8. Après avoir délibéré sur un avant-projet de décision, un banc qui envisage de trancher une question importante de politique peut faire convoquer, par l'intermédiaire du président, une réunion plénière des membres et des vice-présidents pour leur faire part

make. These "Full Board" meetings have been institutionalized to facilitate a maximum understanding and appreciation throughout the Board of policy developments and to evaluate fully the practical consequences of proposed policy initiatives on labour relations and the economy in the Province. But this institutional purpose is subject to the clear understanding that it is for the panel hearing the case to make the ultimate decision and that discussion at a "Full Board" meeting is limited to the policy implications of a draft decision. The draft decision of a panel is placed before those attending the meeting by the panel and is explained by the panel members. The facts set out in the draft are taken as given and do not become the subject of discussion. No vote is taken at these meetings nor is any other procedure employed to identify a consensus. The meetings invariably conclude with the Chairman thanking the members of the panel for outlining their problem to the entire Board and indicating that all Board members look forward to that panel's final decision whatever it might be. No minutes are kept of such meetings nor is actual attendance recorded. [Emphasis added.]

At page 2004 of his reasons, Chairman Adams confirmed that the impugned meeting was held in accordance with the above-mentioned rules.

Finally, Chairman Adams rejected the idea that full board meetings could have an overbearing effect on the panel members' capacity to decide the issues at hand in accordance with their opinion, at p. 2003:

10. The respondent's submission is really attempting to probe the mental processes of the panel which rendered the decision in question and in so doing ignores the inherent nature of judicial decision-making and administrative law making In general, the deliberations of this panel were not unlike those engaged in by a judge sitting in court. The "Full Board" meeting, to the extent there is no judicial analogy, distinguishes an administrative agency from somewhat more individual common law judging. But, as an "extra-record event," "Full Board" meetings are in substance no different than the post-hearing consultation of a judge with his law clerks or the informal discussions that inevitably occur between brother judges. Such meetings, we also suggest, have no greater or lesser effect than a judge's post-hearing read-

de la question soulevée et de la décision que le banc favorise. Ces réunions plénières ont été institutionnalisées pour mieux faire comprendre et apprécier par l'ensemble des commissaires l'évolution des politiques et pour examiner à fond les conséquences pratiques que les politiques envisagées pourraient avoir sur les relations de travail et sur l'économie de la province. Cependant, cet objet institutionnel est assujéti au principe accepté de prendre la décision ultime et que les débats à la réunion plénière de la Commission se limitent aux conséquences en matière de politique d'un avant-projet de décision. L'avant-projet de décision d'un banc est soumis à la réunion par le banc lui-même et expliqué par les commissaires qui le composent. Les faits mentionnés dans l'avant-projet de décision sont tenus pour avérés et ne font pas l'objet de discussions. Aucun vote n'est pris lors de ces réunions et aucune autre procédure n'est utilisée pour vérifier s'il y a consensus. Le président clôt toujours ces réunions en remerciant les commissaires composant le banc d'avoir exposé leur problème à toute la Commission et en disant que tous les commissaires attendront avec impatience la décision du banc quelle qu'elle puisse être. Il n'y a pas de procès-verbal de ces réunions ni de prise de présences. [Je souligne.]

À la page 2004 de ses motifs, le président Adams confirme que la réunion contestée a été tenue selon les règles ci-dessus mentionnées.

Enfin, le président Adams rejette l'idée que les réunions plénières de la Commission puissent avoir une influence impérieuse sur la capacité des membres du banc de trancher selon leur opinion les questions soulevées. Il dit, à la p. 2003:

[TRADUCTION] 10. L'argument de l'intimé cherche réellement à déterminer le cheminement mental du banc qui a rendu la décision visée et, ce faisant, il ne tient pas compte de la nature propre du processus décisionnel judiciaire et des décisions de droit administratif. [. . .]

De manière générale, les délibérations de ce banc n'ont pas différé de celles d'un juge appelé à rendre une décision judiciaire. La réunion plénière de la Commission, dans la mesure où il n'y a pas d'équivalent en matière judiciaire, différencie un organisme administratif du processus quelque peu plus individualiste de jugement en common law. Cependant, à titre d'événement officieux, les réunions plénières de la Commission ne diffèrent pas substantiellement des consultations que mène un juge après l'audience, avec ses recherchistes ou des discussions informelles qui surviennent inévitablement entre collègues juges. Ces réunions, à notre avis, n'ont ni plus, ni moins d'influence que la consultation

ing of reports and periodicals which may not have been cited or relied on by the advocates.

It follows that the full board meetings held by the Board are designed to promote discussion on important policy issues and to provide an opportunity for members to share their personal experiences in the regulation of labour relations. There is no evidence that the particular meeting impugned in this case was used to impose any given opinion upon the members of the panel or that the spirit of discussion and exchange sought through those meetings was not present during those deliberations. Moreover, three sets of reasons were issued by the members of the panel, one member dissenting in part while another dissented on the principal substantive issue at stake in this case. If this meeting had been held for the purpose of imposing policy directives on the members of the panel, it certainly did not meet its objective.

Incidentally, the record does not disclose the identity of all the persons who attended the impugned meeting. In his affidavit, Mr. Gordon, counsel for the appellant before the Board, describes the events which led him to conclude that a full board meeting was taking place; he also lists the persons whom he saw entering or leaving the room where the meeting took place. This affidavit does disclose that Mr. Wightman was seen leaving the room in which the meeting was held but there is no evidence that the other members of the panel did attend the meeting. However, the Board's decision on the motion for reconsideration indicates that all members of the panel attended the meeting.

II—Decisions of the Courts Below

Of the two decisions rendered by the Board in this case, only the reconsideration decision is relevant since it alone deals with the issue of the legality of the practice of holding full board meetings on important policy issues. The Board decided that the practice of holding full board meetings on policy issues does not breach principles of natural justice because of its tripartite nature, the manner in which they are conducted and because of the institutional requirements which they serve.

que le juge fait après l'audition de jurisprudence ou de doctrine que les avocats n'ont ni invoquée, ni citée.

Il s'ensuit que les réunions plénières que tient la Commission sont conçues pour favoriser la discussion d'importantes questions de politique et donner aux commissaires l'occasion de mettre en commun leur expérience en matière de relations de travail. Il n'y a rien qui indique que la réunion visée en l'espèce ait servi à imposer une opinion quelconque aux membres du banc ou que l'esprit de discussion et d'échange que ces réunions cherchent à favoriser n'ait pas prévalu au cours de ces délibérations. De plus, chacun des trois commissaires qui composaient le banc a rédigé des motifs, l'un d'eux étant dissident en partie alors qu'un autre était dissident sur la principale question de fond à trancher en l'espèce. Si cette réunion avait été tenue pour imposer aux membres du banc des directives en matière de politique, elle n'a certes pas atteint son objectif.

Soit dit en passant, le dossier n'identifie pas tous ceux qui ont assisté à la réunion contestée. Dans son affidavit, M^e Gordon, l'avocat de l'appelante à l'audience devant la Commission, relate les événements qui l'ont amené à conclure qu'une réunion plénière avait lieu; il fournit aussi les noms des personnes qu'il a vu entrer et sortir de la pièce où se déroulait la réunion. Cet affidavit mentionne qu'on a vu M. Wightman sortir de la pièce où la réunion se déroulait, mais il n'y a aucune preuve que les autres membres du banc ont assisté à la réunion. Cependant, la décision de la Commission sur la demande de réexamen indique que tous les membres du banc ont assisté à la réunion.

h II—Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Des deux décisions rendues par la Commission en l'espèce, seule la décision relative à la demande de réexamen est pertinente puisqu'elle seule porte sur la légalité de la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières sur des questions de politique importantes. La Commission a statué que sa pratique de tenir des réunions plénières sur des questions de politique ne viole pas les principes de justice naturelle à cause de sa nature tripartite, de la manière dont les réunions sont tenues et à cause

According to Chairman Adams, with whom Messrs. Lee and Wightman concurred, ss. 102 and 103 of the *Labour Relations Act* create a procedural framework based on panels composed of three members and the high number of cases handled by the Board creates the necessity to have a large number of full-time and part-time members and, therefore, a wide variety of panels. Such institutional constraints create the necessity to provide a mechanism which would promote a maximum amount of coherence in Board decisions. In essence, the Board decided that full board meetings are a necessary component of decision making within the procedural framework of the *Labour Relations Act* and that they do not breach the principles of natural justice.

In the Divisional Court (1985), 51 O.R. (2d) 481, Rosenberg J., with whom J. Holland J. concurred, allowed the appellant's application for judicial review on the basis that the impugned full board meeting allowed persons who did not hear the evidence to "participate" in the decision even though they did not vote. Rosenberg J. adopted the recommendations of the McRuer Report entitled *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, Report No. 3, 1971, which dealt specifically with the Board and recommended that the parties be notified and given an opportunity to be heard whenever important policy issues must be dealt with by the entire Board, at pp. 2205-06:

In Report Number 1 we pointed out that no person should participate in a decision of a judicial tribunal who was not present at the hearing and heard and considered the evidence and that all persons who had heard and considered the evidence should participate in the decision.

The practice we have outlined violates that principle. To take a matter before the full Board for a discussion and obtain the views of others who have not participated in the hearing and without the parties affected having an opportunity to present their views is a violation of the principle that he who decides must hear.

des exigences institutionnelles auxquelles elles répondent. Selon le président Adams, aux motifs duquel les commissaires Lee et Wightman ont souscrit, les art. 102 et 103 de la *Loi sur les relations de travail* établissent un système de procédure fondé sur des bancs de trois commissaires et le grand nombre d'affaires traitées par la Commission est à l'origine de la nécessité d'avoir un grand nombre de commissaires à temps plein et à temps partiel et, en conséquence, d'avoir un grand nombre de bancs. Ces contraintes institutionnelles sont à l'origine de la nécessité de fournir un mécanisme qui favorise la plus grande cohérence possible des décisions de la Commission. Essentiellement, la Commission a jugé que ses réunions plénières sont une composante nécessaire de son processus décisionnel à l'intérieur du système de procédure établi par la *Loi sur les relations de travail* et qu'elles ne violent pas les principes de justice naturelle.

En Cour divisionnaire (1985), 51 O.R. (2d) 481, le juge Rosenberg, aux motifs duquel le juge J. Holland a souscrit, a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'appelante pour le motif que la réunion plénière contestée de la Commission a permis à des personnes qui n'avaient pas entendu la preuve de «participer» à la décision même s'ils n'avaient pas voté. Le juge Rosenberg a suivi les recommandations du rapport McRuer de la *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, rapport n° 3, 1971, qui visait précisément la Commission et qui portait qu'il y a lieu d'aviser les parties et de leur donner la possibilité d'être entendues chaque fois que la Commission au complet doit débattre d'importantes questions de politique, aux pp. 2205 et 2206:

[TRADUCTION] Dans le rapport numéro 1, nous avons souligné que nul ne devrait participer à la décision d'un tribunal judiciaire s'il n'a pas été présent à l'audition et s'il n'a pas entendu et examiné la preuve et que toutes les personnes qui ont entendu et examiné la preuve devraient participer à la décision.

La pratique que nous avons exposée viole ce principe. Le fait de porter une affaire à la connaissance de toute la Commission pour en débattre et obtenir l'avis de personnes qui n'ont pas participé à l'audition sans que les parties touchées aient la possibilité d'exprimer leur avis constitue une violation du principe selon lequel celui qui tranche une affaire doit l'avoir entendue.

Notwithstanding that the ultimate decision is made by those who were present at the hearing, where a division of the Board considers that a matter should be discussed before the full Board or a larger division, the parties should be notified and given an opportunity to be heard.

The majority stated, at pp. 491-92, that the practice of holding full board meetings creates situations where members who did not hear the evidence can have an influence over the result as well as situations where arguments are proposed by persons attending the meeting without giving the parties the opportunity to respond:

Chairman Shaw [*sic*] states in his reasons that the final decision was made by the three members who heard evidence and argument. He cannot be heard to state that he and his fellow members were not influenced by the discussion at the full board meeting. The format of the full board meeting made it clear that it was important to have input from other members of the board who had not heard the evidence or argument before the final decision was made. The tabling of the draft decision to all of the members of the board plus all of the support staff involved a substantial risk that opinions would be advanced by others and arguments presented. It is probable that some of the people involved in the meeting would express points of view. The full board meeting was only called when important questions of policy were being considered. Surely, the discussion would involve policy reasons why s. 15 should be given either a broad or narrow interpretation. Members or support staff might relate matters from their own practical experience which might be tantamount to giving evidence. The parties to the dispute would have no way of knowing what was being said in these discussions and no opportunity to respond. [Emphasis added.]

Rosenberg J. then added at p. 492 that factual issues are necessarily built into policy issues since it is impossible, in his opinion, to decide factual issues without a prior determination of the legal standards applicable to them.

Malgré que la décision ultime soit prise par ceux qui ont assisté à l'audition, quand une section de la Commission juge nécessaire qu'une affaire soit débattue devant l'ensemble de la Commission ou une section plus grande, il faudrait en prévenir les parties et leur donner la possibilité d'être entendues.

La majorité a affirmé, aux pp. 491 et 492, que la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières crée des situations où des commissaires qui n'ont pas entendu la preuve peuvent influencer la décision, de même que des situations où des personnes présentes à la réunion soumettent des arguments sans que les parties aient la possibilité d'y répondre:

[TRADUCTION] Le président Shaw [*sic*] affirme dans ses motifs que la décision définitive a été arrêtée par les trois commissaires qui avaient entendu la preuve et les plaidoiries. Il ne peut valablement affirmer que lui-même et ses collègues membres du tribunal n'ont pas été influencés par le débat survenu lors de la réunion plénière de la Commission. La façon dont s'est déroulée la réunion plénière de la Commission laisse voir qu'il était important d'avoir l'avis des autres commissaires qui n'avaient entendu ni la preuve ni les plaidoiries avant de prendre une décision finale. La présentation de l'avant-projet de décision à tous les commissaires et à tout le personnel de soutien comportait un risque sérieux que d'autres personnes soumettent leur avis et fassent valoir des arguments. Il est probable que certaines des personnes présentes à la réunion ont exprimé leur avis. Il n'y avait convocation d'une réunion plénière de la Commission que s'il y avait des questions de politique importantes à débattre. La discussion a certainement porté sur les raisons de principe de donner à l'art. 15 une interprétation libérale ou une interprétation restreinte. Les commissaires ou le personnel de soutien ont pu faire part d'informations tirées de leur expérience pratique, ce qui pourrait équivaloir à présenter des éléments de preuve. Les parties au litige n'avaient aucun moyen de savoir ce qui se disait dans ce débat, ni aucune possibilité de répliquer. [Je souligne.]

Le juge Rosenberg a alors ajouté, à la p. 492, que les questions de fait sont nécessairement imbriquées dans les questions de politique puisqu'il est impossible, à son avis, de statuer sur des questions de fait sans d'abord déterminer les normes juridiques qui leur sont applicables.

1990 CanLII 132 (SCC)

Osler J. dissented on the basis that there is no authority prohibiting decision makers acting in a judicial capacity to engage in either formal or informal discussions with their colleagues concerning policy issues at stake in a case standing for judgment. Full board meetings are merely a formalized method of seeking the opinion of colleagues on policy issues. In fact, this practice is desirable given the importance of achieving a high degree of coherence in Board decisions. Osler J. also noted that the tripartite procedural framework imposed by the *Labour Relations Act* made it necessary to resort to full board meetings as a means of achieving such coherence. Finally, Osler J. held that the record in this case does not indicate that either new evidence was heard during the impugned meeting or that new ideas requiring a reply from the parties were discussed during this meeting. The policy alternatives had all been proposed by the parties during argument and Chairman Adams' decision as well as Mr. Wightman's dissent simply adopted one of the alternatives.

The Court of Appeal (1986), 56 O.R. (2d) 513, unanimously allowed the appeal for the reasons set out in Osler J.'s dissent. Cory J.A. (as he then was) added that the following limitations on the practice of holding full board meetings on policy issues must be observed by the Board, at p. 517:

It must be stressed, however, and indeed it was conceded by the appellants, that if new evidence was considered by the entire Board during its discussion, then both parties would have to be recalled, advised of the new evidence and given full opportunity to respond to it in whatever manner they deemed appropriate. In the absence of the introduction of fresh material, the evidence must be taken as found in the draft reasons for the purposes of the full Board discussions.

As in any judicial or quasi-judicial proceeding, the panel should not decide the matter upon a ground not raised at the hearing without giving the parties an opportunity for argument. It is also an inflexible rule that while the panel may receive advice there can be no participation by other members of the Board in the final decision.

Le juge Osler a exprimé une dissidence en faisant valoir qu'il n'y a aucun précédent qui interdise aux décideurs qui agissent à titre judiciaire de mener des discussions officielles ou officieuses avec leurs collègues au sujet des questions de politique soulevées par une affaire en instance. Les réunions plénières de la Commission constituent simplement un moyen formel de demander l'avis de collègues sur des questions de politique. En réalité, cette pratique est souhaitable à cause de l'importance d'avoir des décisions de la Commission très cohérentes. Le juge Osler a aussi fait remarquer que le système de procédure tripartite qu'impose la *Loi sur les relations de travail* rend nécessaire le recours aux réunions plénières de la Commission comme moyen de réaliser cette cohérence. Enfin, le juge Osler a statué que le dossier en l'espèce n'indique pas que, pendant la réunion contestée, on a présenté de nouveaux éléments de preuve ou fait valoir de nouvelles idées exigeant une réplique des parties. Les choix de politique possibles avaient tous été proposés par les parties pendant leurs plaidoiries et le président Adams dans sa décision et le commissaire Wightman dans sa dissidence n'avaient fait qu'adopter un de ces choix.

La Cour d'appel (1986), 56 O.R. (2d) 513, a accueilli à l'unanimité l'appel pour les motifs énoncés par le juge Osler dans sa dissidence. Le juge Cory (alors juge de la Cour d'appel) a ajouté que la Commission devrait respecter les conditions suivantes quand elle tient des réunions plénières au sujet de questions de politique, à la p. 517:

[TRADUCTION] Il faut souligner cependant, ce que les appelants ont reconnu, que si, pendant sa réunion plénière, la Commission examine de nouveaux éléments de preuve, il faut rappeler les deux parties, leur faire part des nouveaux éléments de preuve et leur donner entière possibilité de répliquer de la manière qu'elles jugent appropriée. En l'absence de tout nouvel élément de preuve, la preuve exposée dans l'avant-projet de décision doit être tenue pour avérée pour les fins de discussion à la réunion plénière de la Commission.

Comme dans toute procédure judiciaire ou quasi judiciaire, le banc ne doit pas fonder sa décision sur un moyen non soulevé à l'audience sans donner aux parties la possibilité de présenter leurs arguments. Il existe également une règle stricte selon laquelle, bien que le banc puisse recevoir des avis, aucun autre membre de la Commission ne peut participer à la décision finale.

It was therefore the view of the Court of Appeal that, while some precautions are necessary in the use of any formalized consultation process, the full board meeting procedure described by Chairman Adams does not violate any principle of natural justice.

III—Analysis

(a) Introduction

It is useful to begin with a summary of the arguments submitted by the parties. The appellant argues that the practice of holding full board meetings on policy issues constitutes a breach of a rule of natural justice appropriately referred to as “he who decides must hear”. According to the appellant’s version of this rule, a decision maker must not be placed in a situation where he can be “influenced” by persons who have not heard the evidence or the arguments. Thus, the appellant’s position is that panel members must be totally shielded from any discussion which may cause them to change their minds even if this change of opinion is honest, because the possibility of undue pressure by other Board members is too ominous to be compatible with principles of natural justice. The appellant also claims that full board meetings do not provide the parties with an adequate opportunity to answer arguments which may be voiced by Board members who have not heard the case.

It is important to note at the outset that the appellant’s arguments raise issues with respect to two important and distinct rules of natural justice. It has often been said that these rules can be separated in two categories, namely “that an adjudicator be disinterested and unbiased (*nemo judex in causa sua*) and that the parties be given adequate notice and opportunity to be heard (*audi alteram partem*)”: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 156; see also Pépin and Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at pp. 148-49. While the appellant does not claim that the panel was biased, it does claim that full board meetings may prevent a panel member from deciding the topic of discussion freely and independently

La Cour d’appel a donc été d’avis que, bien que certaines précautions s’imposent lorsqu’on a recours à un processus formel de consultation, la procédure de réunion plénière de la Commission décrite par le président Adams ne porte atteinte à aucun principe de justice naturelle.

III—Analyse

a) Introduction

Il convient de commencer par résumer les arguments des parties. L’appelante soutient que la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières sur des questions de politique viole la règle de justice naturelle dite «celui qui tranche une affaire doit l’avoir entendue». D’après l’interprétation que l’appelante donne à cette règle, un décideur ne doit pas se trouver dans une situation où il peut être «influencé» par des personnes qui n’ont pas entendu la preuve ni les plaidoiries. Donc, l’appelante soutient que les commissaires qui composent un banc doivent être totalement à l’abri de toute discussion qui pourrait les amener à changer d’avis, même si ce changement d’avis est sincère, parce que le risque de pression induite de la part des autres commissaires est trop grand pour être compatible avec les principes de justice naturelle. L’appelante soutient encore que les réunions plénières de la Commission ne fournissent pas aux parties une possibilité suffisante de répondre aux arguments que des commissaires qui n’ont pas entendu la preuve peuvent y faire valoir.

Il importe de souligner dès le début que les arguments de l’appelante soulèvent des questions relativement à deux règles importantes, mais distinctes, de justice naturelle. On a souvent dit que ces règles peuvent se répartir en deux catégories, savoir [TRADUCTION] «que le décideur doit être désintéressé et impartial (*nemo judex in causa sua*) et que les parties doivent recevoir un préavis suffisant et avoir la possibilité d’être entendues (*audi alteram partem*)»: Evans, *de Smith’s Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), à la p. 156; voir également Pépin et Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), aux pp. 148 et 149. Bien que l’appelante ne soutienne pas que le banc a été partial, elle soutient que les réunions plénières de la Commis-

from the opinions voiced at the meeting. Independence is an essential ingredient of the capacity to act fairly and judicially and any procedure or practice which unduly reduces this capacity must surely be contrary to the rules of natural justice.

The respondent union argues that the practice of holding full board meetings on important policy issues is one which is justified for the reasons set forth by Chairman Adams in the reconsideration decision quoted previously.

Before embarking on an analysis of these arguments, one should keep in mind the difference between a full board meeting and a full board hearing: a full board hearing is simply a normal hearing where representations are made by both parties in front of an enlarged panel comprised of all the members of the Board in the manner prescribed by s. 102 of the *Labour Relations Act*; on the other hand, a full board meeting does not entail representations by the parties since they are not invited to or even notified of the meeting. The procedure recommended by the McRuer Report is somewhat different in that it entails the presence of the parties at an informal meeting where they would have the right to answer the arguments raised by members of the Board. In this case, the parties have not made any arguments on the relative virtues of these procedures and have restricted their arguments to the legality of the full board meeting procedure in relation to the rules of natural justice.

I agree with the respondent union that the rules of natural justice must take into account the institutional constraints faced by an administrative tribunal. These tribunals are created to increase the efficiency of the administration of justice and are often called upon to handle heavy caseloads. It is unrealistic to expect an administrative tribunal such as the Board to abide strictly by the rules applicable to courts of law. In fact, it has long been recognized that the rules of natural justice do

sion peuvent empêcher un membre du banc de se prononcer sur le sujet des discussions de façon libre et indépendante des opinions exprimées lors de la réunion. L'indépendance est un élément essentiel de la capacité d'agir avec équité et de façon judiciaire et toute procédure ou pratique qui mine indûment cette capacité doit certainement être contraire aux règles de justice naturelle.

Le syndicat intimé soutient que la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières sur des questions de politique importantes est justifiée pour les motifs énoncés par le président Adams dans la décision relative à la demande de réexamen déjà citée.

Avant d'entreprendre l'analyse de ces arguments, il faut se rappeler la différence qui existe entre une réunion plénière de la Commission et une audience plénière de la Commission: une audience plénière de la Commission est tout simplement une audience normale au cours de laquelle les deux parties plaident devant un banc élargi composé de tous les membres de la Commission, de la manière prescrite par l'art. 102 de la *Loi sur les relations de travail*; par contre, une réunion plénière ne comporte pas de plaidoiries par les parties puisque celles-ci ne sont pas invitées à participer à la réunion, ni même avisées de sa tenue. La procédure que recommande le rapport McRuer est quelque peu différente parce qu'elle comporte la présence des parties à une réunion officieuse à laquelle celles-ci auraient le droit de répondre aux arguments soulevés par les commissaires. En l'espèce, les parties n'ont pas abordé le mérite relatif de ces procédures et ont limité leurs plaidoiries à la légalité de la procédure de réunions plénières de la Commission eu égard aux règles de justice naturelle.

Je suis d'accord avec le syndicat intimé que les règles de justice naturelle doivent tenir compte des contraintes institutionnelles auxquelles les tribunaux administratifs sont soumis. Ces tribunaux sont constitués pour favoriser l'efficacité de l'administration de la justice et doivent souvent s'occuper d'un grand nombre d'affaires. Il est irréaliste de s'attendre à ce qu'un tribunal administratif comme la Commission observe strictement toutes les règles applicables aux tribunaux judiciaires. De

not have a fixed content irrespective of the nature of the tribunal and of the institutional constraints it faces. This principle was reiterated by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

2. As a constituent of the autonomy it enjoys, the tribunal must observe natural justice which, as Harman L.J. said, [*Ridge v. Baldwin*, at p. 850] is only "fair play in action". In any particular case, the requirements of natural justice will depend on "the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject-matter which is being dealt with, and so forth": per Tucker L.J. in *Russell v. Duke of Norfolk*, at p. 118. To abrogate the rules of natural justice, express language or necessary implication must be found in the statutory instrument. [Emphasis added.]

The main issue is whether, given the importance of the policy issue at stake in this case and the necessity of maintaining a high degree of quality and coherence in Board decisions, the rules of natural justice allow a full board meeting to take place subject to the conditions outlined by the Court of Appeal and, if not, whether a procedure which allows the parties to be present, such as a full board hearing, is the only acceptable alternative. The advantages of the practice of holding full board meetings must be weighed against the disadvantages involved in holding discussions in the absence of the parties.

(b) *The Consequences of the Institutional Constraints Faced by the Board*

The *Labour Relations Act* has entrusted the Board with the responsibility of fostering harmonious labour relations through collective bargaining, as appears clearly in the preamble of the Act:

WHEREAS it is in the public interest of the Province of Ontario to further harmonious relations between employers and employees by encouraging the practice and procedure of collective bargaining between employers and trade unions as the freely designated representatives of employees.

fait, il est admis depuis longtemps que les règles de justice naturelle n'ont pas un contenu fixe sans égard à la nature du tribunal et aux contraintes institutionnelles auxquelles il est soumis. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a réitéré ce principe dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113:

2. En tant qu'élément constitutif de l'autonomie dont il jouit, le tribunal doit respecter la justice naturelle qui, comme l'a dit le lord juge Harman [dans] *Ridge v. Baldwin*, à la p. 850, équivaut simplement [TRADUCTION] «à jouer franc jeu». Dans chaque cas, les exigences de la justice naturelle varient selon [TRADUCTION] «les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.». le lord juge Tucker dans *Russell v. Duke of Norfolk*, à la p. 118. Les règles de justice naturelle ne peuvent être abrogées que par un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens. [Je souligne.]

La question principale est de savoir si, vu l'importance de la question de politique en cause en l'espèce et la nécessité de maintenir un niveau élevé de qualité et de cohérence dans les décisions de la Commission, les règles de justice naturelle permettent la tenue d'une réunion plénière de la Commission sous réserve des conditions exposées par la Cour d'appel et, dans la négative, si une procédure qui permet aux parties d'être présentes, telle une audience plénière de la Commission, est la seule autre solution acceptable. Il faut sopeser les avantages de la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières en regard des inconvénients que comporte la tenue de débats en l'absence des parties.

b) *Les conséquences des contraintes institutionnelles auxquelles la Commission est soumise*

La *Loi sur les relations de travail* confie à la Commission la responsabilité de faciliter les bonnes relations de travail par la négociation collective, comme le stipule expressément le préambule de la Loi:

ATTENDU qu'il est dans l'intérêt public de la province de l'Ontario de faciliter les bonnes relations entre employeurs et employés en favorisant le recours à la négociation collective entre les employeurs et les syndicats à titre de représentants librement choisis des employés.

The Board has been granted the powers thought necessary to achieve this task, not the least of which is the power to decide in a final and conclusive manner all matters which fall within its jurisdiction: s. 106(1) of the *Labour Relations Act*. As was stated by Chairman Adams in his reconsideration decision, the Board has also been given very broad discretionary powers as is the case with the power to determine what constitutes "bargaining in good faith" (s. 15).

The immensity of the task entrusted to the Board should not be underestimated. As Chairman Adams wrote in the reconsideration decision, the Board had a caseload of 3189 cases to handle in 1982-83 and employed 12 full-time chairman and vice-chairmen, 4 part-time vice-chairmen, 10 full-time Board members representing labour and management as well as another 22 part-time Board members to hear and decide those cases. The Board's full-time chairman and vice-chairmen have an average caseload of 266 cases per year. Moreover, the tripartite nature of the Board makes it necessary to have an equal representation from management and labour unions on each panel as appears clearly from s. 102 of the *Labour Relations Act*:

102.—(1) The Ontario Labour Relations Board is continued.

(2) The Board shall be composed of a chairman, one or more vice-chairmen and as many members equal in number representative of employers and employees respectively as the Lieutenant Governor in Council considers proper, all of whom shall be appointed by the Lieutenant Governor in Council.

(9) The chairman or a vice-chairman, one member representative of employers and one member representative of employees constitute a quorum and are sufficient for the exercise of all the jurisdiction and powers of the Board.

(11) The decision of the majority of the members of the Board present and constituting a quorum is the

La Commission a reçu, en vertu du par. 106(1) de la *Loi sur les relations de travail*, les pouvoirs jugés nécessaires pour accomplir cette tâche dont celui, qui n'est pas le moindre, de rendre, au sujet de toute question qui relève de sa compétence, des décisions finales et définitives. Comme l'affirme le président Adams dans sa décision sur la demande de réexamen, la Commission a aussi reçu des pouvoirs discrétionnaires très étendus, notamment celui de déterminer ce que comporte une «négociation de bonne foi» (art. 15).

Il ne faut pas sous-estimer l'ampleur de la tâche assignée à la Commission. Comme le président Adams l'a écrit dans la décision relative à la demande de réexamen, la Commission a eu 3 189 affaires à traiter durant l'exercice 1982-1983 et elle comptait, outre le président, 11 vice-présidents à plein temps, 4 vice-présidents à temps partiel, 10 commissaires permanents représentant les employés et les employeurs ainsi que 22 autres commissaires à temps partiel pour entendre et trancher ces affaires. Le président et les vice-présidents à plein temps ont en moyenne 266 affaires par année à entendre. De plus, la nature tripartite de la Commission fait en sorte qu'elle doit compter un nombre égal de représentants des employeurs et des syndicats sur chaque banc, comme le stipule clairement l'art. 102 de la *Loi sur les relations de travail*:

102 (1) La Commission des relations de travail de l'Ontario demeure en fonction.

(2) La Commission se compose d'un président, d'un ou plusieurs vice-présidents et des autres membres répartis en un nombre égal de représentants des employeurs et de représentants des employés que le lieutenant-gouverneur en conseil juge nécessaires. Ces personnes sont nommées par le lieutenant-gouverneur en conseil.

(9) Le président ou un vice-président, un membre représentant les employeurs et un membre représentant les employés constituent le quorum et peuvent exercer les attributions de la Commission.

(11) La décision de la majorité des membres de la Commission présents qui constitue le quorum est la

decision of the Board, but, if there is no majority, the decision of the chairman or vice-chairman governs.

décision de la Commission. Si aucune majorité ne se dégage, le président ou le vice-président a voix prépondérante.

The rules governing the quorum of any panel of the Board are especially suited for panels of three although they do not appear to prevent the formation of a larger panel. However, even if the *Labour Relations Act* allows full board hearings, such a procedure would not necessarily be practical every time an important policy issue is at stake.

a Les règles régissant le quorum d'un banc de la Commission conviennent particulièrement bien à des bancs de trois personnes même si elles ne paraissent pas interdire la constitution de bancs composés d'un plus grand nombre de commissaires. Cependant, même si la *Loi sur les relations de travail* autorise les audiences plénières de la Commission, une telle procédure ne serait pas forcément pratique dans tous les cas où il se présente une question de politique importante.

Indeed, it is apparent from the size of the Board's caseload and from the number of persons which would sit on such an enlarged panel that holding full board hearings is a highly impractical way of solving important policy issues. Furthermore, the difficulties involved in setting up a panel comprised of an equal number of management and labour representatives and in scheduling such a meeting are also obvious when one takes into consideration the large number of Board members who would have to be present. In fact, one wonders whether it is really possible to call a full board hearing every time an important policy issue arises. The solution proposed in the *McRuer Report*, i.e., allowing the parties to be present and to answer the arguments made at the meeting, would entail similar difficulties since their presence would necessitate some formal procedure and involve organizational difficulties as well.

c En réalité, il ressort manifestement du nombre d'affaires soumises à la Commission et du nombre de personnes qui participeraient à ces bancs élargis que la tenue d'audiences plénières de la Commission constitue une façon très peu pratique de résoudre des questions de politique importantes. De plus, les difficultés que présenteraient la constitution d'un banc composé d'un nombre égal de représentants des employeurs et des employés et la fixation de la date de cette réunion ressortent clairement si on considère le grand nombre de commissaires qui devraient être présents. En fait, on se demande même s'il est vraiment possible de convoquer une audience plénière de la Commission chaque fois qu'il y a une importante question de politique à débattre. La solution préconisée dans le rapport *McRuer*, c'est-à-dire celle d'autoriser les parties à assister à la réunion et à répliquer aux arguments qui y sont avancés, comporterait des difficultés semblables puisque la présence des parties exigerait une procédure formelle quelconque et susciterait aussi des difficultés d'organisation.

The first rationale behind the need to hold full board meetings on important policy issues is the importance of benefiting from the acquired experience of all the members, chairman and vice-chairmen of the Board. Moreover, the tripartite nature of the Board makes it even more imperative to promote exchanges of opinions between management and union representatives. As was pointed out clearly by Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, the primary purpose of the creation of

h La première raison pour laquelle il est nécessaire de tenir des réunions plénières de la Commission au sujet des questions de politique majeures tient à l'importance de bénéficier de l'expérience acquise de tous les commissaires, y compris le président et les vice-présidents de la Commission. De plus, la nature tripartite de la Commission rend encore plus impérieux de favoriser les échanges d'avis entre les représentants des employeurs et ceux des syndicats. Comme le souligne clairement le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique*,

administrative bodies such as the Ontario Labour Relations Board is to confer a wide jurisdiction to solve labour disputes on those who are best able, in light of their experience, to provide satisfactory solutions to these disputes, at pp. 235-36:

Section 101 constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The rules of natural justice should not discourage administrative bodies from taking advantage of the accumulated experience of its members. On the contrary, the rules of natural justice should in their application reconcile the characteristics and exigencies of decision making by specialized tribunals with the procedural rights of the parties.

The second rationale for the practice of holding full board meetings is the fact that the large number of persons who participate in Board decisions creates the possibility that different panels will decide similar issues in a different manner. It is obvious that coherence in administrative decision making must be fostered. The outcome of disputes should not depend on the identity of the persons sitting on the panel for this result would be [TRANSLATION] "difficult to reconcile with the notion of equality before the law, which is one of the main corollaries of the rule of law, and perhaps also the most intelligible one": Morissette, *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et synthèse* (1986), 16 R.D.U.S. 591, at p.

section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227, aux pp. 235 et 236, le but premier de la constitution des organismes administratifs comme la Commission des relations de travail de l'Ontario est d'attribuer une compétence générale pour régler les différends du travail à ceux qui sont le plus en mesure, à cause de leur expérience, de trouver des solutions satisfaisantes à ces différends:

L'article 101 révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Les règles de justice naturelle ne devraient pas dissuader les organismes administratifs de tirer profit de l'expérience acquise par leurs membres. Au contraire, les règles de justice naturelle devraient, par leur application, concilier les caractéristiques et les exigences du processus décisionnel des tribunaux spécialisés avec les droits des parties en matière de procédure.

La seconde raison d'être de la pratique de tenir des réunions plénières de la Commission tient au fait que le grand nombre de personnes qui participent aux décisions de la Commission crée un risque que des bancs différents rendent des décisions divergentes sur des questions semblables. Il est évident qu'il faut favoriser la cohérence des décisions rendues en matière administrative. L'issue des litiges ne devrait pas dépendre de l'identité des personnes qui composent le banc puisque ce résultat serait «difficile à concilier avec la notion d'égalité devant la loi, l'un des principaux corollaires de la primauté du droit, et peut-être aussi le plus intelligible»: Morissette, *Le contrôle de la compétence d'attribution: thèse, antithèse et syn-*

632. Given the large number of decisions rendered in the field of labour law, the Board is justified in taking appropriate measures to ensure that conflicting results are not inadvertently reached in similar cases. The fact that the Board's decisions are protected by a privative clause (s. 108) makes it even more imperative to take measures such as full board meetings in order to avoid such conflicting results. At the same time, the decision of one panel cannot bind another panel and the measures taken by the Board to foster coherence in its decision making must not compromise any panel member's capacity to decide in accordance with his conscience and opinions.

A full board meeting is a forum for discussion which, in Cory J.A.'s words (as he then was) is "no more than an amplification of the research of the hearing panel carried out before they delivered their decision" (at p. 517). Like many other judicial practices, however, full board meetings entail some imperfections, especially with respect to the opportunity to be heard and the judicial independence of the decision maker, as is correctly pointed out by Professors Blache and Comtois in "La décision institutionnelle" (1986), 16 *R.D.U.S.* 645, at pp. 707-8:

[TRANSLATION] There are advantages and disadvantages to institutionalizing the decision-making process. The main advantages with which it is credited are increasing the efficiency of the organization as well as the quality and consistency of decisions. It is felt that institutional decisions tend to promote the equal treatment of individuals in similar circumstances, increase the likelihood of better quality decisions and lead to a better allocation of resources. Against this it is feared that institutionalization creates a danger of the introduction, without the parties' knowledge, of evidence and ideas obtained extraneously and reduces the decision maker's personal responsibility for the decision to be made.

The question before this Court is whether the disadvantages involved in this practice are sufficiently important to warrant a holding that it

thèse (1986), 16 *R.D.U.S.* 591, à la p. 632. Vu le grand nombre de décisions rendues en matière de droit du travail, la Commission est justifiée de prendre les mesures nécessaires pour éviter d'arriver, par inadvertance, à des solutions différentes dans des affaires semblables. Puisque les décisions de la Commission sont protégées par une clause privative (l'art. 108), il est encore plus impérieux de recourir à des mesures comme les réunions plénières de la Commission pour éviter ces solutions incompatibles. En même temps, la décision d'un banc ne saurait lier un autre banc et les mesures prises par la Commission pour favoriser la cohérence de ses décisions ne doivent pas entraver la capacité de chacun des membres d'un banc de décider selon sa conscience et ses opinions.

Une réunion plénière de la Commission est un lieu de discussion qui, selon l'expression du juge Cory (alors juge de la Cour d'appel,) ne constitue [TRADUCTION] «rien de plus qu'un approfondissement de la recherche à laquelle procède le banc qui entend une affaire avant de rendre sa décision» (à la p. 517). Cependant, comme bien d'autres pratiques judiciaires, les réunions plénières de la Commission comportent certaines imperfections, notamment en ce qui concerne la possibilité pour les parties d'être entendues et l'indépendance du décideur, comme le soulignent avec justesse les professeurs Blache et Comtois dans «La décision institutionnelle» (1986), 16 *R.D.U.S.* 645, aux pp. 707 et 708:

L'institutionnalisation du processus décisionnel présente des avantages et des inconvénients. Les principaux avantages qui lui sont imputés sont d'accroître l'efficacité de l'organisme ainsi que la cohérence et la qualité des décisions. La décision institutionnelle est, croit-on, susceptible de favoriser l'égalité de traitement d'individus se trouvant dans des situation similaires, de maximiser la possibilité de rendre des décisions d'une qualité supérieure, et de favoriser une meilleure affectation des ressources. On craint par contre que l'institutionnalisation ne risque d'encourager l'introduction, à l'insu des parties, de preuve et d'idées obtenues hors instance et d'entraîner la diminution de la responsabilité personnelle du décideur face à la décision à rendre.

La question dont est saisie notre Cour est de savoir si les inconvénients que cette pratique comporte sont assez importants pour conclure qu'elle consti-

constitutes a breach of the rules of natural justice or whether full board meetings are consistent with these rules provided that certain safeguards be observed.

(c) *The Judicial Independence of Panel Members in the Context of a Full Board Meeting*

The appellant argues that persons who did not hear the evidence or the submissions of the parties should not be in a position to "influence" those who will ultimately participate in the decision, i.e., vote for one side or the other. The appellant cites the following authorities in support of its argument: *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344, at p. 351; *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698, at pp. 715 and 717; *Re Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons* (1969), 11 D.L.R. (3d) 148 (Ont. H.C.), at pp. 161-64; *Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario* (1970), 15 D.L.R. (3d) 385 (Ont. H.C.), at pp. 394-95; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378 (Ont. C.A.), at pp. 382-83; *Regina v. Committee on Works of Halifax City Council* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45 (N.S.S.C.), at pp. 53-55; *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, at p. 594; *Re Rogers* (1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 484 (P.E.I.S.C.), at p. 499; *Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission*, [1985] 1 F.C. 362 (C.A.), at p. 371; *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, Report No. 3, c. 124, at pp. 2004-5. In all those decisions with the exception of *Re Rogers*, some of the members of the panel which rendered the impugned decision had not heard all the evidence or all the representations of the parties; their vote was cast even though some of the members of these panels did not have the benefit of assessing the credibility of the witnesses or the validity of the factual and legal arguments. I agree that, as a general rule, the members of a panel who actually participate in the decision must have heard all the evidence as well as all the arguments presented by the parties and in this respect I adopt Pratte J.'s words in *Doyle v. Restrictive Trade Practices Commission*, *supra*, at pp. 368-69:

tue une violation des règles de justice naturelle ou si les réunions plénières de la Commission sont conformes à ces règles pourvu que certaines garanties soient respectées.

c) *L'indépendance judiciaire des membres d'un banc dans le contexte d'une réunion plénière de la Commission*

L'appelante soutient que les personnes qui n'ont pas entendu la preuve ou les plaidoiries des parties ne doivent pas être en mesure d'influencer celles qui, en fin de compte, participeront à la décision, c'est-à-dire de se prononcer en faveur d'un côté ou de l'autre. L'appelante cite les décisions suivantes pour étayer son argumentation: *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344, à la p. 351; *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, [1929] 1 K.B. 698, aux pp. 715 et 717; *Re Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons* (1969), 11 D.L.R. (3d) 148 (H.C. Ont.), aux pp. 161 à 164; *Regina v. Broker-Dealers' Association of Ontario* (1970), 15 D.L.R. (3d) 385 (H.C. Ont.), aux pp. 394 et 395; *Re Ramm* (1957), 7 D.L.R. (2d) 378 (C.A. Ont.), aux pp. 382 et 383; *Regina v. Committee on Works of Halifax City Council* (1962), 34 D.L.R. (2d) 45 (C.S.N.-É.), aux pp. 53 à 55; *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577, à la p. 594; *Re Rogers* (1978), 20 Nfld. & P.E.I.R. 489 (C.S.I.-P.-É.) à la p. 499; *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, [1985] 1 C.F. 362 (C.A.), à la p. 371; *Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 5, rapport n° 3, ch. 124, aux pp. 2004 et 2005. Dans toutes ces décisions, sauf *Re Rogers*, certains des membres du banc qui avait rendu la décision contestée n'avaient pas entendu la totalité de la preuve ou des plaidoiries des parties; ils avaient participé au vote même s'ils n'avaient pas été en mesure d'évaluer la crédibilité des témoins ou les arguments factuels et juridiques. Je reconnais qu'en règle générale les membres d'un banc qui participent effectivement à une décision doivent avoir entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries soumises par les parties et, à cet égard, je fais miens les propos tenus par le juge Pratte dans l'arrêt *Doyle c. Commission sur les pratiques restrictives du commerce*, précité, aux pp. 368 et 369:

The important issue is whether the maxim "he who decides must hear" invoked by the applicant should be applied here.

This maxim expresses a well-known rule according to which, where a tribunal is responsible for hearing and deciding a case, only those members of the tribunal who heard the case may take part in the decision. It has sometimes been said that this rule is a corollary of the *audi alteram partem* rule. This is true to the extent a litigant is not truly "heard" unless he is heard by the person who will be deciding his case.... This having been said, it must be realized that the rule "he who decides must hear", important though it may be, is based on the legislator's supposed intentions. It therefore does not apply where this is expressly stated to be the case; nor does it apply where a review of all the provisions governing the activities of a tribunal leads to the conclusion that the legislator could not have intended them to apply. Where the rule does apply to a tribunal, finally, it requires that all members of the tribunal who take part in a decision must have heard the evidence and the representations of the parties in the manner in which the law requires that they be heard.

In that case, one of the issues was whether it was sufficient for the members of the panel who had not heard the evidence to read the transcripts and this question was answered in the negative in light of the relevant statutory provisions. In this case, however, the members of the panel who participated in the impugned decision, i.e., Chairman Adams and Messrs. Wightman and Lee, heard all the evidence and all the arguments. It follows that the cases cited by the appellant cannot support its argument, nor can the presence of other Board members at the full board meeting amount to "participation" in the final decision even though their contribution to the discussions which took place at that meeting can be seen as a "participation" in the decision-making process in the widest sense of that expression.

However, the appellant claims that the following extract from the reasons of Romer J. in *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, *supra*, constitutes the basis of a rule whereby decision makers who have heard all the evidence and representations should not be influenced by persons who have not, at p. 717:

Ce qui importe, c'est de savoir s'il y a lieu d'appliquer ici la maxime «*he who decides must hear*» qu'invoque le requérant.

Cette maxime exprime une règle bien connue suivant laquelle, lorsque la loi charge un tribunal d'entendre et décider une affaire, seuls les membres du tribunal qui ont entendu l'affaire peuvent participer à la décision. On a parfois dit que cette règle exprimait une conséquence de la règle *audi alteram partem*. Cela est vrai dans la mesure où un justiciable n'est vraiment «entendu» que s'il est entendu par celui qui décidera sa cause. [...] Ceci dit, il faut voir que la règle «*he who decides must hear*», si importante qu'elle soit, est fondée sur la volonté présumée du législateur. Elle ne s'applique donc pas lorsque le législateur en a expressément écarté l'application; elle ne s'applique pas non plus lorsque l'étude de l'ensemble des dispositions régissant l'activité d'un tribunal conduit à croire que le législateur n'a pas dû vouloir qu'elle s'y applique. Enfin, lorsque la règle s'applique à un tribunal, elle exige que tous les membres de ce tribunal qui participent à une décision aient entendu la preuve et les représentations des parties de la façon que la loi veut qu'elles soient entendues.

Dans cette affaire, l'une des questions à trancher était de savoir s'il suffisait que les membres du banc qui n'avaient pas entendu la preuve lisent la transcription sténographique des audiences, ce à quoi on a répondu par la négative en raison des dispositions législatives applicables. En l'espèce cependant, les membres du banc qui ont participé à la décision contestée, c'est-à-dire le président Adams et les commissaires Wightman et Lee, ont entendu toute la preuve et toutes les plaidoiries. Il s'ensuit que les décisions citées par l'appelante ne peuvent étayer son argumentation et la présence d'autres commissaires à la réunion plénière de la Commission ne peut pas non plus équivaloir à une «participation» à la décision finale, même si l'on peut considérer leur apport aux discussions qui s'y sont déroulées comme une «participation» au processus décisionnel au sens le plus large du terme.

Cependant, l'appelante soutient que le passage suivant des motifs du juge Romer dans l'arrêt *The King v. Huntingdon Confirming Authority*, précité, à la p. 717, constitue le fondement de la règle en vertu de laquelle le décideur qui a entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries ne doit pas être influencé par des personnes qui ne l'ont pas fait:

Further, I would merely like to point this out: that at that meeting of May 16 there were present three justices who had never heard the evidence that had been given on oath on April 25. There was a division of opinion. The resolution in favour of confirmation was carried by eight to two, and it is at least possible that that majority was induced to vote in the way it did by the eloquence of those members who had not been present on April 25, to whom the facts were entirely unknown. [Emphasis added.]

Thus, Romer J. was of the opinion that the influence of those who did not hear the evidence could go beyond their vote and that this influence constituted a denial of natural justice. Following that reasoning, it was held in *Re Rogers* that the presence of a person who heard neither the evidence nor the representations at one of the meetings where a quorum of the Prince Edward Island Land Use Commission was deliberating invalidated the decision of the Commission even though that person did not vote on the matter. The opposite result was reached in *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673 (Ont. C.A.), where it was held that the presence of Board members who neither heard the evidence nor voted on the matter did not invalidate the Board's decision, at p. 675.

I am unable to agree with the proposition that any discussion with a person who has not heard the evidence necessarily vitiates the resulting decision because this discussion might "influence" the decision maker. In this respect, I adopt Meredith C.J.C.P.'s words in *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656 (C.A.), at p. 659:

The Board is composed of persons occupying positions analogous to those of judges rather than of arbitrators merely; and it is not suggested that they heard any evidence behind the back of either party; the most that can be said is that they—that is, those members of the Board who heard the evidence and made the award—allowed another member of the Board, who had not heard the evidence, or taken part in the inquiry before, to read the evidence and to express some of his views regarding the case to them. . . . [B]ut it is only fair to add that if every Judge's judgment were vitiated because

[TRADUCTION] De plus, j'aimerais simplement souligner ceci: à cette réunion du 16 mai, il y avait trois juges qui n'avaient pas entendu la preuve présentée sous serment le 25 avril. Il y a eu partage d'opinions. La résolution en faveur de confirmer a été adoptée à huit voix contre deux et il est à tout le moins possible que la majorité ait été amenée à se prononcer comme elle l'a fait en raison de l'éloquence des membres qui avaient été absents le 25 avril et qui ignoraient absolument tout des faits. [Je souligne.]

Le juge Romer a donc été d'avis que l'influence de ceux qui n'avaient pas entendu la preuve pouvait aller au-delà de leur vote et que cette influence a constitué un déni de justice naturelle. On a jugé, en suivant ce raisonnement dans l'arrêt *Re Rogers*, que la présence d'une personne qui n'a entendu ni la preuve ni les plaidoiries à l'une des réunions de délibérations de la Land Use Commission de l'Île-du-Prince-Édouard où il y avait quorum avait pour effet d'invalider la décision de la Commission même si cette personne n'avait pas voté sur la question. On est arrivé au résultat contraire dans l'arrêt *Underwater Gas Developers Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (1960), 24 D.L.R. (2d) 673 (C.A. Ont.), où on statue, à la p. 675, que la présence de commissaires qui n'ont ni entendu la preuve ni voté sur la question n'a pas pour effet d'invalider la décision de la Commission.

Je ne puis souscrire à l'affirmation portant que toute discussion avec une personne qui n'a pas entendu la preuve entache forcément de nullité la décision qui s'ensuit parce que la discussion est susceptible d'"influencer" le décideur. À cet égard, je fais miens les propos du juge en chef Meredith dans l'arrêt *Re Toronto and Hamilton Highway Commission and Crabb* (1916), 37 O.L.R. 656 (C.A.), à la p. 659:

[TRADUCTION] La Commission se compose de personnes qui occupent des postes qui ressemblent à un poste de juge plutôt qu'à un poste de simple arbitre; personne ne prétend qu'ils ont entendu quelque élément de preuve à l'insu de l'une ou l'autre des parties; tout ce qu'on peut dire c'est qu'ils, à savoir les commissaires qui ont entendu la preuve et rendu la décision, ont permis à un autre commissaire qui n'avait pas entendu la preuve ni participé à l'enquête auparavant, d'en lire la transcription et de leur exprimer certaines de ses vues sur la cause. . . . [M]ais, il convient d'ajouter que si toutes les

he discussed the case with some other Judge a good many judgments existing as valid and unimpeachable ought to fall; and that if such discussions were prohibited many more judgments might fall in an appellate Court because of a defect which must have been detected if the subject had been so discussed. [Emphasis added.]

The appellant's main argument against the practice of holding full board meetings is that these meetings can be used to fetter the independence of the panel members. Judicial independence is a long standing principle of our constitutional law which is also part of the rules of natural justice even in the absence of constitutional protection. It is useful to define this concept before discussing the effect of full board meetings on panel members. In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, Dickson C.J. described the "accepted core of the principle of judicial independence" as a complete liberty to decide a given case in accordance with one's conscience and opinions without interference from other persons, including judges, at p. 69:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence.

See also *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 686-87, and Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, at p. 48.

It is obvious that no outside interference may be used to compel or pressure a decision maker to participate in discussions on policy issues raised by a case on which he must render a decision. It also goes without saying that a formalized consultation process could not be used to force or induce decision makers to adopt positions with which they do

décisions d'un juge étaient entachées de nullité parce qu'il a discuté de l'affaire avec un autre juge, il faudrait invalider un grand nombre de jugements considérés comme valides et inattaquables, et que si ces discussions étaient prohibées, encore plus de jugements pourraient être infirmés en Cour d'appel à cause du vice qu'il faudrait constater si le sujet avait été ainsi discuté. [Je souligne.]

Dans son principal argument à l'encontre de la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières, l'appelante soutient que ces réunions peuvent servir à diminuer l'indépendance des membres du banc. L'indépendance des juges est un principe reconnu depuis longtemps dans notre droit constitutionnel; elle fait également partie des règles de justice naturelle même en l'absence de protection constitutionnelle. Il est utile de définir cette notion avant d'aborder l'effet des réunions plénières de la Commission sur les membres d'un banc. Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, le juge en chef Dickson définit «ce qui a ... été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire», comme la liberté complète de juger une affaire donnée selon sa conscience et ses opinions, sans l'intervention d'autres personnes, y compris de juges, à la p. 69:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire.

Voir également *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux pp. 686 et 687, et Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, à la p. 48.

Il est évident qu'aucune ingérence extérieure ne peut être pratiquée pour forcer ou contraindre un décideur à participer à des discussions au sujet de questions de politique soulevées par une affaire sur laquelle il doit statuer. Il va de soi aussi qu'on ne peut recourir à aucun mécanisme formel de consultation pour forcer ou inciter un décideur à

not agree. Nevertheless, discussions with colleagues do not constitute, in and of themselves, infringements on the panel members' capacity to decide the issues at stake independently. A discussion does not prevent a decision maker from adjudicating in accordance with his own conscience and opinions nor does it constitute an obstacle to this freedom. Whatever discussion may take place, the ultimate decision will be that of the decision maker for which he assumes full responsibility.

The essential difference between full board meetings and informal discussions with colleagues is the possibility that moral suasion may be felt by the members of the panel if their opinions are not shared by other Board members, the chairman or vice-chairmen. However, decision makers are entitled to change their minds whether this change of mind is the result of discussions with colleagues or the result of their own reflection on the matter. A decision maker may also be swayed by the opinion of the majority of his colleagues in the interest of adjudicative coherence since this is a relevant criterion to be taken into consideration even when the decision maker is not bound by any *stare decisis* rule.

It follows that the relevant issue in this case is not whether the practice of holding full board meetings can cause panel members to change their minds but whether this practice impinges on the ability of panel members to decide according to their opinions. There is nothing in the *Labour Relations Act* which gives either the chairman, the vice-chairmen or other Board members the power to impose his opinion on any other Board member. However, this *de jure* situation must not be thwarted by procedures which may effectively compel or induce panel members to decide against their own conscience and opinions.

It is pointed out that "justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done": see *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259. This maxim applies whenever the circumstances create the danger of an injustice, for example when there is a reason-

adopter un point de vue qu'il ne partage pas. Cependant, les discussions avec des collègues ne constituent pas en soi une atteinte à la capacité des membres d'un banc de trancher les questions en litige de manière indépendante. Une discussion n'empêche pas un décideur de juger selon ses propres conscience et opinions, pas plus qu'elle ne constitue une entrave à sa liberté. Quelles que soient les discussions qui peuvent avoir lieu, la décision ultime appartient au décideur et il en assume la responsabilité entière.

La différence fondamentale entre les réunions plénières de la Commission et les discussions informelles entre collègues tient à la pression morale que les membres du banc peuvent ressentir si les autres commissaires, le président ou les vice-présidents ne partagent pas leur avis. Cependant, les décideurs ont le droit de changer d'avis, peu importe que ce soit à la suite de discussions avec des collègues ou de leur propre réflexion sur le sujet. L'opinion de la majorité de ses collègues peut également amener un décideur à changer d'avis par souci de cohérence de la jurisprudence puisqu'il s'agit d'un critère légitime qui doit être pris en considération, même si le décideur n'est lié par aucune règle de *stare decisis*.

Il s'ensuit que la question qu'il faut se poser en l'espèce est non pas de savoir si la pratique des réunions plénières de la Commission peut amener les membres d'un banc à changer d'avis, mais plutôt de savoir si cette pratique entrave la capacité des membres de ce banc de statuer selon leurs opinions. Il n'y a rien dans la *Loi sur les relations de travail* qui autorise le président, les vice-présidents ou les autres commissaires à imposer leur avis à quelque autre commissaire. Cependant, cette situation de droit ne doit pas être contrecarée par des procédures qui peuvent avoir pour effet de forcer ou d'inciter des membres d'un banc à statuer à l'encontre de leurs propres conscience et opinions.

On souligne qu'il est essentiel [TRADUCTION] «que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue»: voir *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259. Cette maxime s'applique chaque fois que les circonstances créent un risque

able apprehension of bias, even if the decision maker has completely disregarded these circumstances. However, in my opinion and for the reasons which follow, the danger that full board meetings may fetter the judicial independence of panel members is not sufficiently present to give rise to a reasonable apprehension of bias or lack of independence within the meaning of the test stated by this Court in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, reaffirmed and applied as the criteria for judicial independence in *Valente v. The Queen*, *supra*, at p. 684:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—concluded ..."

See also p. 689.

A full board meeting set up in accordance with the procedure described by Chairman Adams is not imposed: it is called at the request of the hearing panel or any of its members. It is carefully designed to foster discussion without trying to verify whether a consensus has been reached: no minutes are kept, no votes are taken, attendance is voluntary and presence at the full board meeting is not recorded. The decision is left entirely to the hearing panel. It cannot be said that this practice is meant to convey to panel members the message that the opinion of the majority of the Board members present has to be followed. On the other hand, it is true that a consensus can be measured without a vote and that this institutionalization of the consultation process carries with it a potential for greater influence on the panel members. However, the criteria for independence is not absence of influence but rather the freedom to decide according to one's own conscience and opinions. In fact, the record shows that each panel member held to his own opinion since Mr. Wightman dissented and Mr. Lee only concurred in part with Chairman Adams. It is my opinion, in agreement with the Court of Appeal, that the full board

d'injustice, par exemple, quand il existe une crainte raisonnable de partialité, même si le décideur n'a pas du tout tenu compte de ces circonstances. Cependant, pour les motifs ci-après, je suis d'avis que le risque que les réunions plénières de la Commission diminuent l'indépendance judiciaire des membres du banc n'est pas suffisant pour susciter une crainte raisonnable de partialité ou d'un manque d'indépendance au sens du critère formulé par notre Cour dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, lequel a été confirmé et appliqué à titre de critère d'indépendance judiciaire dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, précité, à la p. 684:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique ...»

Voir aussi à la p. 689.

La réunion plénière de la Commission tenue conformément à la procédure décrite par le président Adams n'est pas imposée, elle est convoquée à la demande du banc qui a entendu l'affaire ou par l'un de ses membres. Elle est soigneusement organisée pour favoriser la discussion sans qu'il y ait tentative de vérifier s'il y a consensus; il n'est pas dressé de procès-verbal, le vote n'y est pas pris, la présence à la réunion est facultative et les présences n'y sont pas prises. La décision revient entièrement au banc qui a entendu l'affaire. On ne saurait dire que cette pratique vise à signaler aux membres du banc qu'il faut se conformer à l'avis de la majorité des commissaires présents. Par ailleurs, il est vrai qu'il est possible de vérifier s'il y a consensus sans recourir à un vote et que cette institutionnalisation du processus de consultation comporte un risque d'influence plus prononcée sur les membres du banc. Cependant, le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions. En fait, le dossier démontre que chacun des membres du banc s'en est tenu à son opinion puisque M. Wightman a été dissident et que M. Lee n'a souscrit qu'en partie à l'avis du

meeting was an important element of a legitimate consultation process and not a participation in the decision of persons who had not heard the parties. The Board's practice of holding full board meetings or the full board meeting held on September 23, 1983 would not be perceived by an informed person viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—as having breached his right to a decision reached by an independent tribunal thereby infringing this principle of natural justice.

(d) *Full Board Meetings and the Audi Alteram Partem Rule*

Full board meetings held on an *ex parte* basis do entail some disadvantages from the point of view of the *audi alteram partem* rule because the parties are not aware of what is said at those meetings and do not have an opportunity to reply to new arguments made by the persons present at the meeting. In addition, there is always the danger that the persons present at the meeting may discuss the evidence.

For the purpose of the application of the *audi alteram partem* rule, a distinction must be drawn between discussions on factual matters and discussions on legal or policy issues. In every decision, panel members must determine what the facts are, what legal standards apply to those facts and, finally, they must assess the evidence in accordance with these legal standards. In this case, for example, the Board had to determine which events led to the decision to close the Hamilton plant and, in turn, decide whether the appellant had failed to bargain in good faith by not informing of an impending plant closing either on the basis that a “*de facto* decision” had been taken or on some other basis. The determination and assessment of facts are delicate tasks which turn on the credibility of the witnesses and an overall evaluation of the relevancy of all the information presented as evidence. As a general rule, these tasks cannot be properly performed by persons who have not heard all the evidence and the rules of natural justice do not allow such persons to vote on the result. Their

président Adams. J'estime, à l'instar de la Cour d'appel, que la réunion plénière de la Commission a constitué un élément important du processus légitime de consultation, mais non une participation à la décision par des personnes qui n'avaient pas entendu les parties. Une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, ne percevrait pas la pratique de la Commission de tenir des réunions plénières ou la réunion plénière de la Commission tenue le 23 septembre 1983 comme une atteinte à son droit d'obtenir une décision d'un tribunal indépendant et ainsi comme une violation de ce principe de justice naturelle.

d) *Les réunions plénières de la Commission et la règle audi alteram partem*

Les réunions plénières de la Commission tenues *ex parte* comportent certains inconvénients sur le plan de la règle *audi alteram partem* parce que les parties ne savent pas ce qui a été dit à ces réunions et n'ont pas la possibilité de répliquer aux nouveaux arguments soumis par les personnes qui y ont assisté. De plus, il y a toujours le risque que les personnes présentes à la réunion discutent de la preuve.

Aux fins de l'application de la règle *audi alteram partem*, il faut distinguer les discussions portant sur des questions de fait et celles portant sur des questions de droit ou de politique. Dans toute décision, les membres du banc doivent établir les faits, les normes juridiques à appliquer à ces faits et, enfin, il doivent évaluer la preuve conformément à ces normes juridiques. En l'espèce, par exemple, la Commission devait déterminer quels événements avaient donné lieu à la décision de fermer l'usine de Hamilton, pour ensuite décider si l'appelant avait omis de négocier de bonne foi en n'informant pas de la fermeture prochaine de l'usine, pour le motif qu'une décision “*de facto*” avait été prise en ce sens ou pour un autre motif. La détermination et l'évaluation des faits sont des tâches délicates qui dépendent de la crédibilité des témoins et de l'évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements présentés en preuve. En général, les personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve ne sont pas à même de bien remplir cette tâche et les règles de justice naturelle ne permet-

participation in discussions dealing with such factual issues is less problematic when there is no participation in the final decision. However, I am of the view that generally such discussions constitute a breach of the rules of natural justice because they allow persons other than the parties to make representations on factual issues when they have not heard the evidence.

It is already recognized that no new evidence may be presented to panel members in the absence of the parties: *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, *supra*, at pp. 1113-14. The appellant does not claim that new evidence was adduced at the meeting and the record does not disclose any such breach of the *audi alteram partem* rule. The defined practice of the Board at full board meetings is to discuss policy issues on the basis of the facts as they were determined by the panel. The benefits to be derived from the proper use of this consultation process must not be denied because of the mere concern that this established practice might be disregarded, in the absence of any evidence that this has occurred. In this case, the record contains no evidence that factual issues were discussed by the Board at the September 23, 1983 meeting.

In his reasons for judgment, Rosenberg J. has raised the issue of whether discussions on policy issues can be completely divorced from the factual findings, at p. 492:

In this case there was a minority report. Although the chairman states that the facts in the draft decision were taken as given there is no evidence before us to indicate whether the facts referred to those in the majority report or the minority report or both. Also, without in any way doubting the sincerity and integrity of the chairman in making such a statement, it is not practical to have all of the facts decided except against a background of determination of the principles of law involved. For example, a finding that Consolidated-Bathurst was seriously considering closing the Hamilton plant is of no significance if the requirement is that the failure to bargain in good faith must be a *de facto* decision to close. Accordingly,

tent pas à ces personnes de voter sur l'issue du litige. Leur participation aux discussions portant sur ces questions de fait pose moins de problèmes quand elles ne participent pas à la décision finale.

a Cependant, j'estime que ces discussions violent généralement les règles de justice naturelle parce qu'elles permettent à des personnes qui ne sont pas parties au litige de faire des observations sur des questions de fait alors qu'elles n'ont pas entendu la preuve.

Il est déjà admis que les membres d'un banc ne peuvent être saisis de nouveaux éléments de preuve en l'absence des parties: *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, précité, aux pp. 1113 et 1114. L'appelante ne soutient pas que de nouveaux éléments de preuve ont été soumis à la réunion et le dossier ne révèle aucune violation de la règle *audi alteram partem* pour ce motif. La pratique définie par la Commission lors de ces réunions plénières consiste précisément à discuter des questions de politique en tenant pour avérés les faits établis par le banc. Il ne faut pas refuser les avantages que l'utilisation valable de ce processus de consultation peut procurer, uniquement à cause de la simple crainte que cette pratique établie ne soit pas respectée, en l'absence de toute preuve que la chose s'est produite. En l'espèce, le dossier ne contient aucune preuve que des questions de fait ont été discutées par la Commission lors de la réunion du 23 septembre 1983.

g Dans ses motifs de jugement, le juge Rosenberg soulève la question de savoir si les discussions de questions de politique peuvent être totalement séparées des constatations de fait, à la p. 492:

h [TRADUCTION] En l'espèce, il y a eu des motifs minoritaires. Bien que le président affirme que les faits mentionnés dans l'avant-projet de décision ont été tenus pour avérés, rien dans la preuve qui nous est soumise n'indique si les faits se rapportaient à ceux des motifs de la majorité, de la minorité ou des deux à la fois. De plus, même si je ne doute nullement de la bonne foi et de l'intégrité du président au moment où il affirme cela, il n'est pas pratique de déterminer tous les faits si ce n'est en fonction de la détermination des principes de droit applicables. Par exemple, la constatation que Consolidated-Bathurst envisageait sérieusement de fermer l'usine de Hamilton n'a pas d'importance s'il est nécessaire que

until the board decides what the test is the findings of fact cannot be finalized.

With respect, I must disagree with Rosenberg J. if he suggests that it is not practical to discuss policy issues against the factual background provided by the panel.

It is true that the evidence cannot always be assessed in a final manner until the appropriate legal test has been chosen by the panel and until all the members of the panel have evaluated the credibility of each witness. However, it is possible to discuss the policy issues arising from the body of evidence filed before the panel even though this evidence may give rise to a wide variety of factual conclusions. In this case, Mr. Wightman seemed to disagree with Chairman Adams with respect to the credibility of the testimonies of some of the appellant's witnesses. While this might be relevant to Mr. Wightman's conclusions, it was nevertheless possible to outline the policy issues at stake in this case from the summary of the facts prepared by Chairman Adams. In turn, it was possible to outline the various tests which could be adopted by the panel and to discuss their appropriateness from a policy point of view. These discussions can be segregated from the factual decisions which will determine the outcome of the case once a test is adopted by the panel. The purpose of the policy discussions is not to determine which of the parties will eventually win the case but rather to outline the various legal standards which may be adopted by the Board and discuss their relative value.

Policy issues must be approached in a different manner because they have, by definition, an impact which goes beyond the resolution of the dispute between the parties. While they are adopted in a factual context, they are an expression of principle or standards akin to law. Since these issues involve the consideration of statutes, past decisions and perceived social needs, the impact of a policy decision by the Board is, to a certain extent, independent from the immediate interests

l'omission de négocier de bonne foi découle d'une décision *de facto* de fermer l'usine. En conséquence, la constatation des faits ne peut être parachevée avant que la Commission ne décide du critère applicable.

En toute déférence, je ne puis souscrire à l'avis du juge Rosenberg s'il veut dire qu'il n'est pas pratique de discuter des questions de politique en fonction de la base factuelle fournie par le banc.

Il est vrai qu'il n'est pas toujours possible d'évaluer la preuve de façon définitive avant que le banc n'ait choisi le critère juridique approprié et avant que tous les membres du banc n'aient évalué la crédibilité de chaque témoin. Cependant, il est possible de débattre des questions de politique que soulève la preuve soumise au banc même si cette preuve peut entraîner une grande variété de conclusions sur les faits. En l'espèce, M. Wightman semble avoir différé d'opinion avec le président Adams sur la crédibilité des dépositions de certains témoins de l'appelante. Bien que cela puisse être pertinent relativement aux conclusions de M. Wightman, il était néanmoins possible d'énoncer les questions de politique en cause dans cette affaire à partir du résumé des faits préparé par le président Adams. Puis, il était possible d'exposer les différents critères que le banc pouvait adopter et de discuter de leur pertinence sur le plan des politiques. Il est possible de dissocier ces discussions des décisions sur les faits qui déterminent l'issue du litige après que le banc a adopté un critère. Les discussions sur les politiques n'ont pas pour objet de décider quelle partie aura finalement gain de cause, mais elles ont pour objet d'exposer les différents critères juridiques que la Commission peut adopter et de débattre leur valeur relative.

Il faut aborder les questions de politique de manière différente parce qu'elles ont, par définition, des conséquences qui vont au-delà du règlement du litige particulier entre les parties. Bien qu'elles découlent de faits précis, elles constituent l'expression d'un principe ou de normes apparentées au droit. Puisque ces questions font appel à l'analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux qui sont perçus, les conséquences d'une décision de politique prise par la Commis-

of the parties even though it has an effect on the outcome of the complaint.

I have already outlined the reasons which justify discussions between panel members and other members of the Board. It is now necessary to consider the conditions under which full board meetings must be held in order to abide by the *audi alteram partem* rule. In this respect, the only possible breach of this rule arises where a new policy or a new argument is proposed at a full board meeting and a decision is rendered on the basis of this policy or argument without giving the parties an opportunity to respond.

I agree with Cory J.A. (as he then was) that the parties must be informed of any new ground on which they have not made any representations. In such a case, the parties must be given a reasonable opportunity to respond and the calling of a supplementary hearing may be appropriate. The decision to call such a hearing is left to the Board as master of its own procedure: s. 102(13) of the *Labour Relations Act*. However, this is not a case where a new policy undisclosed or unknown to the parties was introduced or applied. The extent of the obligation of an employer engaged in collective bargaining to disclose information regarding the possibility of a plant closing was at the very heart of the debate from the outset and had been the subject of a policy decision previously in the *Westinghouse* case. The parties had every opportunity to deal with the matter at the hearing and indeed presented diverging proposals for modifying the policy. There is no evidence that any new grounds were put forward at the meeting and each of the reasons rendered by Chairman Adams and Messrs. Wightman and Lee simply adopts one of the arguments presented by the parties and summarized at pp. 1427-30 of Chairman Adams' decision. Though the reasons are expressed in great detail, the appellant does not identify any of them as being new nor does it contend that it did not have an opportunity to be heard or to deal with them.

sion ne dépendent pas, dans une certaine mesure, de l'intérêt immédiat des parties, même si elles peuvent avoir un effet sur l'issue de la plainte.

a J'ai déjà exposé les motifs qui justifient les membres d'un banc d'avoir des discussions avec les autres commissaires. Il faut maintenant examiner les conditions dans lesquelles les réunions plénières de la Commission doivent être tenues afin de b respecter la règle *audi alteram partem*. À cet égard, la seule violation possible de la règle a lieu quand on propose une nouvelle politique ou un nouvel argument à une réunion plénière de la c Commission et qu'une décision fondée sur cette politique ou cet argument est rendue sans qu'on accorde aux parties la possibilité de répliquer.

Je souscris à l'avis du juge Cory (alors juge de la d Cour d'appel) qu'il faut aviser les parties de tout nouveau moyen à propos duquel elles n'ont pas soumis de plaidoiries. Dans un tel cas, il faut accorder aux parties une possibilité raisonnable de répliquer et la convocation d'une audience supplémentaire peut se révéler appropriée. La décision de e convoquer une telle audience revient à la Commission en tant que maîtresse de sa propre procédure: par. 102(3) de la *Loi sur les relations de travail*. Cependant, en l'espèce, il n'y a eu ni présentation f ni application d'une nouvelle politique qui n'avait pas été divulguée aux parties ou que celles-ci ne connaissaient pas. La portée de l'obligation d'un employeur qui négocie collectivement de divulguer g les renseignements relatifs à la fermeture possible d'une usine était au cœur même du débat depuis le début et avait déjà fait l'objet d'une décision de politique dans l'affaire *Westinghouse*. Les parties h avaient eu toutes les chances possibles de traiter ce sujet à l'audience et avaient même soumis des propositions contradictoires de modification de la politique. Il n'y a aucune preuve que de nouveaux moyens ont été présentés lors de la réunion et les motifs de chacun des trois commissaires, le président Adams et MM. Wightman et Lee, ne font i qu'adopter l'un des arguments soumis par les parties que le président Adams résume aux pp. 1427 à 1430 de sa décision. Bien que les motifs soient très élaborés, l'appelante n'en désigne aucune partie j comme nouvelle, ni ne soutient qu'elle n'a pas eu la possibilité de se faire entendre ou d'en traiter.

Since its earliest development, the essence of the *audi alteram partem* rule has been to give the parties a "fair opportunity of answering the case against [them]": Evans, *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, *supra*, at p. 158. It is true that on factual matters the parties must be given a "fair opportunity . . . for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view": *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, at p. 182; see also *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, at pp. 133 and 141, and *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, *supra*, at p. 1113. However, the rule with respect to legal or policy arguments not raising issues of fact is somewhat more lenient because the parties only have the right to state their case adequately and to answer contrary arguments. This right does not encompass the right to repeat arguments every time the panel convenes to discuss the case. For obvious practical reasons, superior courts, in particular courts of appeal, do not have to call back the parties every time an argument is discredited by a member of the panel and it would be anomalous to require more of administrative tribunals through the rules of natural justice. Indeed, a reason for their very existence is the specialized knowledge and expertise which they are expected to apply.

I therefore conclude that the consultation process described by Chairman Adams in his reconsideration decision does not violate the *audi alteram partem* rule provided that factual issues are not discussed at a full board meeting and that the parties are given a reasonable opportunity to respond to any new ground arising from such a meeting. In this case, an important policy issue, namely the validity of the test adopted in the *Westinghouse* case, was at stake and the Board was entitled to call a full board meeting to discuss it. There is no evidence that any other issues were discussed or indeed that any other arguments were raised at that meeting and it follows that the appellant has failed to prove that it has been the

Depuis sa première formulation, la règle *audi alteram partem* vise essentiellement à donner aux parties une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable de répliquer à la preuve présentée contre [elles]»: Evans, *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, précité, à la p. 158. Il est vrai que relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une [TRADUCTION] «possibilité raisonnable [...] de corriger ou de contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue»: *Board of Education v. Rice*, [1911] A.C. 179, à la p. 182; voir également *Local Government Board v. Arlidge*, [1915] A.C. 120, aux pp. 133 et 141, et *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, précité, à la p. 1113. Cependant, la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n'ont que le droit de présenter leur cause adéquatement et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables. Ce droit n'inclut pas celui de reprendre les plaidoiries chaque fois que le banc se réunit pour débattre l'affaire. Pour des raisons pratiques manifestes, les cours supérieures, et en particulier les cours d'appel, ne sont pas tenues de convoquer de nouveau les parties chaque fois qu'un membre du banc infirme un argument et il serait anormal d'être plus exigeant envers les tribunaux administratifs en raison des règles de justice naturelle. En réalité, une de leurs raisons d'être est justement leurs connaissances et compétences spécialisées qu'on souhaite les voir appliquer.

Je conclus donc que le processus de consultation décrit par le président Adams dans sa décision relative à la demande de réexamen ne viole pas la règle *audi alteram partem* pourvu que les questions de fait ne soient pas discutées à la réunion plénière de la Commission et que les parties aient une possibilité raisonnable de répliquer à tout nouveau moyen soulevé à cette réunion. En l'espèce, une importante question de politique était en jeu, savoir la validité du critère adopté dans la décision *Westinghouse* et la Commission avait le droit de convoquer une réunion plénière pour en débattre. Il n'y a aucune preuve qu'on ait discuté d'autres sujets ou même qu'on ait soulevé quelque autre argument lors de cette réunion. Il s'ensuit que

victim of any violation of the *audi alteram partem* rule. Indeed, the decision itself indicates that it rests on considerations known to the parties upon which they had full opportunity to be heard.

IV—Conclusion

The institutionalization of the consultation process adopted by the Board provides a framework within which the experience of the chairman, vice-chairmen and members of the Board can be shared to improve the overall quality of its decisions. Although respect for the judicial independence of Board members will impede total coherence in decision making, the Board through this consultation process seeks to avoid inadvertent contradictory results and to achieve the highest degree of coherence possible under these circumstances. An institutionalized consultation process will not necessarily lead Board members to reach a consensus but it provides a forum where such a consensus can be reached freely as a result of thoughtful discussion on the issues at hand.

The advantages of an institutionalized consultation process are obvious and I cannot agree with the proposition that this practice necessarily conflicts with the rules of natural justice. The rules of natural justice must have the flexibility required to take into account the institutional pressures faced by modern administrative tribunals as well as the risks inherent in such a practice. In this respect, I adopt the words of Professors Blache and Comtois in “La décision institutionnelle”, *supra*, at p. 708:

[TRANSLATION] The institutionalizing of decisions exists in our law and appears to be there to stay. The problem is thus not whether institutional decisions should be sanctioned, but to organize the process in such a way as to limit its dangers. There is nothing revolutionary in this approach: it falls naturally into the tradition of English and Canadian jurisprudence that the rules of natural justice should be flexibly interpreted.

l'appelante n'a pas prouvé qu'elle ait été victime d'une violation quelconque de la règle *audi alteram partem*. En réalité, la décision elle-même montre qu'elle repose sur des considérations connues des parties et au sujet desquelles elles avaient eu tout le loisir de se faire entendre.

IV—Conclusion

L'institutionnalisation du processus de consultation adopté par la Commission fournit un cadre qui permet au président, aux vice-présidents et aux commissaires de mettre leur expérience en commun et d'améliorer la qualité globale de leurs décisions. Quoique le respect de l'indépendance judiciaire des commissaires empêche d'obtenir la cohérence parfaite des décisions de la Commission, celle-ci cherche, par ce processus de consultation à éviter les décisions contradictoires rendues par inadvertance et à atteindre le niveau de cohérence le plus élevé possible dans les circonstances. Un processus institutionnalisé de consultation ne permet pas nécessairement aux commissaires de parvenir à un consensus, mais il fournit une tribune où il est possible de parvenir librement à ce consensus suite à une discussion réfléchie des questions soulevées.

Les avantages d'un processus institutionnalisé de consultation sont manifestes et je ne puis souscrire à la proposition que cette pratique contrevient forcément aux règles de justice naturelle. Les règles de justice naturelle doivent avoir la souplesse nécessaire pour tenir compte à la fois des pressions institutionnelles qui s'exercent sur les tribunaux administratifs modernes et des risques inhérents à cette pratique. À cet égard, je fais miens les propos tenus par les professeurs Blache et Comtois dans «La décision institutionnelle» précitée, à la p. 708:

Le phénomène d'institutionnalisation de la décision existe dans notre droit et il semble qu'il y soit pour rester. Le problème qui se pose n'est donc pas de savoir si la décision institutionnelle devrait ou non être autorisée, mais d'articuler des modalités de mise en œuvre qui permettent d'en limiter les risques. Il s'agit là d'une approche qui n'a rien de révolutionnaire et s'inscrit dans la tradition jurisprudentielle anglaise et canadienne selon laquelle il faut interpréter avec flexibilité les règles de justice naturelle.

The consultation process adopted by the Board formally recognizes the disadvantages inherent in full board meetings, namely that the judicial independence of the panel members may be fettered by such a practice and that the parties do not have the opportunity to respond to all the arguments raised at the meeting. The safeguards attached to this consultation process are, in my opinion, sufficient to allay any fear of violations of the rules of natural justice provided as well that the parties be advised of any new evidence or grounds and given an opportunity to respond. The balance so achieved between the rights of the parties and the institutional pressures the Board faces are consistent with the nature and purpose of the rules of natural justice.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LAMER and SOPINKA JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Beard, Winter, Toronto.

Solicitors for the respondent the International Woodworkers of America, Local 2-69: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario Labour Relations Board: Gowling & Henderson, Ottawa.

Le processus de consultation adopté par la Commission reconnaît formellement les inconvénients inhérents aux réunions plénières de la Commission, savoir que l'indépendance judiciaire des membres d'un banc peut être diminuée par une telle pratique et que les parties n'ont pas la possibilité de répliquer à tous les arguments soulevés au cours de ces réunions. Les garanties dont est assorti ce processus de consultation sont, à mon avis, suffisantes pour dissiper toute crainte de violation des règles de justice naturelle pourvu également que les parties soient informées de tout nouvel élément de preuve ou de tout nouveau moyen et qu'elles aient la possibilité d'y répondre. L'équilibre ainsi réalisé entre les droits des parties et les pressions institutionnelles qui s'exercent sur la Commission sont compatibles avec la nature et l'objet des règles de justice naturelle.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LAMER et SOPINKA sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Beard, Winter, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section locale 2-69: Cavalluzzo, Hayes & Lennon, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario: Gowling & Henderson, Ottawa.

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *Jensen v. Ross*,
2014 BCCA 173

Date: 20140502
Docket: CA040471

Between:

Cynthia Jane Jensen

Appellant
(Plaintiff)

And

**Margaret Ross, Dr. Kirstie Overhill,
Ministry of Children and Family Development,
Polly Powley, Janice Pentland-Smith, Paul McKinnon,
Don Fairweather, Blaine Hagedorne, Elaine Hagedorne,
Super Valu Grocery Store, Dr. Ruth Campling,
North Shore Home Support Services, and
RCMP, Gibsons Detachment**

Respondents
(Defendants)

Before: The Honourable Mr. Justice Groberman
The Honourable Madam Justice Garson
The Honourable Mr. Justice Goepel

On appeal from: An order of the Supreme Court of British Columbia, dated
November 29, 2012 (*Jensen v. Ross*, Fort St. John Docket No. 20551).

The Appellant Cynthia Jane Jensen:

Appearing in Person

Counsel for the Respondent Margaret Ross:

S. Brearley

Counsel for the Respondents
Dr. Kirstie Overhill and Dr. Ruth Campling:

R.D. Irving

Counsel for the Respondent North Shore
Home Support Services:

S.L. Hamilton

Counsel for the Respondent
Don Fairweather:

J.G. Bye

Counsel for the Respondents
Blaine Hagedorne, Elaine Hagedorne
and Super Valu Grocery Store:

J. Flemming

Counsel for the Respondent Ministry
of Children and Family Development,
Polly Powley, Janice Pentland-Smith
and Paul McKinnon:

P. Manhas

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia
April 7, 2014

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
May 2, 2014

Written Reasons by:

The Honourable Mr. Justice Goepel

Concurred in by:

The Honourable Mr. Justice Groberman

The Honourable Madam Justice Garson

Summary:

The appellant brought proceedings in 2011 concerning events that took place between 1988 and 1990. On an application to amend her style of cause the chambers judge expressed concern that the claims appeared to have been brought out of time, seized herself of the matter and ordered a case planning conference. At the case planning conference the chambers judge struck the appellant's claims as being an abuse of process under Rule 9-5(1) because they were barred by the Limitation Act. The appellant submits the chambers judge erred in making a final order at the case planning conference and in striking her claims without a factual foundation.

Held: appeal allowed, matter remitted to the Supreme Court. The chambers judge should not have determined the matter on her own motion. An application requiring affidavit evidence or leading to a final judgment should not be decided at a case planning conference. Based on the notice of civil claim alone it was not clear and obvious that the plaintiff could not succeed or that the action was an abuse of process. The limitation issue only arises if it is pleaded in defence and cannot be resolved in an evidentiary vacuum because of the 30-year ultimate limitation period.

Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Goepel:**INTRODUCTION**

[1] This appeal raises for consideration the power of a Supreme Court judge to dismiss a proceeding at a case planning conference (“CPC”); whether a cause of action which on its face appears to be outside the applicable limitation period can be dismissed as an abuse of process; and the appropriateness of a judge deciding a matter on her own motion.

BACKGROUND

[2] The appellant commenced these proceedings on February 28, 2011. The notice of civil claim makes allegations against the various named defendants concerning events surrounding the birth of her daughter and her daughter’s subsequent apprehension by representatives of the Ministry of Social Services and Housing. The events which are the subject matter of the allegations took place between August 1988, and July 1990. There are numerous claims against each of the defendants and the appellant alleges that as a result of their actions she sustained various personal injuries.

[3] On March 5, 2012, and May 29, 2012, the appellant received orders extending the time to serve the various defendants. By the end of June 2012, she had served all of the named defendants except the RCMP, Gibsons Detachment.

[4] On June 28, 2012, the appellant filed an *ex parte* application in which she sought to amend her style of cause to properly name the RCMP as a defendant and to add as defendants several additional individuals who were employees of certain of the organizations already named as defendants in the actions.

[5] When the application came on for hearing on June 29, 2012, the appellant, who has been self-represented throughout, appeared by telephone. The chambers judge expressed her concern to the appellant that all her claims appeared to have been brought out of time. She urged the appellant to obtain legal advice and warned

her that if applications were brought by the named defendants to strike out her claim, the defendants could all get costs against her.

[6] In the course of the hearing the chambers judge suggested that the proceedings were an abuse of process because they had no hope of succeeding. She told the appellant it would not be appropriate for all the defendants to be troubled with the lawsuit if it was not properly brought and it appeared to her that it was not.

[7] In the result, the chambers judge adjourned the application to add additional parties, seized herself of the proceeding and directed that no further steps be taken in the action until a CPC could be convened.

[8] On September 4, 2012, the appellant wrote to trial scheduling to arrange the CPC that the chambers judge had ordered. The conference was ultimately scheduled for 9:15 a.m. on November 29, 2012. By that time seven responses to the notice of civil claim had been filed by six separate law firms on behalf of the various defendants who had been served. Six of the responses pled that the claims were barred pursuant to the *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266. Four of the responses pled that some or all of the claims did not disclose a cause of action. One response pled that the claims were frivolous and vexatious. None of the defendants pled that the claims were an abuse of process.

[9] In advance of the CPC all of the parties, including the appellant, filed case plan proposals. Under the heading "Other" the appellant raised for consideration scheduling for service of the notice of civil claim on amended parties, amending her pleadings and arguments regarding postponement of limitation. The defendants in their case plan proposals indicated under the heading "Other" that they intended to seek an order that the plaintiff's claims be struck given the expiry of the limitation period, an order for security for costs, and an order that the action which was set in the Fort St. John registry be transferred to the Vancouver registry. The defendants did not, however, file any applications seeking the relief set out in their CPC briefs.

[10] The defendants attached to their case plan proposals a written argument that the claim should be struck out under the *Limitation Act*. In their written submissions the defendants suggested, in the alternative, that it was plain and obvious that the claims could not succeed and the action should be dismissed pursuant to Rule 9-5(1)(a) as disclosing no reasonable claim or as an abuse of process within the meaning of Rule 9-5(1)(d).

[11] On November 16, 2012, the appellant wrote to trial scheduling concerning the case planning conference. She inquired as to whether or not she could be allowed to file affidavit evidence.

[12] In response the appellant was advised in an email of November 19, 2012, from trial scheduling that:

You should come prepared with an argument as to why the claims you are asserting are not out of time. You do not need to have affidavits, but a brief written outline of your argument (just a page or two) would be helpful. You should describe in a general way what amendments you intend to make to the pleading. This should be sent to the Court and the other lawyers two days before the CPC. The rest of the questions can be addressed at the case planning conference.

[13] On November 28, 2012, the appellant filed a 17-page submission setting out her factual and legal arguments in regards to the postponement of the limitation period. In explaining the reasons why the action had been delayed she indicated that she had been under severe stress and a dissociative state after her daughter was taken from her, that she could not get the documents she needed and that she had received inadequate legal advice. She also indicated that she feared suing the Ministry of Children and Family Development and others earlier because she had reason to believe that they would retaliate by taking her daughter away from her again. In addition the submission dealt with the need to amend her pleadings, add certain parties, and whether her notice of civil claim was an abuse of process. In regards to the latter she submitted that the notice of claim was not an abuse of process because the 30-year ultimate limitation period exists to protect claims that have been commenced after the apparent expiry of the limitation period.

THE CASE PLANNING CONFERENCE

[14] At the CPC the appellant again appeared by telephone as did counsel for two groups of the defendants. The remaining four counsel were in the courtroom with the judge. At the outset the chambers judge advised that the purpose of the CPC was for her to address the question as to whether the claims that the appellant had brought should be dismissed or struck because of the time it had taken for the action to be commenced. She indicated that she had read the appellant's argument and complimented her for articulating the reasons why the limitation period should be postponed. She then asked the appellant if there was anything she wished to add to her written argument. The appellant indicated that she had provided an explanation in a general way and could probably make a few more specific formal arguments. In response the chambers judge indicated that she considered it to be a very good argument and she did not think there was anything more that could be said.

[15] The chambers judge then indicated she was going to give her reasons for judgment and in doing so she would assume that the appellant could prove all of the facts set out in her argument. Before giving the judgment the chambers judge indicated she had received material from other counsel which she had read but she did not need to hear from any of them because her decision was based on the argument made by the appellant.

[16] In her reasons for judgment the chambers judge set out the history of the proceeding and how it had first come before her on the application that the appellant had brought to add parties. She noted that at the time of that first application she had pointed out to the appellant that her claims were brought 11 to 20 years after the incidents described and were therefore on their face barred by the provisions of the *Limitation Act*. She stated that at the time of the initial application she had adjourned the application to add parties and directed that a CPC be convened to revisit the question as to whether the claim should be struck out under Rule 9-5(1)(d) as an abuse of process.

[17] The chambers judge then set out certain of the arguments that the appellant had made in regards to a postponement of the limitation period. She then indicated that assuming all of the facts set out in the appellant's submission were true, the appellant had waited too long to bring these proceedings and they were barred by the *Limitation Act*. In reaching this conclusion she made reference to the decision of this Court in *Vance v. Peglar* (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 251 (C.A.) in which the rules to be applied in determining when a limitation period begins to run are set out. The chambers judge concluded in her reasons as follows:

[39] Having considered all of the submissions and the statement of claim, the claims in my view are barred, and they have no prospect of success. As I said to you, Ms. Jensen, last day, it is not in your interest for the Court to permit you to carry on with a case that will only cause you more stress and anxiety and at the end of the day could result in you being faced with a large award of costs against you, costs of the other parties' legal expenses.

[40] I have concluded, therefore, that it is just and right, and indeed necessary for me to strike out your statement of claim under Rule 9-5(1). That means that no further action can be commenced in relation to those claims that you have described in that statement of claim.

[18] Following the delivery of the reasons there was some further discussion between the appellant and the chambers judge. The appellant indicated that there was much more evidence that she could lead to substantiate her claim that the limitation period could be postponed.

[19] The chambers judge ended the CPC by saying that because the appellant was impecunious and had been acting on her own she was not inclined to award costs.

[20] The entered order contains the following provisions:

1. The plaintiff's claim is struck pursuant to Rule 9-5(1);
2. The plaintiff is barred from commencing any further actions based on the claims described in the notice of civil claim; and
3. Each party is to bear their own costs.

THE APPEAL

[21] The appellant now challenges that decision. She submits that the chambers judge erred in striking out the action at a CPC because a judge cannot make a final order at such a conference. She further submits that the chambers judge erred in striking out the action under Rule 9-5(1)(d) as an abuse of process without evidence or a factual foundation for doing so.

[22] The various groups of respondents have all filed nearly identical factums supporting the judgment below. They submit that the order below was a “final order”, not a final judgment and accordingly could be made at a CPC. They further submit that Rules 5-3 and 9-5 should be read together in determining the powers of the Court to make an order respecting abuse of its process and that a judge has the power at any stage of the proceedings to strike an action as an abuse of process. They submit that even if an incorrect process was followed, it was an irregularity but can be cured by Rule 22-7. In that regard they submit that the chambers judge’s analysis of the postponement provisions of the *Limitation Act* was correct and that the appellant suffered no prejudice because the chambers judge proceeded on the basis that the appellant could prove the truth of the contents of her submission.

DISCUSSION**A. Overview**

[23] In this matter the chambers judge acted from the very best of intentions. She was trying to spare a self-represented appellant from the costs of what she considered a doomed proceeding. Judges, however, cannot always do what they want. In this case, in her well-meaning attempt to do what she considered right, the chambers judge fell into procedural and substantive error. The procedural errors concern her acting on her own motion and deciding the matter at a CPC. The substantive error concerns the application of the test for striking pleadings under Rule 9-5(1).

B. Acting On Own Motion

[24] Civil litigation is an adversarial process. The judge is the referee. Judges must leave it to the parties to determine the court processes that they wish to engage to resolve a proceeding. Absent extraordinary circumstances such as those facing Chief Justice McEachern when picketers threatened to shut down the courthouse (*Re British Columbia Government Employees Union et al. and Attorney General of British Columbia et al.* (1982), 2 D.L.R. (4th) 705; *aff'd* (1985) 20 D.L.R. (4th) 399; *aff'd* [1988] 2 S.C.R. 214), judges should not act on their own motion. To do so compromises their role of impartial arbitrator.

[25] The chambers judge quite properly brought to the self-represented appellant's attention the provisions of the *Limitation Act* and the cost consequences to her if the defendants brought an application to have her claim dismissed on that ground. Having taken those steps, the chambers judge should not have gone further. It was not her role to save the appellant from potential folly.

[26] It was for the parties to decide how they wished this action to be determined. The various defendants all pled the *Limitation Act*. Some pled that certain of the claims did not disclose a cause of action. None suggested the claim was an abuse of process. If some or all of the defendants wished to have the matter determined in a summary fashion it was for them, not the chambers judge, to set down a motion.

[27] The chambers judge decided the case on her own initiative in the absence of any application by the parties. For the chambers judge to act on her own motion was a clear error. She took from the parties their right to control the proceedings and determine for themselves the battleground upon which they wanted the proceedings resolved.

C. The Case Planning Conference

a. The Rule

[28] Rule 5 of the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, governs the conduct and procedures at a CPC. Rule 5-3 sets out a broad range of orders that a

judge or master can make at a CPC. Rule 5-3(2) limits the applications that can be heard and orders that can be made at a CPC. The relevant portion of the Rule reads:

(2) A case planning conference judge or master must not, at a case planning conference,

- (a) hear any application supported by affidavit evidence... or
- (b) make an order for final judgment, ...

[29] Rule 12-2(11) similarly limits the nature of applications and orders that can be heard and made at a trial management conference ("TMC").

[30] In this case the procedure followed by the chambers judge violated both prongs of Rule 5-3(2).

b. Rule 5-3(2)(a) – Affidavit Evidence

[31] The Court at a CPC or a TMC can hear contested applications which can be determined on the basis of representations of counsel: *Gill v. A & P Fruit Growers Ltd.*, 2011 BCSC 1421. If an application requires affidavit evidence it cannot be heard: *Vernon v. British Columbia (Ministry of Housing and Social Development, Liquor Distribution Branch)*, 2010 BCSC 1688.

[32] The chambers judge directed a CPC to determine whether the action should proceed. In advance of the conference she gave no indication as to the Rule upon which she intended to rely. The chambers judge appears to have based her decision on Rule 9-5(1). That Rule, as did its predecessor Rule 19(24), reads:

(1) At any stage of a proceeding, the court may order to be struck out or amended the whole or any part of a pleading, petition or other document on the ground that

- (a) it discloses no reasonable claim or defence, as the case may be,
- (b) it is unnecessary, scandalous, frivolous or vexatious,
- (c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial or hearing of the proceeding, or
- (d) it is otherwise an abuse of the process of the court,

and the court may pronounce judgment or order the proceeding to be stayed or dismissed and may order the costs of the application to be paid as special costs.

(2) No evidence is admissible on an application under subrule (1)(a).

[33] In her reasons the chambers judge indicated that the question before her was whether the proceeding brought by the appellant should be struck out as an abuse of process. While evidence is not admissible under Rule 9-5(1)(a) it is admissible under Rule 9-5(1)(d) which deals with abuse of process. The appellant in advance of the CPC sought clarification as to whether she would be able to file affidavit evidence. She was advised that she need not file affidavits but should come prepared to argue why the claims were not out of time.

[34] The limitation issue cried out for affidavit evidence. The applicability of the postponement provisions is a fact-intensive question. It could only be decided on a proper factual foundation. It was not the type of question that could be decided on the basis of counsel's representations. It was an error to hear the application at a CPC.

c. Rule 5-3(2)(b) – Order for Final Judgment

[35] The respondents submit that there is a distinction between an order and a judgment, and that what occurred in this case was not a judgment of the issues raised by the appellant in her pleadings. In support of that position they cite *Stroub v. Kazakoff* (1977), 2 B.C.L.R. 262 (S.C.) and *First City Trust Co. v. Triple Five Corporation Ltd.* (1989), 94 A.R. 106, 57 D.L.R. (4th) 554 (C.A.).

[36] In *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bury* (1979), 103 D.L.R. (3d) 560, 11 Alta. L.R. (2d) 93 (S.C.), Stephenson J. (as he then was) explained the distinction between an “order” and a “judgment” at pp. 561-62:

Williston & Rowles, *The Law of Civil Procedure* 1970, vol. 2, pp. 1020-21, refer to authorities that distinguish between judgments and orders. One of the references is to *Loring v. Illsley* (1850), 1 Cal. 24, and the following quotation from that case is included:

What then is the distinction between an order and a final judgment?... The former is a decision made during the

progress of the cause, either prior or subsequent to final judgment settling some point of practice or some question collateral to the main issue presented by the pleadings and necessary to be disposed of before such issue can be decided upon by the Court, or necessary to be determined in carrying the execution into effect.

The authors say that where the controversy between the parties is determined it is a judgment and every other decision is an order.

[37] In this case, the decision of the chambers judge determined the controversy between the parties. It brought the appellant's action to an end. It was an order for final judgment. It was an order that cannot be made at a CPC.

D. Striking the Claim

[38] Turning to the point of substance I would first note that because there was no application before the Court it is not entirely clear what Rule the chambers judge relied on. While she made specific reference in her reasons to Rule 9-5(1)(d), the order states that the action was struck pursuant to Rule 9-5(1).

[39] In *Chapman v. Canada*, 2003 BCCA 665, this Court set out at paras. 12-13 the criteria for applications brought under the then Rule 19(24); it must be plain and obvious that the impugned pleading has the fault alleged:

[12] The criteria for application of all provisions of Rule 19(24) are established in authorities considered by the chambers judge: *Hunt v. Carey Can. Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Berscheid v. Ensign*, [1999] B.C.J. No. 1172 (B.C.S.C.); *Babavic v. Babowech*, [1993] B.C.J. No. 1802, *World Wide Treasure Adventures Inc. v. Trivia Games Inc.* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 187 (B.C.C.A.), and *Kripps v. Touche Ross & Co.* (1990), 48 B.C.L.R. (2d) 171 (B.C.C.A.). The test is whether it is plain and obvious that the impugned pleading has the fault alleged. Otherwise the party whose pleading is challenged is entitled to a trial of the issue.

[13] The orders in this case were made under Rule 19(24)(a) and (d). Thus in order to succeed the applicant is required to establish that it is plain and obvious that the pleadings disclose no cause of action (Rule 19(24)(a)) or that the proceedings are an abuse of process (Rule 19(24)(d)). Otherwise the litigation will be allowed to proceed.

[40] In *Babavic v. Babowech*, [1993] B.C.J. No. 1802, 42 A.C.W.S. (3d) 447 (S.C.), Baker J. in an oft-cited passage commented on the principle of abuse of process at paras. 17-18:

[17] ... The principle of abuse of process is somewhat amorphous. The discretion afforded courts to dismiss actions on the ground of abuse of process extends to any circumstance in which the court process is used for an improper purpose. ...

[18] The categories of abuse of process are open. Abuse of process may be found where proceedings involve a deception on the court or constitute a mere sham; where the process of the court is not being fairly or honestly used, or is employed for some ulterior or improper purpose; proceedings which are without foundation or serve no useful purpose and multiple or successive proceedings which cause or are likely to cause vexation or oppression. ...

[41] The chambers judge held that the action brought by the appellant should be struck because it was brought outside of the time set out in the *Limitation Act* for bringing the proceedings and had no prospect for success. She cited no authorities in support of her conclusion.

[42] There are numerous cases which have held that Rule 9-5 is not the appropriate mechanism to determine a limitation issue. The cases include: *Canadian Pacific Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1979), 10 B.C.L.R. P 6 (S.C.); *Roeder v. Lang Michener Lawrence & Shaw*, 2005 BCSC 1784; *Fuoco Estate v. Kamloops (City)*, 2001 BCCA 325 [*Fuoco*]; *Border Enterprises Ltd. v. Beazer East, Inc.*, 2003 BCSC 49; *Rain Coast Water Corp. v. British Columbia*, 2008 BCSC 1182; *Mattson v. Remus*, 2009 BCSC 836; and *Hughes v. Hughes*, 2011 BCSC 1569.

[43] In *Fuocu* this Court noted at para. 15:

[15] Counsel have been unable to direct us to any cases in which Rule 19(24)(a), standing alone, has been used to resolve a limitation issue. That may be because statements of claim do not raise limitation issues, as is the case here. The statutory limitations is a defence pleading. It is an issue that does not arise until it is pleaded in defence. ...

[44] Those words resonate in this case. The notice of civil claim, in and of itself, does not raise a limitation issue. The limitation issue only arises if it is pleaded in defence. Even then, the issue cannot be resolved in an evidentiary vacuum. The *Limitation Act* contains provisions pursuant to which the running of time is

postponed. Pursuant to s. 8(1)(c) of the *Limitation Act* the ultimate postponement is 30 years from the date on which the right to bring the action arose.

[45] In this case the events which are the subject matter of the litigation commenced approximately 22 years prior to the issuance of the writ. The respondents have now raised the *Limitation Act* as a defence to the claim. The appellant has indicated that she intends to rely on the postponement provisions to escape the consequences of the *Act*. Whether she can or cannot do so successfully will undoubtedly be determined in a properly brought application. Based on the appellant's pleading alone it is not plain and obvious that her action cannot succeed.

[46] Similarly it is not plain and obvious that the action is an abuse of process. While the action may ultimately fall on the limitation issue it cannot be said that the court's process is being used for any improper purpose. The fact that a claim arises outside the initial limitation period does not in itself allow a claim to be struck out as an abuse of process. Different considerations might arise if a claim is brought outside the ultimate limitation period. In such a case it may be plain and obvious that the action cannot succeed and such a claim can be properly resolved pursuant to Rule 9-5(1): *Chisamore v. Cumis Life Insurance Co.*, 2006 BCSC 462.

[47] What occurred in this case was more than an irregularity. It cannot be cured under Rule 22-7. The limitation issue is one which must be determined on a proper application with a full evidentiary foundation. It cannot be determined pursuant to Rule 9-5(1). It cannot be determined at a CPC. It matters not whether the chambers judge's analysis of the *Limitation Act* ultimately proves to be correct.

DISPOSITION

[48] For all the above reasons I would allow the appeal, set aside the order dismissing the action and remit the action to the Supreme Court. It is clear from the case planning briefs that there are numerous procedural matters to be resolved. These include the appellant's desire to file a reply, amend her pleadings and add new parties. The defendants in turn wish to schedule applications to strike the claim

under the *Limitation Act* or as disclosing no cause of action. They also wish to seek security for costs.

[49] The timing of these applications is a matter best determined at a CPC. Accordingly, I would direct that no steps be taken in the action by any party before a CPC is convened in the Supreme Court to determine how matters shall proceed further, save and except the appellant will have liberty to file a reply to plead the postponement provisions in advance of the CPC.

“The Honourable Mr. Justice Goepel”

I AGREE:

“The Honourable Mr. Justice Groberman”

I AGREE:

“The Honourable Madam Justice Garson”

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Malton v Attia, 2016 ABCA 130

Date: 20160429

Docket: 1503-0075-AC

Registry: Edmonton

Between:

Janette Malton and John Malton

Respondents
(Plaintiffs)

- and -

**Ashraf S. Attia also known as Sam Attia and
Attia Reeves Tensfeldt Snow**

Appellants
(Defendants)

The Court:

**The Honourable Madam Justice Marina Paperny
The Honourable Mr. Justice Brian O’Ferrall
The Honourable Madam Justice Barbara Lea Veldhuis**

Memorandum of Judgment

Appeal from the Decisions by
The Honourable Madam Justice A.B. Moen
Dated the 26th day of February, 2015
(2015 ABQB 135; Docket: 0803 08190)
Dated the 3rd day of July, 2015
(2015 ABQB 430; Docket: 0803 08190)

Memorandum of Judgment

The Court:

INTRODUCTION

[1] The appellants, a lawyer and his law firm, were sued by their former clients (the respondents) for negligence in conducting a trial on their behalf. The appellants were represented by counsel in the negligence trial. The respondents were self-represented. The sole issue on this appeal is whether, in the circumstances, that trial was procedurally fair.

[2] Self-represented litigants appear with increasing frequency in our trial courts. In response, courts have made procedural reforms to facilitate effective and efficient dispute resolution. However, the fundamentals of trial process have not changed. A fair hearing requires an impartial, independent adjudicator. It requires that parties know the case they have to meet, have the opportunity to marshal evidence to meet it, and the opportunity to make submissions with respect to it. These are core elements of our justice system.

[3] These basic requirements can pose a challenge to the trial judge presiding over a trial with self-represented litigants. He or she must carefully walk the line between being of assistance to those litigants and becoming their advocate. This dynamic was very much at play in this trial. The appellants argue that the trial judge stepped over the line and descended into the arena. They submit that this resulted in an unfair trial. They ask this Court to allow their appeal and return the matter for a new trial.

[4] For the reasons that follow, we conclude that a new trial must be ordered.

BACKGROUND

[5] The appellants were sued by the respondents for negligently representing them in a lawsuit against the inspector of a house they had purchased. The trial judge found the appellants negligent and awarded them \$519,000 in damages, including \$10,000 in punitive damages. She also ordered the appellants to pay a further \$25,000 in punitive damages to the Legal Aid Society of Alberta, which was not a party to the action: see 2015 ABQB 135.

[6] In a subsequent decision on costs (2015 ABQB 430), the trial judge awarded full Schedule “C” costs and second counsel fees to the respondents, who had been largely self-represented at trial, full indemnity for specific services provided to them by a law firm, and an additional \$22,500 in costs for misconduct by the appellants and their counsel during the trial.

[7] The appellants appeal the trial decision and the costs award. They argue that the manner in which both decisions were made was procedurally unfair; specifically, that the trial judge made findings and drew conclusions adverse to the appellants without giving them an adequate

opportunity to respond, that she improperly descended into the arena of litigation, and that the conduct and comments of the trial judge give rise to a reasonable apprehension of bias.

PROCEDURAL HISTORY

The underlying action against the house inspector: 2007 ABQB 175

[8] In 2000, the respondents purchased a house in Stony Plain, Alberta for \$180,000. The purchase was conditional on a satisfactory home inspection. The respondents retained Integrity Inspections Incorporated (HouseMaster) to conduct the inspection, which was completed in April 2000. After the respondents moved into the house, they discovered several serious problems, including structural problems, rot, mould, and risk of septic backup.

[9] The respondents took the position that these defects should have been observed and reported in the home inspection. In 2001, the respondents retained the appellants to sue the inspector in contract and tort.

[10] The action against the inspector went to trial in 2006: *Whighton v Integrity Inspections Inc.*, see 2007 ABQB 175, 418 AR 222 [the Inspector Action]. The trial judge found the inspector liable. He awarded the respondents approximately \$38,000 in damages, which was less than the \$107,000 claimed and less than the respondents had spent on repairing the house. The respondents were very dissatisfied with the amount of damages awarded.

The action for professional negligence and breach of contract

[11] In 2008, the respondents launched the present litigation, in which they sued a number of professionals, including several dentists, doctors, and the Province of Alberta, in addition to the appellants. The dental professionals were sued for negligence in their treatment of dental pain and a poor taste in the female respondent's mouth. Negligence actions were also brought against three doctors and their associated professional corporations and medical clinics, for complaints relating to the female respondent's treatment. The action against the appellants alleged negligence and breach of contract in their conduct of the Inspector Action. The province was sued for failing to ensure these professionals did not harm the respondents and for failing to ensure reasonable access to justice.

[12] The respondents sought just under \$1,000,000 in damages against all the defendants in the negligence action. The trial of that action took place in April and May 2013. The respondents were self-represented for much of the litigation, although they retained counsel for some specific services.

[13] The negligence action was summarily dismissed as against the province and the dental professionals prior to the start of trial. The action against the other medical professionals was

settled at the close of the plaintiffs' case, and dismissed without costs. The only remaining defendants were, therefore, the appellants.

[14] The allegations against the appellants in the statement of claim all address the handling of the Inspector Action and include allegations of inadequate trial preparation, failure to proceed with the trial in a timely way, failure to adequately pursue and prove damages at trial, and negligent advice with respect to appealing the judgment. The respondents' evidence consisted of their own testimony, the evidence of counsel for the defendant in the Inspector Action, and the evidence of an air quality inspector who testified to the presence of mould in the house.

[15] The respondents did not adduce expert evidence on the standard of care owed by a lawyer in conducting this type of litigation. At the conclusion of the trial (but before final arguments), counsel for the appellants sought a preliminary ruling on whether the negligence action must fail because of the lack of expert evidence on the standard of care issue. Counsel proposed that closing argument proceed on that issue first, and then on liability and damages if necessary. Presumably, closing argument on liability and damages would not be necessary if the appellants were successful on the preliminary point. The trial judge agreed to this procedure.

[16] The trial judge issued her ruling on the preliminary issue in October 2013. She held that the respondents did not need to adduce expert evidence on standard of care in order to establish that the appellants' representation of them was negligent: see *Malton v Attia*, 2013 ABQB 642, 573 AR 200. She concluded that expert evidence on the standard of care of a lawyer is admissible only when necessary (citing *R v Mohan*, [1994] 2 SCR 9, 114 DLR (4th) 419), and rejected arguments that it is inappropriate for a trial judge to act as her own expert in cases of lawyer negligence. She concluded that she did not require expert evidence on standard of care to evaluate the allegations made against the appellants.

[17] Following her ruling on the preliminary issue, the trial judge heard from the parties about scheduling the balance of the closing argument. At that point, the appellants advised the trial judge that they had filed an appeal of the preliminary ruling. We note that the prospective appeal was interlocutory in nature and, under the Practice Directions then in force, leave to appeal from this Court was required but had not been sought.

[18] The trial judge was surprised when she heard of the appellants' intention to appeal the preliminary ruling. She had apparently assumed that the parties would settle if her ruling on the preliminary issue was not favourable to the appellants. There is nothing on the record to indicate that counsel for the appellants had made a representation to that effect. When told of the pending appeal, the trial judge displayed considerable displeasure and made additional comments that suggested, from the appellants' perspective, that she was pre-disposed to finding against them and displayed an *animus* towards them and their counsel.

[19] The appellants submitted that no further steps should be taken in the action until the appeal had been concluded. The trial judge disagreed and proceeded to schedule dates for the closing

argument. The appellants withdrew their prospective appeal without seeking leave to appeal from this Court, and closing arguments in the negligence action were filed in December 2013.

The Trial Decision: 2015 ABQB 135

[20] The decision on liability and damages was released in February 2015, some 16 months after the preliminary ruling: *Malton v Attia*, 2015 ABQB 135, [2015] 4 WWR 260. The trial judge held that the appellants breached their duty of reasonable care and skill in their conduct of the Inspector Action. She awarded a total of \$519,000 in damages (comprising pecuniary, general and punitive damages) to the respondents, and awarded an additional \$25,000 in punitive damages to be paid to the Legal Aid Society of Alberta.

[21] The trial judge found that the individual appellant misunderstood the law on damages and mitigation, failed to retain the experts necessary to inform a proper litigation strategy, and improperly advised the respondents to repair the house and then seek damages for the cost of the repairs rather than selling the house and suing for the difference between the price they had paid for the house and its actual value. The trial judge found that these and other errors by the appellant amounted to negligence and breach of contract.

[22] The punitive damage awards were based on two findings of misconduct. First, the trial judge found the individual appellant had misled the Law Society in his response to the respondents' 2008 complaint against him. During his testimony at trial, the individual appellant had admitted that there were errors in his response to the Law Society, but denied that the errors were intentional. The trial judge awarded \$10,000 in punitive damages to the respondents based on this finding of misconduct.

[23] The second punitive damage award emanated from the trial judge's finding that, during the trial of the negligence action, the individual appellant had disclosed documents that contained information belonging to another, unrelated, client, thereby breaching that client's solicitor-client privilege. During the trial of the Inspector Action, the appellant had made 106 pages of handwritten notes on scrap paper. The reverse side of two of the pages contained information from another, unrelated client file. Those pages, which were in the appellants' file for the Law Society complaint, were eventually disclosed to the respondents during the negligence trial. The trial judge concluded that the appellants breached their duty of confidence to the other client by virtue of this disclosure. She ordered the appellants to pay \$25,000 in punitive damages to the Legal Aid Society of Alberta (not a party to the action).

The Costs Decision: 2015 ABQB 430

[24] A further hearing on costs followed the issuance of the trial decision. The trial judge awarded the respondents Schedule "C" costs and second counsel fees for steps taken while they were self-represented, full indemnity for steps taken while they were represented by counsel,

\$2,500 for late disclosure of documents, and \$20,000 in punitive costs: *Malton v Attia*, 2015 ABQB 430 at para 156, 19 Alta LR (6th) 1.

[25] The trial judge's approach to the costs award was marked by her dissatisfaction with the conduct and approach of the appellants and their counsel to the negligence trial. She described that conduct in general terms at paras 15-16 of her decision:

The defence that the Maltons faced could be characterized as inflexible and aggressive. It was marked with conduct that is inconsistent with the guiding principles of the *Alberta Rules of Court* ... ; breach of the ... reciprocal document disclosure obligations of parties in civil litigation; and incomplete and inaccurate statements of law. I would have expected a lawyer to acknowledge obvious misconduct that was contrary to his professional and ethical obligations without taking his client through extended litigation.

In nautical terms, Attia had foisted the red flag and would offer his former clients no quarter.

What follows is a discussion of the conduct during the litigation which leads to an increased costs award.

[26] The trial judge considered the extent to which the respondents were entitled to costs as self-represented litigants, as well as the appropriate degree of indemnification for legal services they received during the trial. She then discussed the "many and serious" issues with the appellants' conduct that justified an increased costs award. Those issues included the following:

1. Failure to disclose relevant documents, namely the handwritten Inspector Action trial notes that the individual appellant discovered well into the negligence trial but did not disclose until four days later. The trial judge found this to be a "particularly obnoxious breach" of the appellants' disclosure obligation: para 38.
2. Inadequate and misleading legal research, which she characterized as "woefully incomplete": para 60.
3. Mischaracterization of the respondents' trial conduct. The trial judge expressed the opinion that the self-represented respondents had performed better than the appellant had in the Inspector Action. She said that the appellants' criticism of the respondents, "is hypocrisy, pure and simple": para 75.
4. The trial judge was highly critical of the appellants' request that she issue a preliminary decision on the standard of care issue, which she characterized as a request for her to split the trial, or "litigation by instalment". She concluded that, if the respondents had been represented, opposing counsel would have challenged

that request, and that the actions of the appellants' counsel "were predatory behaviour that took advantage of the fact the [respondents] were self-represented": para 107. She ordered a lump sum payment of \$20,000 in costs to "respond to the delay caused by [the appellants'] abuse of court processes by inviting an inappropriate preliminary issue determination, his successful attempt to cause litigation by installment and as a consequence delay resolution of this trial": para 146.

ISSUES ON APPEAL

[27] The appellants argue that the trial judge failed to comply with the rules of natural justice in two ways:

1. By reaching conclusions on material issues and making findings adverse to the appellants without giving them an opportunity to be heard and make submissions with respect to those issues;
2. By demonstrating *animus* against the appellants and their counsel that gives rise to a reasonable apprehension of bias.

STANDARD OF REVIEW

[28] The appellants allege a breach of *audi alterem partem*, the principle that a decision maker must give parties the opportunity to be heard and must fully hear each party's case before rendering judgment. Where procedural unfairness at trial is alleged, the task of the reviewing court is to assess whether the appellants were afforded the procedural opportunities required by law: see *Baker v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 SCR 817, 174 DLR (4th) 193.

[29] Some of the errors alleged to have been made by the trial judge relate to findings of litigation misconduct by the appellants and their counsel, which led to the imposition of increased costs. The appellants say many of those findings were made in the absence of any or sufficient evidentiary or legal basis. Findings in support of a costs award are subject to deference on appeal unless the trial judge made a palpable error in her assessment of the facts, or committed an error in principle: *Thoreson v Alberta (Infrastructure)*, 2014 ABCA 31 at para 9.

[30] Finally, the appellants argue that the conduct of the trial judge, including the tone of her comments in court and in her written judgments as well as the numerous adverse findings made against them, when considered cumulatively, give rise to a reasonable apprehension of bias. Appellate review for a reasonable apprehension of bias involves scrutiny of the record to determine if a fully informed and reasonable observer could reasonably apprehend, having thought the matter through, that the judge was not fair and impartial: *R v S(RD)*, [1997] 3 SCR 484; *Wewaykum Indian Band v Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 SCR 259 at paras 57-60, 76-78.

ANALYSIS

1. Was the trial procedurally unfair?

[31] The role of a trial judge can be especially challenging when one or both parties appearing before the judge is self-represented. The Canadian Judicial Council, recognizing the increased presence of self-represented litigants in the courts, has stated that judges “have responsibility to ensure that self-represented persons are provided with fair access and equal treatment by the court”: Preamble, *Statement of Principles on Self-represented Litigants and Accused Persons*, cited by this Court in *Williams v Williams*, 2015 ABCA 246, 602 AR 376 at para 38. In *Williams*, this Court went on to note that promoting equal justice can mean that judges provide information about the law and evidentiary requirements to self-represented parties. On the other hand, the Principles also state that self-represented litigants are expected to familiarize themselves with relevant legal practices and to prepare their own case.

[32] There is a balance to be struck. While affording self-represented litigants “leeway” in court, judges must never lose sight of the fact that both sides are entitled to a fair trial. Judges must guard against descending into the arena from the bench and advocating for the self-represented litigant: see *Cicciarella v Cicciarella* (2009), 252 OAC 156, 72 RFL (6th) 319 (Ont SCJ) at para 37. The Manitoba Court of Appeal described the challenge in *A(JM) v Winnipeg Child & Family Services*, 2004 MBCA 184, 247 DLR (4th) 490 at para 32:

The extent to which judges should afford an unrepresented litigant additional “leeway” with respect to court procedures and the rules of evidence is an increasingly vexing problem for courts at all levels. It is generally recognized that the court should provide some assistance to an unrepresented litigant, ... But at the same time this must be done in such a way as not to breach either the appearance or reality of judicial neutrality. ... How to balance the sometimes competing imperatives of helping a litigant who is in need of assistance while maintaining impartiality is a recurring dilemma for both trial and appellate courts.

[emphasis added]

[33] The Ontario Court of Appeal made the same point in *Davids v Davids* (1999), 125 OAC 375 at para 36: fairness requires “that the trial judge treat the litigant fairly and attempt to accommodate unrepresented litigants’ unfamiliarity with the process so as to permit them to present their case. In doing so, the trial judge must, of course, respect the rights of the other party” [emphasis added].

[34] While a trial judge may, therefore, allow some leeway to the self-represented litigant and provide some assistance, particularly in procedural matters, he or she must not become an advocate for that litigant. Nor can a trial judge allow assistance to a self-represented litigant to override the right of a represented litigant to a fair trial.

[35] A fair trial must comply with the rules of natural justice, for all parties. Those rules have often been described as falling into two categories: “that an adjudicator be disinterested and unbiased (*nemo iudex in causa sua*) and that the parties be given adequate notice and opportunity to be heard (*audi alteram partem*)”: S.A. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed by J.M. Evans (London: Stevens, 1980) at 156, cited in *IWA Local 2-69 v Consolidated Bathurst Packaging Ltd*, [1990] 1 SCR 282, 68 DLR (4th) 524 at para 23 per Gonthier J. Although the rules of natural justice and procedural fairness are most often discussed in the context of administrative tribunals, courts are no less bound to comply with them: see *Waterman v Waterman*, 2014 NSCA 110, 379 DLR (4th) 64 at paras 71-72, citing *A(LL) v B(A)*, [1995] 4 SCR 536, 103 CCC (3d) 92 at para 27 per L’Heureux Dubé J.

[36] Both aspects of procedural fairness – the need for an impartial adjudicator and the requirement that parties be given an opportunity to be heard – are at issue on this appeal. We will deal first with the *audi alteram partem* rule, and address the alleged lack of impartiality later in these reasons.

[37] The essence of the *audi alteram partem* rule is to give the parties “a fair opportunity of answering the case against them”. On factual matters, parties must be given a “fair opportunity ... for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their view”. On matters of law, parties have the right to state their case adequately and “to answer contrary arguments”: *Consolidated Bathurst* at para 50.

[38] The fundamental principle that parties know the case to be met was discussed in D.P. Jones and A.S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5th ed (Toronto: Carswell, 2009) at p 266:

The courts have consistently held that a fair hearing can only be had if the persons affected by the tribunal’s decision know the case to be made against them. Only in this circumstance can they correct evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position. But knowing the case that must be met is not enough, of course; the opportunity to present the other side of the matter must also be allowed.

[39] This appeal raises several aspects of this fundamental principle of fairness. For example, courts have emphasized the requirement that lawsuits be decided within the boundaries of the pleadings. Basing a decision on an issue not raised in the pleadings “deprives the defendant of the opportunity to address that issue in the evidence at trial”: *Rodaro v Royal Bank* (2002), 157 OAC 203, 22 BLR (3d) 274 at para 60, citing *460635 Ontario Ltd v 1002953 Ontario Inc*, [1999] OJ No 4071 (Ont CA). Particularly problematic is the introduction of a theory of liability for the first time in the reasons for judgment. This has been found to be fundamentally unfair, depriving the defendant of the opportunity to rebut the propositions raised in the judgment by way of cross-examination or through evidence: *MNP (Next Friend of) v Bablitz*, 2006 ABCA 245, 397 AR 333; see also *Rodaro*.

[40] It is also fundamentally unfair to deprive a party of the right to respond when findings of misconduct may be made against him. This point was made by the British Columbia Court of Appeal in *Canada Trustco Mortgage Co v Renard*, 2008 BCCA 343, 298 DLR (4th) 216, where the trial judge found the plaintiffs “complicit in any fraud or illegality” that had occurred, an allegation that had not been made in the pleadings or during the trial. In allowing the appeal, Frankel JA noted at para 38-39:

Fairness requires that a trial judge not bring issues into litigation without giving the parties an opportunity to address them. ...

... a party is entitled to know and respond to the case against it, whether by the calling of evidence, or through submissions. This is particularly so when there is a question as to whether a party is engaged [in] criminal activity. In my view, the trial in the case at bar became unfair when the trial judge, acting on his own initiative, made a finding that Mr. and Mrs. Renard acted in concert with Mr. Glockl to defraud Canada Trustco. In effect, the Renards were pronounced guilty of fraud, albeit on an application of the civil burden of proof, without having an opportunity to respond to allegations against them.

[41] For similar reasons, courts have held that it is improper for a judge to take jurisdiction to grant an order that has not been sought by the parties through a properly filed application supported by evidence: *Cold Lake First Nations v Alberta (Minister of Tourism, Parks and Recreation)*, 2012 ABCA 36, 522 AR 159 at para 35. Likewise, in *Jensen v Ross*, 2014 BCCA 173, 373 DLR (4th) 656 at para 24, the British Columbia Court of Appeal cautioned that absent exceptional circumstances judges should not act on their own motion, as to do so “compromises their role of impartial arbitrator”.

[42] The appellants say that the trial judge fell into these errors at various points in her dealings with the parties and in rendering her judgment both in the trial decision and costs award, and that these errors deprived the appellants of a fair hearing. We agree that there are several instances where the appellants were not given an adequate opportunity to know and meet the case against them, and where the trial judge stepped outside her appropriate role as impartial arbitrator. As such, the appellants were not afforded a procedurally fair trial. Those instances are described below.

a. The trial judge’s development of an “alternative scenario” for liability and damages

[43] The most serious breach of the *audi alteram partem* rule arises from the theory of liability and damages advanced by the trial judge, on which she based her conclusion that the appellants were liable in negligence and breach of contract for their representation of the respondents. The trial judge termed this an “alternative scenario” of liability and damages, and describes it at paragraphs [498] to [601] of the trial decision.

[44] As has been mentioned, the pleadings in the negligence action alleged negligence and breach of contract against the appellants in their conduct of the Inspector Action. The statement of claim included allegations that the appellants were negligent in not getting the matter to trial in a timely manner, they failed to claim for all the damages suffered by the respondents, they were negligent in their presentation of the damage claim at trial, that they were unprepared for trial, they entered into negotiations for a reduction in costs and interests to be paid to the respondent without instructions from their clients, and they were negligent in their advice regarding potential appeal of the judgment in the Inspector Action. The appellants' written submissions on the negligence trial deal primarily with these areas.

[45] The pleadings also include a general claim that the appellants were negligent in "failing to properly advise the Plaintiffs". In their written submissions to the trial judge, the respondents submitted that this inadequate advice arose in two areas: advising them that they could not recover financial losses resulting from their inability to buy investment properties; and advising them that they must mitigate the damages being caused to the house by repairing it at any cost. The allegations are broad and the potential damages arising from the alleged negligent advice are not particularized in the respondents' submissions. The appellants' written submissions, likewise, address the allegations briefly and in broad terms.

[46] These allegations of negligent pre-trial advice, rather than the allegations of negligent conduct of the trial contained in the pleadings, are the jumping off point for the trial judge's "alternative scenario" of liability and damages.

[47] The trial judge concluded that the appellants were negligent in failing to identify the options available under the law of damages, which she identified as: (i) repair the house and seek damages for the costs of repairs (the advice given), or (ii) sell the house for its true value and claim the difference between the amount they paid to buy the house and the amount realized on the sale. The trial judge also concluded that the appellants were negligent in failing to retain experts to aid in assessing these options. Those findings then formed the basis for the damages scenario developed by the trial judge, which was, as the appellants argued on appeal, based on several assumptions. For instance, the trial judge assumed that, had the respondents been given the proper legal advice about their options, they would have rejected the option to repair the house defects and would have sold the house in 2001/2002 rather than repair it. Had this been done, the amount of damages would have crystallized before trial and the only issue would have been liability.

[48] The trial judge also found that the appellants negligently advised the respondents as to the law on mitigation, and that they should have advised them to make only those repairs necessary to stop further deterioration. She found the respondents would have spent approximately \$6000 on repairs, rather than the over \$90,000 actually spent. This would have left them with funds available to invest in rental properties, as was their original plan. She assumed that they would have invested \$80,000 in two properties in 2001/2002, each valued at \$90,000. By late spring 2002, the house would have been sold, giving the respondents funds to purchase a home to live in, and they would have had two investment properties generating income. She found the appellants liable for the lost

investment opportunity as a result of their bad advice about damages and mitigation. She also found that the Inspector Action would have been concluded in a more timely manner and the damages portion would have been less complicated if the appellants had acted competently from the outset.

[49] The trial judge concluded that the respondents were not able to take advantage of the alternative scenario because of the appellants' negligence. In her reasons, the trial judge noted that the respondents had not testified that they would have proceeded in this fashion. They did not testify that they would have sold the property. However, the trial judge found that based on their finances and their willingness to accept their lawyer's advice, they would have done so had the option been put to them.

[50] The trial judge calculated damages pursuant to her alternative scenario, assuming that the two rental investment properties would have increased in value by 155% between October 2001 and June 2008, with total damages for the lost gain of \$359,000.

[51] This detailed theory of liability and damages was not presented to the parties and, most importantly, was not presented to the appellants so that they could put forward evidence and argument in response to it. On appeal, the appellants point out a number of assumptions inherent in the alternative scenario for which no evidence was presented at trial. They include:

- a. What the respondents would have to pay for the required experts
- b. The value of the house in its original state
- c. What loss in value could be attributed to deficiencies for which the Inspector was liable
- d. Whether the house could have been sold without further repairs
- e. What expenses would be incurred and revenues could have been earned from the investments the respondents proposed to make
- f. What the increase would have been in value of the properties of the type the respondents would have purchased for investment purposes
- g. Whether the house was initially priced at a favourable basis because of the presence of problems
- h. The market conditions at the time she assumed the house would have been sold

[52] The appellants were not given the opportunity to respond to the assumptions, findings and conclusions drawn by the trial judge in the alternative scenario, either by way of rebuttal evidence, cross examination or legal argument. The trial judge's approach seems to have arisen from her preliminary ruling that expert evidence on the standard of care expected of a competent trial

counsel was not necessary. Regardless of whether that conclusion was correct in law, the result in this case was that the trial judge essentially relied on her own view as to how the litigation ought to have been conducted, constructing a theory of liability and damages as she wrote her decision. The result was that she improperly entered into the fray, and awarded damages on a theory not put to the parties.

[53] The trial judge's approach raises fairness concerns, as a breach of the *audi alteram partem* principle, as well as concerns regarding the reliability of the theory introduced in the reasons for judgment. This latter problem was addressed by Doherty JA in *Rodaro* at para 62:

We rely on the adversarial process to get at the truth. That process assumes that the truth best emerges after a full and vigorous competition amongst the various opposing parties. A theory of liability that emerges for the first time in the reasons for judgment is never tested in the crucible of the adversarial process. We simply do not know how [the trial judge's] lost opportunity theory would have held up had it been subject to the rigours of the adversarial process.

[54] Similar issues arise here. It was an error for the trial judge to advance her own theory of liability and damages in her reasons for judgment, on a basis not pleaded and not advanced during the trial. That error resulted in a serious breach of the rules of natural justice, sufficient to warrant a new trial.

b. The awards of punitive damages

[55] Other breaches of the *audi alteram partem* rule relate to the trial judge's decision to award punitive damages against the appellants, for actions that she characterized as misconduct. The statement of claim does not seek punitive damages. In the course of her trial decision, the trial judge, on her own motion, amended the respondents' pleadings to allow an award for punitive damages on grounds not raised by the respondents. She then proceeded to award punitive damages under two heads: (i) that the individual appellant had misled the Law Society in his response to a 2008 complaint filed by the respondents; and (ii) that the appellants disclosed privileged materials belonging to another client in the course of the negligence trial.

[56] These damage awards are problematic for two reasons: first, because the trial judge decided on her own motion to amend the statement of claim to permit them to be made, thereby depriving the appellants of an adequate opportunity to respond; and second, because they lacked foundation in the evidence or in law.

[57] With respect to the Law Society complaint, the trial judge found that the individual appellant had "misled the Law Society" in his response to the respondents' 2008 complaint, and that his actions were "not accidental but deliberate". She awarded the respondents \$10,000 in punitive damages as a result. The finding appears to have been made on the basis of the appellant's testimony at trial. In her reasons on the preliminary ruling, the trial judge held that the appellant

admitted in testimony that he had “lied” in his communication with the Law Society. As the appellants pointed out in their written submissions, this is inaccurate; the appellant acknowledged that his response to the Law Society was incomplete and contained inaccuracies, but he did not admit to deliberately misleading the Law Society. In the trial decision, the trial judge altered her conclusions somewhat to a finding that he had “misled” the Law Society. This was still a serious finding of misconduct. Importantly, the Law Society did not make any such finding against the appellant. The trial judge’s comments to the contrary, in both her preliminary decision and her trial decision, were not warranted.

[58] Moreover, the interactions between the appellant and the Law Society were not relevant to the negligence action. The Law Society did not find the appellant’s conduct deserving of sanction, and this alleged, unproven misconduct should not have formed the basis for an award of punitive damages.

[59] The trial judge also awarded punitive damages for actions by the individual appellant during the negligence trial that she found to be a breach of solicitor client privilege. For this breach, which did not involve the respondents but other, unrelated clients of the appellants, she ordered the appellants to pay \$25,000 to the Legal Aid Society of Alberta (not a party to the action).

[60] As mentioned previously, the finding of a breach arose from the appellant’s disclosure of handwritten notes he had made during the trial of the Inspector Action. He found these notes towards the end of the negligence trial and disclosed them for the first time while he was giving evidence. The reverse side of two trial note pages contained information from another, unrelated client file. The appellant disclosed these notes to the respondents, and copies of them were entered as an exhibit at trial.

[61] The trial judge found that the disclosure was a breach of the other client’s solicitor-client privilege. She went on to find that the appellant “knew what he was doing was wrong”, notwithstanding apparently inconsistent earlier findings that his actions were “careless” and “thoughtless”. The appellants’ disclosure of client information was certainly careless, but there was no basis on which one could conclude that the breach was deliberate or anything other than inadvertent.

[62] Punitive damages are available only for deliberate wrongful acts which are so “harsh, vindictive, reprehensible and malicious” that they deserve punishment: *Vorvis v Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 SCR 1085 at para 27, 58 DLR (4th) 193. In this instance, the breach of client confidence was careless, but not deliberate. In addition, the conduct for which punitive damages are awarded must be an actionable wrong against the plaintiff: *Whiten v Pilot Insurance Co*, 2002 SCC 18 at para 82, [2002] 1 SCR 595. If the appellants’ breach of solicitor-client privilege was an actionable wrong, it was against the other clients, not the respondents. It is unprecedented to award punitive damages in an action to a person or group that is not a party to that action.

[63] Moreover, both of the findings that led to the awards of punitive damages are serious findings of misconduct. Before such findings are made, it is incumbent on a trial judge to ensure the party affected has adequate notice of the possibility of the finding, and an adequate opportunity to respond to the allegations. This did not happen here. Even with respect to the finding about the Law Society complaint, which had been the subject of comment in the preliminary decision, there was inadequate notice that a further finding leading to a punitive damage award might be made. Similarly, there was an inadequate opportunity to respond to the possibility of a second award of punitive damages payable to a third party, which was highly unusual. These awards constitute further breaches of procedural fairness.

c. The findings of litigation misconduct in the costs award

[64] As was mentioned previously, in her costs decision the trial judge identified several instances of litigation misconduct that, she concluded, justified an award of increased costs. The findings of misconduct were aimed at both the appellants and their counsel at the negligence trial. Having reviewed the record and the trial judge's reasons for her findings, we conclude that these findings cannot stand for two reasons.

[65] First, the findings of litigation misconduct give rise to similar procedural fairness concerns as the other findings already discussed. Although some of the trial judge's concerns had been raised during her dealings with counsel or in her written decisions on the preliminary ruling and the trial decision, there is little indication that the appellants were alerted to the possibility that those concerns could lead to the degree of criticism that followed, or to an award for increased costs. The transcript of the costs hearing reflects a discussion about the costs the respondents, as self-represented litigants, would be entitled to receive, and discussion of allowable disbursements. The possibility of increased costs because of litigation misconduct was not raised at that time. The appellants had an inadequate opportunity to respond to the misconduct findings that were eventually made against them.

[66] Second, there are errors in principle in the making of the costs award that warrant appellate intervention. The trial judge reviewed the law on the type of misconduct that merits an elevated costs award: for example, where a party attempts to "deceive the court and defeat justice" (*Olson v New Home Certification Program of Alberta* (1986), 69 AR 356, 44 Alta LR (2d) 207 (QB)); where the defendants were guilty of positive misconduct that was "contemptuous" of the aggrieved party in forcing that party to exhaust legal proceedings to obtain that which was obviously his (*Max Sonnenberg Inc v Stewart, Smith (Canada) Ltd*, 48 Alta LR (2d) 367, [1987] 2 WWR 75 (QB)); where the positive misconduct "is blatant and calculated to deliberately harm the other party" (*Jackson v Trimac Industries Ltd* (1993), 138 AR 161 (QB) at para 32; aff'd on costs, 155 AR 42 (CA)).

[67] The question before us is whether there was a sufficient basis on which the impugned actions of the appellants and their counsel could be characterized as the kind of positive, deliberate misconduct described in the cases relied upon by the trial judge – misconduct intended to deceive

the court, defeat justice, hinder the proceeding, or harm the respondents. If the findings in the costs award were based on a palpable error with respect to the facts, or were without foundation in the law or the evidence, this is an error in principle and that part of the costs award must be overturned.

[68] The findings of litigation misconduct that are challenged by the appellants on this basis are reviewed below.

“Splitting the Trial”

[69] Many of the difficulties in this case appear to date from the decision by the appellants’ counsel to request and then appeal the trial judge’s preliminary ruling regarding the need for expert evidence on the standard of care. The trial judge’s strong initial reaction upon learning of the appellants’ appeal is apparent from the following exchange:

The Court: [I]f I had known you were going to pull this, I would not have given it to you early. Frankly, I assumed that maybe whatever the decision was, that you would then be prepared to settle it, but clearly not. ... I would never in a million years have done a preliminary thing if I thought for a second that you would use this ploy, and I consider it to be a ploy.

Mr. Cox: My Lady, I take great difference –

The Court: Well, you may.

Mr. Cox: – with – with your terminology of ploy and this being a play. I hadn’t anticipated any kind of appeal. Obviously I didn’t know what your judgment would be. (Transcript p 1834, line 41; p 1835, lines 1-15).

...

Mr. Cox: And, My Lady, I certainly had no intention of pulling the wool over the Court’s eyes, which is the characterization I’m getting from your comments.

The Court: That is precisely the way I feel –

Mr. Cox: Fine.

The Court: -- that the wool has been pulled over my eyes. Mr. Cox, that is why I used the word ploy because that is what I think it has turned into. I really did not expect that this would happen without a discussion with me first (Transcript p 1837, lines 22-32).

...

The Court: So – and I am – I will be honest with you. I am considering writing to the Court of Appeal and expressing my dismay that you have gone ahead and appealed this without a discussion, without any indication when you asked me to decide the preliminary point because the only thing I could think of was that you wanted to know whether or not you were in for a penny or whether you were in for a pound in terms of a settlement. Clearly that was not in your mind, but I think it was up to you, Mr. Cox, to say to the Court, this is what we are thinking: In the event you find against us, rather than going to all the work of preparing argument on the balance of this, we would appeal it, so that I knew what was happening because I would have put a stop to it right then (Transcript p 1840, lines 17-25).

[70] The trial judge's conclusion that the appellants' counsel had used his request for the preliminary ruling as a "ploy" to delay the trial, seems to have been premised on an assumption that the appellants would settle the action if the preliminary ruling went against them. That assumption was incorrect, and there is nothing on the record to suggest that counsel had made any such representation, certainly not intentionally.

[71] In the costs decision, issued almost two years later, the trial judge elaborated on her conclusion that the appellants' attempt to "split the trial" and conduct "litigation by instalments" was an intentional abuse of the court's process and comprised serious litigation misconduct that justified an award of increased costs. At various points in the costs decision, the trial judge referred to the appellants' application and proposed appeal of the preliminary ruling as "a serious abuse of court process" (at para 80); "procedurally illegal" (at para 98); "inappropriate" and "without valid reason" (at para 111); "predatory behaviour" that "served to intimidate and discourage the [respondents]" (at para 107); and "misleading the Court" (at para 156).

[72] We see no basis on the record to attribute any improper motives to the appellants or counsel with respect to their application. While the timing of the application might be characterized as unusual, at no point did the appellants suggest to the trial judge that they would settle the matter if the preliminary ruling was unfavourable to them. The appellants did nothing to mislead the trial judge into drawing this assumption.

[73] Moreover, the trial judge was not obliged to accede to the motion. That process was entirely within her control.

[74] There was no basis for the harsh criticism on this issue directed toward the appellants and their counsel, nor was there any basis for using this conduct as a factor in awarding higher costs and a further \$20,000 award for punitive costs.

Intentional Failure to Disclose Documents

[75] This finding of misconduct relates to the late disclosure of the individual appellant's handwritten notes from the trial of the Inspector Action. These are the same notes that led to the

finding of a breach of solicitor-client privilege, already discussed. The appellant found the notes on Thursday, April 26, 2013 (in the midst of his testimony at the negligence trial) in his file on the respondents' Law Society complaint. He did not notify his counsel or the respondents until the following Monday, April 29. The trial judge concluded there was no excuse for not discovering these documents earlier, and there was no excuse for waiting four days to disclose them. She said, at para 46:

This is very serious litigation misconduct. Attia cannot claim innocence, naiveté, or a misunderstanding of his obligation. He, as a lawyer, let alone a litigator, was perfectly aware of his obligation to full disclosure.

[76] The trial judge also imputed a malicious motive to the appellant's failure to disclose because of a comment in his April 29 testimony to the effect that a lot of his notes on the file "have gone missing". Shortly after that testimony, the appellant disclosed the existence of the trial notes. The trial judge concluded that it was "difficult to construct" an innocent explanation for this testimony. With respect, it is not clear to us that an inference of malicious intent can be drawn from the testimony. The appellant did not say that all of his trial notes had been found, some of them may have been missing still; indeed, the particular conversation being discussed in the impugned testimony does not appear in the trial notes that were found. There may well have been other notes to file, still missing, that referenced that conversation.

[77] The appellant provided a reason for why he did not disclose the trial notes earlier; the documents had been placed in the Law Society file and not re-filed for the negligence action. This is more an example of poor file management than a deliberate attempt to evade disclosure obligations. Moreover, the notes that were eventually disclosed had no impact on the trial. They should have been disclosed earlier, but in our view there is no basis on which to classify this incident as "serious litigation misconduct".

Inadequate Legal Research

[78] The trial judge was dissatisfied with the appellants' legal research in three areas. One of those related to the failure to identify binding Alberta appellate authority, which the trial judge located after writing her preliminary ruling. Whether the other problems identified by the trial judge were actually examples of substandard legal research would be, we suggest, open for debate. In any event, none of them fell short of the ethical standard to not "deliberately refrain from informing a tribunal of any relevant adverse authority that the lawyer considers to be directly on point and that has not been mentioned by another party", as the trial judge found (citing the *Law Society of Alberta Code of Conduct*, s 4.01(2)). There is no basis for concluding that any failure to provide additional case law was deliberate, and therefore unethical.

2. Did the conduct of the trial and the content of the written decisions give rise to a reasonable apprehension of bias?

[79] As is apparent from the preceding discussion, the written decisions contain numerous comments and findings that are critical of the appellants and their counsel. The appellants submit that, when considered cumulatively, these criticisms and the conduct of the trial judge give rise to a reasonable apprehension that the trial judge's decisions were unfairly influenced by *animus* toward the appellants and their counsel.

[80] Judicial impartiality is of central importance to our system of justice. It is a fundamental principle that those who adjudicate must always do so without bias or prejudice, and must be perceived to do so. In *Weywakum* at para 58, the Supreme Court of Canada adopted the following definition of bias from *R v Bertram*, [1989] OJ No 2123 (QL) (HC):

... a leaning, inclination, bent or predisposition towards one side or another or a particular result. In its application to legal proceedings, it represents a predisposition to decide an issue or cause in a certain way which does not leave the judicial mind perfectly open to conviction. Bias is a condition or state of mind which sways judgment and renders a judicial officer unable to exercise his or her functions impartially in a particular case.

[81] A judge must not only be free of actual bias, but must be seen as being free from bias. The oft-cited description of the standard to be met, a reasonable apprehension of bias, is that of Grandpré J in *Committee for Justice and Liberty v National Energy Board*, [1978] 1 SCR 369 at p 394:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically – and having thought the matter through – conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.

[82] There is a presumption of judicial impartiality, which must be displaced by the appellants. The threshold is a high one, and properly so. Instances of impatience, rudeness or criticism do not rise to the standard of a reasonable apprehension of bias if they do not indicate a predisposition to decide a case or issue in a certain way. However, a reasonable apprehension of bias may be found where it seems a judge has prematurely made up his mind, foreclosed argument and given judgment without providing opportunity for a party to be heard: see *Nazarewycz v Dool*, 2009 ABCA 70, [2009] 7 WWR 636 at paras 67-71. The reviewing court must consider the record in its entirety to determine if the impugned conduct cumulatively creates a reasonable apprehension of bias: *Miglin v Miglin*, 2003 SCC 24 at para 26, [2003] 1 SCR 303.

[83] In this case, the numerous unjustified criticisms of and adverse findings against the appellants and their counsel, already discussed in these reasons, raise a concern that the trial judge was predisposed against the appellants. Taken individually, the various adverse findings and criticisms would not be able to withstand appellate review, but they would not necessarily lead to a reasonable apprehension of bias. Taken cumulatively, they point to an *animus* against the appellants and their counsel that is troubling. The sustained reaction of the trial judge to the appellants' decision to apply for and then appeal the preliminary ruling is illustrative of this issue; this was not a case of a trial judge being momentarily frustrated with counsel's conduct. The problem continued with the awards for punitive damages and the findings of litigation misconduct leading to increased costs.

[84] Other examples are apparent in various written decisions. A few examples will suffice to further illustrate the problem:

- discussing the events of the Inspector Action, prior to any allegations of solicitor negligence: "I note that in the covering fax on September 15, 2006, Ms. Malton says: 'We also think you are an excellent lawyer.' Little did she know." (Trial Decision at para 432)
- after noting that the appellant had failed to prove damages during the actual trial: "Following their written submissions on liability issues, there were correspondence and telephone calls between counsel concerning damages at trial. Attia wanted to make submissions concerning damages. Perhaps Attia now understood that he had not proved damages?" (Trial Decision at para 438)
- after suggesting that the Preliminary Decision would not have been necessary if the appellant's counsel had properly researched the law: "Attia's counsel apparently needed the law explained to them." (Costs Decision at para 74)
- stating that Mr. Attia's defence had "made things worse for him than they were at the end of the Plaintiffs' case." (Costs Decision at para 90)
- giving her reasons for agreeing to split the trial: "I acquiesced in part because at that point I saw Mr. Attia's case as a sinking ship... I made the erroneous assumption that given the sad state of Attia's case at the end of the trial, he would instruct his counsel to settle the matter in the event they were not successful on the preliminary issue..." (Costs Decision at para 90)
- referring to the appellant's position on the preliminary issue as "a 'Hail Mary' defence application." (Costs Decision at para 95)

[85] In its totality, a picture emerges of a challenging trial that ultimately became procedurally unfair. Trial judges must have latitude to deal with misconduct by litigants and counsel. Trial

judges must have tools to control the process. But the discretion afforded to them must be exercised judicially on evidence bearing in mind the principles of fundamental justice.

CONCLUSION

[86] The appellants' trial was procedurally unfair. There are several important assumptions and conclusions drawn by the trial judge that were not based on the pleadings, nor on the evidence and arguments presented by the parties, and to which the appellants were not given an adequate or any opportunity to respond. These assumptions and conclusions were central to the finding of liability and the assessment of damages against the appellants.

[87] Moreover, some of the conclusions amounted to serious findings of misconduct by the appellants and serious criticism of their counsel, many of which were unduly harsh and unwarranted. Those findings of misconduct were not supported by the evidence and cannot stand.

[88] The appeal is allowed, the trial decision and costs award are set aside, and the matter is returned for a new trial.

Appeal heard on March 4, 2016

Memorandum filed at Edmonton, Alberta
this 29th day of April, 2016

Paperny J.A.

O'Ferrall J.A.

Veldhuis J.A.

Appearances:

P.G. Kirman
for the Respondents

P.A. Smith, Q.C. as agent for F.V. Cox
for the Appellants

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: *Port Capital Development (EV) Inc. v.*
1296371 B.C. Ltd.,
2021 BCCA 319

Date: 20210820
Docket: CA47585

**In the Matter of the *Companies' Creditors Arrangement Act*,
R.S.C. 1985, c. C-36, as Amended**

-and-

**In the Matter of the *Business Corporations Act*,
S.B.C. 2002, c. 57, as Amended**

-and-

**In the Matter of the Plan of Compromise and Arrangement of
Port Capital Development (EV) and Evergreen House Development
Limited Partnership**

Between:

**Port Capital Development (EV) Inc. and
Evergreen House Development Limited Partnership**

Respondents
(Petitioners/Applicants)

And

1296371 B.C. Ltd.

Appellant
(Respondent/Applicant)

And

Centura Building Systems (2013) Ltd. and Solterra Acquisitions Corp.

Respondents
(Respondents)

Before: The Honourable Mr. Justice Goepel
The Honourable Mr. Justice Voith
The Honourable Mr. Justice Marchand

On appeal from: An order of the Supreme Court of British Columbia, dated
June 15, 2021 (*Port Capital Development (EV) Inc. (Re)*, 2021 BCSC 1272,
Vancouver Docket S-205095).

Oral Reasons for Judgment

Counsel for the Appellant:

J.D. Schultz
E. Watson

Counsel for the Respondents, Centura
Building Systems (2013) Ltd. and Solterra
Acquisitions Corp.:

K.M. Jackson
T.A. Posyniak
G.P. Nesbitt

Counsel for the Respondents, Port Capital
Development (EV) Inc. and Evergreen
House Development Limited Partnership:

D.E. Gruber

Counsel for CMLS Financial Ltd. and
Desjardins Financial Security Life
Assurance Company:

C.D. Brousson
A.L. McCawley

Counsel for Ernst & Young Inc. in its
capacity as the Monitor:

P. Bychawski

Counsel for Aviva Insurance Company of
Canada:

W.L. Roberts

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia
August 17, 2021

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
August 20, 2021

Summary:

The petitioners owned a commercial strata development that experienced financial difficulties when the construction lender stopped funding and demanded repayment of its secured debt. The petitioners sought and received an order under the Companies' Creditors Arrangement Act, staying proceedings against them and implementing a sales and investment solicitation plan. Several offers were forthcoming, including one by the appellant. The chambers judge rejected the appellant's offer but approved the project's acquisition by one of the respondents. The appellant seeks leave to appeal and a direction that the appeal be heard by a five-justice division to allow reconsideration of Cliffs over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp., 2008 BCCA 327 [Cliffs].

Held: Leave to appeal granted; appeal directed to be heard by a five-justice division. How the equity of redemption should be treated in an analysis under the Companies' Creditors Arrangement Act when faced with competing transactions and whether the intention to propose a plan of arrangement to creditors is a necessary precondition to relief were issues of significance. Whether the holding in Cliffs barred the appellant's proposal was highly relevant to the appeal. It was in the interests of justice for the division hearing the appeal to be able to reconsider the decision if necessary.

INTRODUCTION

[1] 1296371 B.C. Ltd. ("129") seeks leave pursuant to s. 13 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 [CCAA] to appeal the June 15, 2021 orders of Justice Fitzpatrick, which dismissed 129's application to approve a proposed refinancing and granted the application of Port Capital Development (EV) Inc. and Evergreen House Development Limited Partnership (together, "the Petitioners") for the sale to Solterra Acquisition Corp. ("Solterra") of the Terrace House Project (the "Project"), a residential strata development located in downtown Vancouver. The chambers judge's reasons are indexed at 2021 BCSC 1272. If leave is granted, 129 seeks a direction that the appeal be heard by a five-justice division to allow reconsideration of *Cliffs over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327 [Cliffs].

[2] When the decision being challenged is based on binding authority from the court, a single justice cannot grant leave. In such circumstances, the leave application is heard by a division of the court and the division has the authority, in turn, to direct the appeal be heard by a five-justice division: *Sangha v. Reliance*

Investment Group Ltd., 2010 BCCA 340 (Chambers); *R. v. Zora*, 2018 BCCA 34 (Chambers); *Skidmore v. Blackmore* (1995), 2 B.C.L.R. (3d) 201 (C.A.). For this reason, this leave application was heard by a division of the Court rather than a single justice.

[3] There is some urgency attached to this proceeding. The sale of the Project approved by the chambers judge is scheduled to close on September 30, 2021. If leave is granted, the parties have arranged that the appeal will be heard on September 21, 2021.

BACKGROUND

[4] The Project is a proposed 19-storey high-rise luxury residential and commercial strata development located at 1250 West Hastings Street, Vancouver. The Project provides for 20 residential units and two commercial retail units above a three-level underground parking arcade. The Petitioners are the owners of the Project.

[5] The Petitioners entered into these CCAA proceedings to allow them to undertake a process towards resolution of their financial difficulties that would allow them to complete the Project. In her reasons, the chambers judge set out in detail the history of the Project and the CCAA proceedings leading up to the orders for which leave is now sought: at paras. 5–42. In these reasons, I will refer to that background information only to the extent necessary to give context to the issues arising on this application.

[6] In September 2017, presales of the units began. In late 2018, construction began. The construction lender is CMLS Financial Ltd. (“CMLS”), which holds a first mortgage against the Project. Aviva Insurance Company of Canada (“Aviva”) provided deposit protection insurance for the presale depositors in order to allow the Petitioners to use the deposit money for the Project. Aviva holds a second mortgage against the Project to secure any claims under the insurance.

[7] As of mid-2020, the parkade and structure for the first level of the building were substantially complete, and approximately 20% of the Project was finished. At that time, approximately \$16 million in presale deposits was in place for 17 residential units and both commercial units. Approximately \$8 million of the deposit money has been spent on the Project.

[8] In May 2020, CMLS stopped funding and demanded payment of its secured debt. In late May 2020, the Petitioners filed these CCAA proceedings, supported by the evidence of Macario Reyes, a director and officer of the Petitioners. At that time, the evidence was that the Petitioners owed approximately \$34.8 million secured debt and \$8 million unsecured and lien debt. One of the lienholders is Centura Building Systems (2013) Ltd. (“Centura”), which is owed \$473,277.

[9] On May 29, 2020, the chambers judge granted the initial order in the CCAA proceedings. The initial order stayed all proceedings against the Petitioners, granted an Administration Charge of \$250,000, and appointed Ernst & Young Inc. as monitor (the “Monitor”), with enhanced powers to assume control of the Petitioners and the Project. Specifically, the Monitor was directed to implement a sales and investment solicitation plan (“SISP”) with input from CMLS and Aviva. The SISP sought a “dual-track” process to either produce bids or offers for a sale of the Project, or an investment in the Petitioners on a going-concern basis, such as in the form of a restructuring, reorganization, or refinancing of the Project.

[10] On June 8, 2020, the chambers judge granted the Amended and Restated Initial Order, extending the stay and other relief granted under the initial order and authorizing interim financing of \$1.25 million—now \$1.8 million—the “Interim Lending Facility”) from Desjardins Financial Security Life Assurance Company (“Desjardins”), a company affiliated with CMLS.

[11] Over the next several months, as detailed in the judge’s reasons, various offers were forthcoming. Ultimately, at the time of the June 8, 2021 hearing, the chambers judge had before her two offers from Solterra (“Solterra Offer #1” and “Solterra Backup Offer”), an offer from Landa Global Acquisitions Inc. (“Landa Offer

#3”), and an offer from 129 (“129 Revised Offer”). 129 is a company controlled by Mr. Reyes and was incorporated to facilitate the proposed refinancing.

[12] The Solterra and Landa offers were asset purchase agreements. The 129 proposal contemplated a complex refinancing of the Project that would repay the Administration Charge, the Interim Lending Facility, and CMLS in full and take an assignment of the CMLS security. 129 said that the transaction was designed to create an opportunity to secure new construction financing that would allow the Petitioners to ultimately repay the new loans, exit CCAA proceedings, and proceed with the Project as intended.

[13] The chambers judge said that the crux of the issues relating to the 129 Revised Offer lay in the CCAA relief that Mr. Reyes and 129 say they must obtain from the court. She summarized that relief as follows:

[48] The crux of the issues relating to the 129 Revised Offer lies in the CCAA relief that Mr. Reyes and 129 say they must obtain from the Court. They seek the following Court approval and orders, said to be necessary to implement the 129 Revised Offer:

- a) an extension of the stay of proceedings to December 11, 2021;
- b) Authorization to release the pre-sale deposits to 129 to allow 129 to pay \$8 million to CMLS for the purchase and assignment of the CMLS security, to stand as an advance by 129 to the Petitioners secured by the CMLS security. All of these pre-sale purchasers consent to the release of the deposits;
- c) Authorization to borrow up to \$750,000 from [1260780 B.C. Ltd. (“126”)] for the “working capital” loan and approval of the terms of the commitment letter. Contrary to Mr. Reyes’ statement that this would “likely” require a restructuring of the partnership interests, the Court is being asked to bless the commitment letter to seemingly grant 126 the “right, in its sole discretion” to convert the debt into limited partnership units that *will be* preferential to all classes of existing units in the limited partnership;
- d) The “Refinancing Transaction” involves granting Court approval to the Petitioners to borrow money from Domain to fund the Interim Lending Facility and repay CMLS in full and take an assignment of the CMLS security, up to \$25 million. This “Refinancing” or “New Loan Facility” is to be documented in the usual fashion, with the significant proviso that the Petitioners are authorized to agree to amendments so as to provide that the CMLS security would secure *all obligations* of the Petitioners to both Domain, 126 and

129 (i.e. about \$25 million) and stand as a first secured charge on the Project.

[Emphasis in original.]

[14] The Monitor reported that if the 129 Revised Offer completed, it would result in a materially better outcome for the stakeholders than either the Solterra or Landa offers.

[15] The chambers judge summarized the financial consequences to the major secured creditors of the various offers as follows:

[42] In broad strokes, as of June 8, 2021, the financial consequences to the two major secured creditors of the various offers before the Court were as follows:

- a) Under the Solterra and Landa cash offers, the Interim Lending Facility and priority professional fees would be paid. In addition, CMLS would suffer a shortfall to varying degrees: Solterra Offer #1 — \$3.2 million shortfall; Landa Offer #3 — \$1.7 million shortfall; and Solterra Backup Offer — a shortfall in excess of \$500,000;
- b) Under any of the cash offers, the Petitioners would disclaim the \$16 million of pre-sale agreements. Aviva would immediately crystallize its exposure (estimated at \$8.6 million). Both CMLS and Aviva hold security against the \$8 million cash deposits. CMLS/Aviva would then potentially advance arguments that these pre-sale purchasers had forfeited the right to a return of those cash deposits such that CMLS/Aviva could claim those amounts toward satisfaction of their loans; and
- c) Under the 129 Revised Offer, the material benefits, as noted by the Monitor were: 1) the Interim Lending Facility and CMLS would be paid in full; 2) Aviva's security position would be "improved" with the prospect of full or material recovery; and 3) the parties would avoid litigation with respect to the \$8 million in pre-sale cash deposits by converting them into a secured position against the Project.

[16] 129 brought its application and rested its arguments on s. 11 of the CCAA as the jurisdictional basis upon which it asked the court to grant the relief sought. Section 11 allows the court broad discretion to grant relief that is "appropriate in the circumstances."

[17] At the hearing on June 8, the 129 application to approve the 129 Revised Offer was supported by CMLS and Aviva. CMLS' support was conditional on the

court approving either the Landa or Solterra offers as a backup in case the 129 Revised Offer did not complete. The Petitioners and the Monitor took no position on the 129 application. The 129 application was opposed by Centura and Solterra.

THE CHAMBERS JUDGE'S REASONS

[18] The chambers judge first considered whether she should approve the 129 Revised Offer. She found that the relief sought by 129 was not appropriate, including the stay and the refinancing approvals in 129's draft order. She declined to exercise her statutory discretion under s. 11 of the CCAA to grant the requested relief. In reaching this decision, she concluded, among other things:

- a) the 129 refinancing was not a redemption of the CMLS mortgage;
- b) comparing the 129 refinancing with the outcome if the Solterra or Landa offers were approved would be a "very unprincipled basis" upon which to argue the 129 financing was appropriate;
- c) the 129 refinancing might not have been objectionable if it had been structured as a sale, whether via an outright sale or a reverse vesting order; and
- d) the circumstances of this case were similar to those in *Cliffs*, and since there was no evidence of an intention to propose a plan of arrangement or compromise to creditors, the 129 financing was not appropriate.

[19] Having found the 129 offer was not appropriate, the chambers judge then went on to consider the two competing cash offers. She found that the Solterra Backup Offer should be approved as reasonable and indicative of the fair market value of the Project. That offer would satisfy the priority debt, the professional charges, and the Interim Lending Facility—and provide almost full payment to CMLS. Aviva would face a shortfall of \$8.6 million with limited prospect of any recovery. All other creditors would also be "out of the money."

GROUND OFS OF APPEAL

[20] 129 now seeks leave to appeal. It submits the chambers judge erred:

- a) in fact and law by concluding the 129 refinancing was not a redemption;
- b) in fact and law by determining that it was not appropriate to grant the 129 application because there was no evidence of an intention to propose a plan of arrangement or compromise to creditors, despite the application being on notice to all creditors and supported by the two senior secured creditors; and
- c) in law by approving the Solterra offer in the face of the 129 refinancing, which would clearly result in a better outcome for all stakeholders and is consistent with the remedial purposes of the CCAA.

[21] Aviva supports the leave application. It is opposed by Centura, Solterra, CMLS, and Desjardins. The Monitor takes no position on the application. The Petitioners, notwithstanding that on July 30, 2021, they entered into a revised interim financing agreement with 129 and that they and 129 are controlled by Mr. Reyes, oppose the leave application. When questioned in regards to the contradictory nature of those positions, counsel for the Petitioners advised that in opposing the application for leave, he was acting on the Monitor's instructions. The Monitor acknowledged it had given such instructions but was unable to provide the basis on which it was entitled to do so.

POSITIONS OF THE PARTIES**A. 129**

[22] 129 submits that the chambers judge erred in concluding that the 129 refinancing was not a redemption of the CMLS mortgage. In this regard, the chambers judge said:

[56] 129 describes the transaction in its application materials as a "redemption financing" and counsel submits that it is "effectively" a redemption of the CMLS mortgage. Centura refers to well-settled law that the

right of redemption in these circumstances allows the subordinate mortgagee (Aviva), not the mortgagor (the Petitioners), to redeem the CMLS mortgage by paying it out and taking an assignment of the security: *Classic Mortgage Corporation v. 0768723 B.C. Ltd.*, 2017 BCSC 1100 at paras. 13-16.

[57] This transaction is not a redemption of the CMLS mortgage. The Petitioners are not paying CMLS. Aviva is not paying CMLS, although I acknowledge that Aviva consents to CMLS being paid out by 129/Domain and the assignment of the CMLS mortgage to Domain/Newco. While there are features of this transaction that one might see in a redemption scenario, this is well beyond a redemption by which the CMLS security is simply assigned to Domain. In fact, Domain is not content with the existing terms of the CMLS security; it requires that the terms of the CMLS security be amended.

[23] While 129 does not quarrel with the broad proposition that the right of redemption allows only the subordinate mortgagee, not the mortgagor, to redeem, it submits that rule is subject to an exception that allows the mortgagor to redeem the first mortgage if it is done with the consent of the second mortgagee: *Classic Mortgage Corporation v. 0768723 B.C. Ltd.*, 2017 BCSC 1225 at para. 43. In this case, Aviva consents to the redemption.

[24] 129 submits that an owner's right to redeem is a core principle of real estate law: *BCIMC Construction Fund Corporation et al. v. The Clover on Yonge, Inc.*, 2020 ONSC 3659 at paras. 37–40. 129 submits it was an error in principle for the chambers judge not to consider the right of redemption in weighing whether it was appropriate to approve the 129 Revised Offer. 129 submits that if the chambers judge had correctly determined that the 129 offer was a redemption, the appropriateness analysis may have been significantly different.

[25] 129 further submits that the chambers judge erred in principle in concluding that the 129 refinancing was not appropriate. In this regard, she failed to consider all of the circumstances and instead focused her analysis on only one issue, namely, the lack of evidence of an intention to propose a plan of arrangement or compromise to all the creditors.

[26] 129 submits that the chambers judge's analysis is premised on the basis that *Cliffs* stands for the broad principle that a debtor must provide evidence of its

intention to propose a plan of arrangement to creditors in order to obtain relief under the CCAA. In support of this submission, it points to the judge's comment at para. 77, where she said, "Crucially ... 129 also seeks an extension on the stay of creditors' rights without any indication that it will put forward a plan of arrangement or compromise on which the Petitioners' creditors may vote."

[27] 129 submits that if the chambers judge is correct and that *Cliffs* stands for that broad principle, a five-justice division should reconsider *Cliffs*. In support of its submission that the remedial objectives of the CCAA are broader than articulated in *Cliffs*, 129 relies on the subsequent decisions of the Supreme Court of Canada in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60 and 9354-9186 *Québec inc. v. Callidus Capital Corp.*, 2020 SCC 10 [*Callidus*]. In the alternative, 129 submits that, if *Cliffs* does not stand for that broad proposition, the chambers judge erred in her interpretation of *Cliffs*.

[28] 129 submits, in the circumstances of this case, the chambers judge's concerns for the rights of creditors ranked below Aviva was misplaced because those creditors will not recover anything from either of the proposals. It submits the appropriateness analysis should have centred on the outcome for parties who stood to benefit from the 129 Revised Offer. In particular, it notes that under the 129 Revised Offer, CMLS will be paid in full, Aviva may escape any exposure, and the pre-purchasers will not lose their rights to purchase a unit in the Project.

[29] 129 says the chambers judge's error is clearly illustrated by her comments at para. 73:

[73] Again, as already stated, 129 does not seek relief under s. 11.2 of the CCAA. 129's counsel only suggests that its "refinancing" is appropriate in disregarding the interests of the other creditors, including the lienholders, since they are currently "out of the money". I agree with 129's counsel's assessment of the likely current monetary value of the other creditor's interests. However, in my view, that is a very unprincipled basis upon which to argue that this "refinancing" is an "appropriate" outcome in the balancing exercise with regard to all stakeholders.

B. Aviva

[30] Aviva supports 129's application for leave and adopts its submissions. It submits the issues raised in the proposed appeal have merit and are significant to the parties and to the practice. Aviva submits it may not be necessary to reconsider *Cliffs*, as the chambers judge erred in law and fact by failing to recognize that *Cliffs* is distinguishable and further erred in law in her interpretation of *Cliffs* by failing to consider the expanded formulation of the CCAA's remedial purpose in more recent and binding authorities. Aviva submits, however, that if this Court finds *Cliffs* is binding authority in British Columbia for the principle that a debtor must provide evidence of their intention to propose a plan of arrangement to creditors in order to obtain relief under the CCAA, then Aviva agrees with 129 that *Cliffs* ought to be reconsidered by a five-justice division.

[31] Aviva submits that the chambers judge erred in her analysis by focusing on the structure of the 129 offer instead of its impact on the various stakeholders.

[32] Aviva submits the appeal is of particular significance to it. If the sale to Solterra completes, Aviva will immediately lose \$8.6 million with limited prospects of recovery. This result may be avoided entirely if the 129 refinancing is approved.

[33] Aviva further submits that the chambers judge erred by failing to appreciate the two-staged nature of the 129 plan. In the first stage, CMLS would be paid in full, and the Project would remain in CCAA protection as it attempted to raise new construction financing that, if received, would allow the Project to be completed as originally contemplated. In those circumstances, Aviva and other creditors may have the chance of escaping unscathed.

[34] Aviva submits the judge failed to consider other countervailing factors in her appropriateness analysis, including Aviva's right to redeem and the Petitioners' right to compel an assignment of the CMLS mortgage. Aviva submits that the chambers judge's emphasis that the 129 offer does not deal with the claims of other creditors is misplaced. In that regard, Aviva points out that the concern for the creditors other

than CMLS and Aviva is artificial because those creditors will not recover anything under the approved Solterra offer.

C. Centura/Solterra

[35] Centura and Solterra are related companies. Solterra's offer to purchase the assets of the Project was approved subsequent to the judge dismissing the application of 129. Centura is a creditor who will receive nothing under either proposal. Notwithstanding their very different roles, they are represented by the same counsel.

[36] In their submissions before the chambers judge, Centura/Solterra opposed the 129 offer, and on this application, they oppose the granting of leave. On this application, they noted that leave is granted sparingly in CCAA proceedings. They submit that the appeal is without merit. They submit that the chambers judge was entitled to and did take note of the fact that there was no evidence of any intention on the part of 129 or the Petitioners to resolve or even address the claims of creditors affected by their proposed refinancing transaction, let alone seek approval of those transactions from affected creditors by proposing a plan on which the creditors could vote. They submit the judge was properly concerned about the commercial viability of the overall restructuring plan and found that the new construction financing 129 intended to secure at a later date was "speculative at best."

[37] Centura/Solterra submit that 129's arguments conveniently ignore the interest of all other stakeholders, including lienholders, which would be prejudiced by the order sought by 129. They submit that, in these circumstances, there is no basis on which one could suggest that 129 had found common ground amongst the stakeholders, notwithstanding that both CMLS and Aviva, the two parties directly affected by the proposals, were generally supportive of the 129 offer.

[38] Centura/Solterra submit that the proposed appeal raises no points of interest to the practice and that the judge's decision involved the exercise of her discretion with reference to established authorities. They submit there is no precedent for the

CCAA relief that 129 sought from the court and that the chambers judge did not err in refusing the application.

[39] Centura/Solterra put particular emphasis on the fact that the appeal will unduly hinder the progress of the action. They point out that the Solterra sale must close before the end of September 2021 and that if the appeal is allowed to go forward, there is a risk that either the Petitioners or Solterra may terminate the sales agreement. They submit leave, if granted, will create uncertainty as to the time of completion of the Solterra sale or whether it can be completed at all.

[40] Centura/Solterra also point out that there is no certainty that 129's plan will come to fruition, let alone in a timely fashion. In this regard, they note there is no assurance that anyone other than CMLS will make any recovery. In these circumstances, they submit that it is not in the interest of justice to grant leave.

[41] Centura/Solterra submit the Court should refuse the request for a five-justice division. In that regard, they submit that the judge could have exercised her discretion in the same way without reference to *Cliffs*. They further submit that *Cliffs* is not inconsistent with the subsequent Supreme Court of Canada authorities.

D. CMLS and Desjardins

[42] CMLS and Desjardins also oppose the request for leave. They do so because they doubt the ability of 129 to complete the proposed refinancing, notwithstanding that if the 129 financing completes, CMLS will be made whole. They submit that if leave is granted, it will unduly hinder the progress of the action. In this regard, they submit that if leave is granted and a five-justice division is allowed to hear the appeal, there is no certainty of a decision being reached before the September 30, 2021 closing date of the sale to Solterra. Even if a decision was reached in favour of 129 before September 30, 2021, the 129 refinancing is not set to fund until late October 2021. In these circumstances, CMLS submits there is jeopardy that the Solterra sale could be lost.

[43] In addition, CMLS submits that any delay will cause it significant prejudice. In that regard, it notes that priority funding ahead of CMLS includes payment of professional fees of the Monitor and its legal counsel as well as the Petitioners' counsel. The appeal will necessitate further payment to these groups of professionals, as well as CMLS and Desjardins incurring their own increased legal fees. These additional expenses will reduce the amount of funds available for recovery to CMLS if ultimately the appeal is dismissed or if the 129 Revised Offer is approved but 129 does not complete.

E. The Petitioners

[44] As noted, the Petitioners, although taking no position in the court below on this application, opposed leave on the basis it would unduly hinder the progress of the action. In this regard, it echoed the submissions of CMLS that the appeal would serve only to divert limited resources and also risk the closing of the Solterra transaction. The submissions of the Petitioners are, however, somewhat artificial. The Petitioners have entered into the interim financing agreement with 129. Mr. Reyes is a principal of both the Petitioners and 129. The Petitioners' submissions on this application were apparently dictated to them by the Monitor, which itself refused to take a position. In these circumstances, the weight to be given to these submissions is limited.

TEST FOR LEAVE

[45] The test to be applied in determining whether leave to appeal should be granted is set out in *Goldman, Sachs & Co. v. Sessions*, 2000 BCCA 326:

1. Is the point on appeal of significance to the practice?
2. Is the point raised of significance to the action itself?
3. Is the appeal *prima facie* meritorious or frivolous?
4. Will the appeal unduly hinder the progress of the action?

[46] The criteria for leave are “all considered under the rubric of the interests of justice”: *Vancouver (City) v. Zhang*, 2007 BCCA 280 at para. 10.

[47] Where leave is sought to appeal a discretionary order, the third factor requires an assessment of “whether there is an arguable case that the chambers judge erred in principle, made an order that is not supported by the evidence, or whether the order appealed will result in an injustice”: *Hagwilneghl v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2011 BCCA 478 at para. 31. The applicants must establish a reasonable possibility that a division of the Court of Appeal would grant the appeal on its merits: *Webb v. Canada (Attorney General)*, 2019 BCCA 288 at para. 15.

[48] For reasons explained by Justice Tysoe in *Edgewater Casino Inc. (Re)*, 2009 BCCA 40, leave to appeal from CCAA orders is given sparingly. This is because in most cases the orders are discretionary in nature, and if leave is granted, it might unduly disrupt the ongoing CCAA proceedings.

DISCUSSION

A. Is the appeal significant to the practice?

[49] I agree with the appellant that the questions concerning how the equity of redemption should be factored into an analysis under the CCAA when faced with competing transactions and whether an intention to propose a plan of arrangement or compromise to creditors is a necessary precondition to relief under the CCAA raise issues of significance to the practice. While I agree with Centura/Solterra that there is no precedent for some of the relief sought, that in itself is not a basis to deny leave. To paraphrase Justice Fitzpatrick in *Quest University Canada (Re)*, 2020 BCSC 1883 at paras. 153–154, leave to appeal ref'd *Southern Star Developments Ltd. v. Quest University Canada*, 2020 BCCA 364, the history of CCAA jurisprudence under the court's broad statutory discretion is littered with court approval of innovative solutions. The question is whether the particular solution meets the remedial objectives of the CCAA: *Callidus* at para. 49.

B. Is the point of significance to the action itself?

[50] The appeal is obviously of significance to the parties. On the one hand, Solterra is currently the approved purchaser of the Project. On the other hand, 129 seeks to refinance the Project and proceed with the Project for the benefit of all creditors. The appeal is of particular significance to Aviva. If leave is denied, it stands to lose \$8.6 million with little hope of recovery.

C. Is the appeal *prima facie* meritorious or frivolous?

[51] The answer to this question requires a consideration of the grounds of appeal. In this case, the parties are not in agreement as to whether the orders were strictly discretionary. If the decision below is considered a purely discretionary order, there must be an arguable case that the chambers judge erred in principle, made an order that was not supported by the evidence, or made an order that would result in an injustice. Even if the order is considered to be discretionary, the appellant has raised an arguable case that the chambers judge erred in principle. In this regard, I refer to the submissions concerning the equity of redemption, *Cliffs*, and the failure to compare the competing offers. I find the appellant has established a reasonable possibility that a division of this Court would grant the appeal on its merits.

D. Will the appeal unduly hinder the action?

[52] As to whether an appeal would unduly hinder the progress of the action, I acknowledge and recognise the concerns of CMLS concerning its potential prejudice if the appeal is allowed to go forward. If the appeal is ultimately dismissed, CMLS will recover less money than at present. Its position will be further prejudiced if, for any reason, the Solterra offer is withdrawn. Balanced against this potential prejudice, there is, of course, the possibility that the appeal might succeed and, if the 129 offer is funded, CMLS will indeed end up in a better position than they are at present. The prejudice to CMLS has to be balanced against the prejudice to Aviva and the pre-purchasers. Aviva stands to lose \$8.6 million if leave is denied, and the pre-purchasers will be denied the units they purchased.

[53] In my view, in the present circumstances, the appeal will not unduly hinder the action's progress. While under the terms of the Solterra Backup Offer, the closing of the sale is to take place September 30, 2021, the appeal itself is scheduled to be heard on September 21, 2021. Solterra and the Monitor can agree under the terms of the sale agreement to extend the date for closing. While there is no assurance they will do so, given that Solterra, in the course of the bidding process, significantly raised its offer, it seems highly unlikely that, less than two months later, it would now withdraw from the transaction.

[54] Given all of the above, I am satisfied that it is in the interests of justice to grant leave to appeal.

FIVE-JUSTICE DIVISION

[55] The chambers judge found that a crucial consideration was that 129 was seeking an extension of the stay of creditor's rights without any indication it would put forward a plan of arrangement or compromise upon which the Petitioners' creditors may vote. She accepted the argument of Centura that the circumstances were similar to those in *Cliffs*. She quoted Justice Tysoe's comment in *Cliffs* that:

[38] ... The CCAA was not intended, in my view, to accommodate a non-consensual stay of creditors' rights while a debtor company attempts to carry out a restructuring plan that does not involve an arrangement or compromise upon which the creditors may vote.

[56] Whether those comments in *Cliffs* extend to and effectively prohibit the proposal of 129 is a matter of general import. While I appreciate the division hearing the appeal could conclude that *Cliffs* is distinguishable, it may hold otherwise, in which case it would be important that the division have the power, if they considered it appropriate, to reconsider *Cliffs*. Accordingly, in my view, a five-justice division is appropriate.

SUMMARY

[57] In summary, therefore, I would grant leave to appeal and direct the appeal be heard by a five-justice division. The appeal will proceed on September 21, 2021. The

chambers judge's order with respect to the Solterra Backup Order is stayed pending the hearing of the appeal. It will be up to the division hearing the appeal to determine whether the stay should or should not be continued. 129 will, by consent, post \$10,000 for security for Solterra's costs of the appeal.

[58] **VOITH J.A.:** I agree.

[59] **MARCHAND J.A.:** I agree.

[Discussion with counsel re: timing of payment of the security]

[60] **GOEPEL J.A.:** The posting of security for costs in the sum of \$10,000 will coincide with the date when the appellant's factum is due (September 1, 2021). A term of the order should include that if the security for costs is not posted, the appeal will be stayed and the stay of the sale will be lifted. By consent, security for costs will be held in counsel's the trust account.

[Further discussion with counsel re: filing schedule]

[61] **GOEPEL J.A.:** I would propose the appeal record and appeal book be filed separately. The filing of the certificate of readiness is dispensed with. The appellant will file its factum, appeal record, and appeal book by September 1, 2021. All of the respondents will file their factums, individual appeal books, and condensed books by September 13, 2021. If there is to be a reply filed, it will be filed by September 17, 2021. Any further evidence to be filed by the parties should be filed by their respective factum filing date.

"The Honourable Mr. Justice Goepel"

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Servus Credit Union Ltd v Crelogix Acceptance Corporation, 2020 ABCA 220

Date: 20200529

Docket: 1903-0029-AC;

1903-0031-AC

Registry: Edmonton

1903-0029-AC

Between:

Servus Credit Union Ltd.

Respondent
(Applicant)

- and -

**Alvarez & Marsal Canada Inc. in its capacity as the receiver and manager of
Crelogix Acceptance Corporation, Crelogix Portfolio Services Corp.,
and Crelogix Credit Group Inc.**

Appellants
(Not party to Application)

- and -

**Crelogix Acceptance Corporation, Crelogix Portfolio Services Corp.,
Crelogix Credit Group Inc., Karl Sigerist, Nicholas Carter,
Mike McKay and Michael Mills**

Not Parties to Appeal
(Defendants)

- and -

**1537891 Ontario Inc., carrying on business as Positive Promotions; Elder Enterprises Ltd.;
J&B Cycle and Marine Co. Ltd.; North Bay Cycle & Sports (2015) Inc.; Clare's Cycle and
Sports Ltd.; 900337 Ontario Inc., carrying on business as Gaston's Sports & Marine;
Andrews Sports, a partnership between John Geoffrey Andrews, Jane Andrews, Jason
William Andrews, Joshua Robinson Andrews and James Richard Andrews; Recreational
Parts and Accessories Limited; Renovation & Construction Gauthier et Peloguin; Blackfoot**

Motorcycle Ltd.; Airdrie Trailer Sales Ltd.; Badiuk Equipment Ltd.; Broadview Power Sports Ltd.; Broker's Marine & Sport Ltd.; Elk Island Sales Inc.; Fraser Pacific Equipment Corp.; GRM Sales Ltd., carrying on business as Bar T5 Trailers Sask; Happy Camper R/V Alberta Ltd.; Jake's Speed Shop Inc., carrying on business as J&J Sports; Northstar Recreation Ltd. carrying on business as Ken's Marine; 1784302 Alberta Ltd., carrying on business as M&P Trailer Sales; Mountain Toys Polaris Ltd.; Proline Motorsports & Marine Ltd.; 1455300 Alberta Ltd., carrying on business as Raven Truck Accessories; Recreational Power Sports Inc.; Red Line Power Craft Ltd.; Rick's Marine (1999) Ltd.; 1431209 Alberta Inc. carrying on business as Riderz; Traction Motorcycles Ltd., carrying on business as Daytona Motorsports; Trailer Country Ltd.; Whitecap Recreation, a partnership between Northshore Automotive Ltd. and Southshore Automotive Ltd.; Dynasty Spas Inc., carrying on business as World of Spas Calgary; 1781457 Alberta Ltd., carrying on business as World of Spas Edmonton; Holland Contracting Limited; Adventure Power Products Ltd; Breathe E-Z Homes Ltd.

Respondents
(Not parties to Application)

1903-0031-AC

And Between:

Servus Credit Union Ltd.

Appellant
(Applicant)

- and -

**Alvarez & Marsal Canada Inc. in its capacity as the receiver and manager of
Crelogix Acceptance Corporation, Crelogix Portfolio Services Corp.,
and Crelogix Credit Group Inc.**

Respondents
(Not party to Application)

- and -

**Karl Sigerist, Nicholas Carter,
Mike McKay and Michael Mills**

Not Parties to Appeal
(Defendants)

- and -

1537891 Ontario Inc.; Elder Enterprises Ltd.; J&B Cycle and Marine Co. Ltd.; North Bay Cycle & Sports (2015) Inc.; Clare's Cycle and Sports Ltd.; 900337 Ontario Inc.; Andrews Sports, a partnership among, Jason William Andrews, Joshua Robinson Andrews, James Richard Andrews and John Geoffrey Andrews; Recreational Parts and Accessories Limited; Renovation & Construction Gauthier et Peloguin; Blackfoot Motorcycle Ltd.; Airdrie Trailer Sales Ltd.; Badiuk Equipment Ltd.; Broadview Power Sports Ltd.; Broker's Marine & Sport Ltd.; Elk Island Sales Inc.; Fraser Pacific Equipment Corp.; GRM Sales Ltd.; Happy Camper R/V Alberta Ltd.; Jake's Speed Shop Inc.; Northstar Recreation Ltd.; 1784302 Alberta Ltd.; Mountain Toys Polaris Ltd.; Proline Motorsports & Marine Ltd.; 1455300 Alberta Ltd.; Recreational Power Sports Inc.; Red Line Power Craft Ltd.; Rick's Marine (1999) Ltd.; 1431209 Alberta Inc.; Traction Motorcycles Ltd.; Trailer Country Ltd.; Whitecap Recreation, a partnership between Northshore Automotive Ltd. and Southshore Automotive Ltd.; Dynasty Spas Inc.; 1781457 Alberta Ltd.; Holland Contracting Limited; Adventure Power Products Ltd; Breathe E-Z Homes Ltd.

Respondents
(Not parties to Application)

The Court:

**The Honourable Mr. Justice Peter Costigan
The Honourable Madam Justice Sheila Greckol
The Honourable Mr. Justice Kevin Feehan**

Memorandum of Judgment

Appeal from the Judgment by
The Honourable Mr. Justice R.A. Graesser
Dated the 21st day of January, 2019
(2019 ABQB 48, Docket: 1703 12765)

Memorandum of Judgment

The Court:

I. Introduction

[1] Crelogix Acceptance Corporation, Crelogix Credit Group Limited and Crelogix Portfolio Service Corporation (collectively, Crelogix) carried on the business of financing consumer purchases of large chattels where the customer was not able to pay the full purchase price upfront but the merchant did not want to provide finance itself.

[2] The appellant Servus Credit Union (Servus) (appeal no. 1903 0031) is a secured creditor of Crelogix and has security under a security agreement over all of Crelogix's present and after-acquired property

[3] In July 2017, the appellant Alvarez & Marsal Canada Inc. (Alvarez) (appeal 1903 0029) was appointed receiver of Crelogix, following a court application by Servus.

[4] The respondents in the two appeals are merchants in the business of selling chattels such as motorcycles, recreational vehicles and boats (the merchants).

[5] These appeals concern an application to determine who has priority to the proceeds of loans and promissory notes in the Crelogix receivership. The dispute is between Servus and the merchants who contracted to assign loans and promissory notes to Crelogix but were not paid for them. The chambers judge found that the unpaid merchants either (1) retained title to the promissory notes and loans because of an implied term to that effect in the master agreement between them and Crelogix or (2) Crelogix held the promissory notes on constructive trust for the unpaid merchants. Either way, the unpaid merchants' claim to payments made under promissory notes and loans had priority over the Servus security interest. The transaction documents are governed by British Columbia law and the chambers judge decided the application accordingly.

[6] Servus and Alvarez both appeal the chambers judge's decision and each has submitted their factum for consideration in the other appeal.

II. Facts

The Business of Crelogix

[7] Crelogix supplied financing for the purchase of large chattels where the customer was not able to pay the full purchase price upfront but the merchant did not want to provide finance itself.

[8] When a merchant sold a chattel to a customer, the parties would enter into a loan agreement under which the customer agreed to pay the purchase price over a number of years. The merchant assigned the loan agreement to Crelogix which would pay the purchase price to the merchant.

[9] For the merchants' sales to be eligible for Crelogix financing, merchants were required to enter into Merchant Agreement 1 with Crelogix.

[10] Merchant Agreement 1 operated as follows:

- Merchants would invite Crelogix to purchase a loan agreement on the terms set out in the Merchant Agreement by submitting a credit application and the loan agreement to an online platform.
- Crelogix would review the application and provide a credit decision.
- If Crelogix approved the credit application, it would then conditionally offer to purchase the loan agreement by posting a promissory note (expressed to be between the merchant and the customer and Crelogix) and other documents on the online platform.
- If the merchant accepted the offer, the merchant and the customer would execute and deliver the required documentation ("required documents" is not defined but includes, at least, the promissory notes and the loan agreements): clause 2.2.10.
- The merchant was then required to assign the benefit of the loan agreement and promissory note: clause 3.1.1.
- Crelogix was required to pay the merchant within five business days: clause 3.1.2.

[11] On receipt of payment from Crelogix, the merchant would release the purchased goods to the customer.

Receivership over Crelogix

[12] By July 2017, Crelogix was in financial strife. It was heavily indebted to Servus on a secured line of credit, it was in default on its indebtedness to other creditors, and had not paid several merchants for loan agreements and promissory notes apparently assigned to it.

[13] Servus was appointed the receiver of Crelogix under s 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, RSC 1985, c B-3. It took the position that unpaid merchants under Merchant Agreement 1 had assigned the loan agreements and promissory notes to Crelogix (so Crelogix was entitled to their proceeds) and that the merchants were unsecured creditors.

[14] On April 13, 2018, the chambers judge established a procedure for unpaid merchants to file claims to the receiver. A total of 37 unpaid merchants filed claims, altogether amounting to \$656,000. Most of those merchants are respondents in this appeal.

[15] After this was done, the chambers judge heard argument about whether Servus or the unpaid merchants had the prior claim to the proceeds of the loan agreements/promissory notes. The chambers judge ultimately decided that this depends on whether the unpaid merchants actually assigned the loan agreements and promissory notes to Crelogix or whether Crelogix holds the benefit of them on trust for the unpaid merchants.

III. Decision Below

[16] The first issue in the chambers judge's reasons was whether the unpaid merchants had assigned the loan agreements and promissory notes to Crelogix.

[17] The chambers judge noted that, according to the express terms of Merchant Agreement 1, the merchants assigned the benefit of the promissory notes "upon delivery of the required documents ... to Crelogix" in accordance with clause 2.2.10 of Merchant Agreement 1: *Servus Credit Union Ltd v Crelogix Acceptance Corporation*, 2019 ABQB 48 [Decision] at para 66. In other words, the merchants assigned, and were required to assign, the notes to Crelogix before Crelogix was obliged to pay them the purchase price for the chattels sold.

[18] However, the chambers judge implied a term into Merchant Agreement 1 that the merchants' assignments of the promissory notes did not take effect until Crelogix paid the merchants. He formulated this term in various ways (Decision at para 105) but the idea is clear. The consequence of the implied term was that none of the unpaid merchants had assigned the benefit of the promissory notes to Crelogix. Since title remained in the unpaid merchants, the promissory notes never became the property of Crelogix and Servus never had a security interest in them: Decision at para 239. The chambers judge thought this resolved the priority dispute.

[19] The chambers judge found that the "officious bystander test" for implication of terms was met. An officious bystander would think it obvious that, under Merchant Agreement 1, Crelogix does not receive an assignment of the promissory notes before Crelogix has paid for them. He reasoned that "there was no business requirement" for Crelogix to take title to the promissory note before it paid the purchase price (Decision at para 101) and wrote that implication of the term "is not inconsistent with the officious bystander [test]": Decision at para 111.

[20] As to the "business efficacy test", the chambers judge did not say that the implied term was necessary to give business efficacy to Merchant Agreement 1. Rather, he said it was not necessary to interpret the agreement as lacking the term: Decision at para 107. At other places, he wrote that implying a term that made the assignment conditional on payment was necessary to avoid

frustrating the “business purpose of the Merchant” (Decision at para 119, emphasis added) and that neither party “needed” there to be an assignment without payment: Decision at paras 119, 126.

[21] The chambers judge gave other reasons for implying the term: Decision at paras 108-109, 113.

[22] In the alternative, if he was wrong to imply the term into Merchant Agreement 1, the chambers judge considered whether Crelogix held the notes on constructive trust for the unpaid merchants.

[23] The chambers judge rejected the argument that a constructive trust over the promissory notes arose to disgorge gains made by the wrongful conduct of Crelogix.

[24] The chambers judge did not impose a constructive trust to reverse unjust enrichment either. He found that if no term is implied into Merchant Agreement 1, Crelogix would be enriched by the assignment of the promissory notes and the merchants would be deprived, but there would be a juristic reason for that – namely the merchant’s contractual obligation to assign the notes before payment under clauses 2.2.10 and 3.3.1: Decision at para 195. He also found that if a term is implied into Merchant Agreement 1 that makes the assignment of the notes conditional on payment, it would be unnecessary to impose a constructive trust: Decision at para 162. Since the merchants would not have assigned the notes, the notes are not the property of Crelogix, and Servus never acquired a security interest in them (Decision at paras 163, 239, 241), so there is no priority dispute.

[25] If he was wrong to imply the term into Merchant Agreement 1, the chambers judge imposed a constructive trust over the promissory notes: Decision at para 242. That trust was not an unjust enrichment constructive trust or a wrongful conduct constructive trust: Decision at paras 195-196. The chambers judge imposed it on the ground of good conscience because “the situation is one that calls out for appropriate equitable remedies” (Decision para 242) and “it would be unconscionable to deprive the Merchants of a restitutionary or equitable remedy on the facts of this case”: Decision at para 240.

[26] Servus and Alvarez argued that the constructive trust should not give unpaid merchants priority over Servus’ claim as secured creditor to the proceeds of the promissory notes, because constructive trusts cannot subvert the scheme of distribution in receiverships established by the *BIA*. The chambers judge rejected that argument, finding himself bound by British Columbia law and, in particular, *Ellingsen (Trustee of) v Hallmark Ford Sales Ltd.*, 2000 BCCA 458, which he interpreted as holding that a constructive trust may alter the statutory scheme of distribution if it is necessary to avoid unconscionable results. He held the constructive trust gave the merchants’ claims to the proceeds of the promissory notes priority over Servus’ security interest, although he did not explain how the priority worked.

IV. Grounds of Appeal

[27] The grounds of appeal of Servus and the receiver, cumulatively, are that:

- 1 the implication of a term into Merchant Agreement 1 was procedurally unfair.
- 2 the chambers judge erred in law by implying a term into Merchant Agreement 1.
- 3 the chambers judge erred in law by finding that the interest of the merchants in the promissory notes “created by” the implied term had priority over Servus’ security interest.
- 4 the chambers judge erred by imposing a constructive trust over the loan agreements/promissory notes.

V. Analysis

A. The implication of a term into Merchant Agreement 1 was procedurally unfair.

[28] The Appellants argue that the chambers judge’s implication of a term into Merchant Agreement 1 was an innovative theory of liability neither pleaded nor argued at chambers. They argue this was a breach of natural justice that requires appellate intervention.

[29] The merchants do not take issue with the principle that the rules of natural justice must be observed at chambers, so that all parties have the right to notice and opportunity to be heard, to correct or contradict relevant statements, and to state their case adequately and answer any contrary arguments.

[30] Essentially, the merchants respond that within their arguments are found the seeds of the chambers judge’s findings. For example, the chambers judge found, at para 119 of the Decision, that the merchants’ interests would be satisfied entirely if an escrow - like term were imposed; and at para 124, that it was an implied term that the transfer of title to the promissory notes to Crelogix was “conditional” on payment of the amount due to the merchant. The merchants say that these points were argued by counsel at the chambers hearing, including that there was an escrow-like arrangement between the parties, that there was a gap in terms in the Merchant Agreement 1 that needed to be filled, and that the assignment of the purchase contracts remained incomplete.

[31] In arguing that the merchants set the stage for the implied term finding at the chambers hearing, counsel for the merchants relies on paras 37 – 39 of their written submissions at chambers:

37 The Merchant Agreements do not specify precisely when assignment is to occur, saying only that “the Merchant will assign and Crelogix will purchase for the Purchase Price [of the Units] all right, title and interest of the Merchant in the payments due under and other benefits due from each [Unfunded Loan Agreement] and the goods, if any, being sold under the Contract ...”

38 Given that the essence of the bargain between the Merchants and Crelogix was to purchase the Unfunded Loan Agreements for the purchase price so that Crelogix could accept financing payments directly from Customers with, applicable fees and interest, the reasonable expectations of the parties accord with an interpretation whereby assignment is legally effective only upon payment by Crelogix. To hold otherwise would mean that Crelogix would gain “all right, title and interest of the Merchant[s]” without any corresponding benefit to the Merchants.

39 The wording of the Promissory Notes, drafted by Crelogix, do not assist in the interpretation of the Merchant Agreements. The clauses therein relating to assignment are contradictory and vague. Further, the acknowledgement that a contract has already been “assigned” (rather than “may be” assigned) is made only by the Customer, who has no knowledge of the contractual arrangement between the Merchants and Crelogix.

[32] As to the interpretation of the contract, at the chambers hearing, counsel for the merchants argued that “because there is no actual assignment document, there has to be a reasonable interpretation as to when the assignment is complete, and we say it is complete on the simultaneous giving ... and receiving of the documentation and the payment. The payment completes the circle”: transcript, p. 20, l. 6 – 17. And further: “...what is fair and equitable ... is to rescind the unfunded loan agreements as the assignments remain incomplete and allow one of two things, either allow the merchants to collect the monthly payments and take Crelogix and the receiver out of it, or affirm the contracts and Crelogix and the receiver must actually fund to be able to obtain those monthly payments”: transcript, p. 24, l. 10 – 16.

[33] During oral submissions, the chambers judge acknowledged the arguments regarding “fairness, equity, commercial reasonableness” but also that the challenge is the language used in the documents that are actually signed: transcript, p. 24, l. 18 – 26. He also acknowledged that the documents are not set up like a mortgage or escrow or trust arrangement where the transaction is contingent on payment: transcript, p. 24, l. 28 – 41. Concerning implied terms, the chambers judge said (transcript, p. 25, l. 2 – 8):

A logical reading, I think, of the contract is that there is a period, up to [a] five-day period where the merchant may be at some risk, and it's not that they necessarily understand that they're at risk or thought they were at risk but the paperwork seems

to put them at risk for this unsecured five-day period. Unless you then start, I suppose inferring or supplementing the contract with additional terms and conditions, you know, *the implied terms and conditions that -- no one is really arguing or has argued that the Court should imply terms and conditions that would amount to a trust provision or an escrow provision.* (emphasis added)

[34] Counsel for Servus argued that equity cannot subvert express contractual language and a statutory insolvency regime: transcript, p. 56, l. 1 – 4. On the question of implied terms, Servus argued:

... *[W]hat the applicants are looking to do is really to imply terms into the contract, either that somehow this assignment was to be held in escrow or that rights didn't vest, some, some language or contractual remedy of rescission, but none of those, that terms are in the contract, and contractual interpretation requires that you look at the terms of the contract and not imply terms simply because a party, really under hindsight, wishes that it had included those contracts:* transcript p. 56, l. 23-28 (emphasis added)

...

I'll take you perhaps to the Holland materials at this time, and this is the affidavit of Mr. Van Zoost that you referred to earlier, My Lord, and what we see in the second contract that was provided by Mr. Van Zoost is what we, or what the receiver has been calling the Contract 2s, and in the Contract 2 situation the receiver reviewed the Contract 2s and said that, much like Mr. Van Zoost says, that these, these contracts had the type of language that the applicants are hoping would be in theirs but specifically wasn't, and this is: (as read) That upon making such payment, Crelogix shall have entered into and accepted the applicable loan agreement. So that is the type of language that would allow the applicants to have a successful argument to say on payment, at that point the transaction vests, some type of reservation ...: transcript, p. 56, l. 30-41

... *language, but that language cannot be implied into the, into the existing contracts, and certainly none of the applicants have provided you any law or precedent where those types of terms are implied into a, into a contract:* transcript, p. 57, l. 1-3 (emphasis added)

[35] The chambers judge did take the view implied terms had been put to him, but the transcript demonstrates otherwise. He said:

[O]ne of the most common equitable remedies is the imposition of a constructive trust of some sort, and that is what sort of leapt out at me in terms of, I wonder if

there is something in terms of trust. *You've covered off implying terms into the contract. I think that's been fairly well dealt with, but as far as the limitations on the imposition of constructive trust ...*: transcript, p. 67, l. 37-41 (emphasis added)

[36] Counsel for the merchants replied:

... [W]hat my friends are asking you to do is read into -- *they're saying that we need you to imply a term in there. They need you to imply a term in there that is, that this is the order, the merchant will assign and then after that Crelogix will purchase, but that's not what it says. It says merchant will assign and Crelogix will purchase, and this is what I'm saying is it's all one piece. The wills are happening at the same time. The assignment completes when the purchase price is made*: transcript, p. 97, l. 39-41; p. 98, l. 1-3 (emphasis added)

...

With respect, Sir, to that section that I, that I keep going back to with the will assign and will purchase, *we're not trying to imply terms*. We're trying to say this is how you could read it, is that it is a simultaneous thing that has to take place. This is how you could read it. They're saying, well, no, that's not how you read it. It's assignment first, then a promise to pay the purchase price. So once you have two interpretations of how you read something, I think that makes it ambiguous, Sir, and now you're into the contra proferentem, which we've taken you through in our brieftranscript, p. 99, l. 30-36 (emphasis added)

[37] In the Decision, the chambers judge gave a detailed analysis, concluding that a term should be implied into the parties' contract:

124 I have thus found that Merchant Agreement 1 is subject to the implied term that the effectiveness of the assignment by the Merchant to Crelogix and the transfer of title to the promissory note to Crelogix (or its subsequent assignee) is conditional on payment by Crelogix of the amount due to the Merchant.

125 Essentially, the assignment is in escrow until payment is made. If payment is made within the permitted five-day period, the contract is fully performed by both parties. If payment is not made within the permitted five-day period, the Merchant would be free to withdraw its offer and the assignment would be null and void. I suppose the Merchant could elect to sue for damages instead, but the Merchant would have a choice.

[38] It is apparent from a review of the transcripts of argument at chambers that the question of implied term was not formally the subject of legal argument by the merchants, nor was it

substantively addressed by either Alvarez or Servus. Ordinarily, the chambers judge's interpretation of a non-standard form contract is entitled to deference as it is a question of mixed fact and law: *Sattva Capital Corp. v Creston Moly Corp* 2014 SCC 53 at para 50. However, where there has been a breach of the rules of natural justice, the error warrants appellate intervention: *Union Building Corporation of Canada v Markham Woodmills Development Inc.* 2018 ONCA 401 at para 13.

[39] The legal questions in this case arose in the context of receivership proceedings. The receiver, Alvarez, brought an application to determine the priority of claims to the proceeds of the promissory notes as between the merchants and Servus. The parties proceeded by way of affidavit evidence, and few facts were in dispute: Decision at para 2. At the chambers hearing, the parties presented oral and written submissions. As set out above, the issue concerning an implied term in the contract was not joined between the parties nor the subject of jurisprudence and submissions as to legal principle. Nonetheless, the chambers judge decided that the contract between Crelogix and the merchants contained an implied term that the interest in the promissory notes did not transfer to Crelogix until it paid for them under the contract.

[40] In *Malton v Attia*, 2016 ABCA 130, this Court found that the chambers judge made findings not raised or argued before her, breaching the *audi alterem partem* rule that requires decision makers to give parties the opportunity to be heard and to fully hear each party's case before rendering judgement. This Court reiterated the principle that a fair hearing must comply with the rules of natural justice, for all parties: para 35. This Court noted that it is particularly problematic for a theory of liability to be introduced for the first time in the reasons for judgement, as this is "fundamentally unfair, depriving the [parties] of the opportunity to rebut the propositions raised in the judgment": para 39.

[41] Unfortunately, that is what transpired here. It is obvious from the lengthy reasons for judgement that implication of a term in a complex commercial contract is not a simple question. It is equally obvious from the transcripts that the parties neither raised nor argued the principles at play when considering the implication of a term into a complex commercial contract.

B. The chambers judge erred in law by implying a term into Merchant Agreement 1.

[42] All three parties agreed that the question of whether there is an implied term in Merchant Agreement 1 was fully argued before this Court and should be decided afresh on this appeal. Counsel for Servus and Alvarez urged in argument that the implication of a "title retention clause" would disrupt receivership practice in Alberta and lead to unintended consequences.

[43] Whether this is so was not fully canvassed before us, leading to the problem that we are ill-equipped to address it and other issues that appeared in the margins of this appeal. For example, Servus argued that even if the impugned term was properly implied into the contract, it maintains priority by virtue of the *Personal Property Security Act*, RSBC 1996, c 359. The merchants'

response was that this is not a conditional sales contract, amenable to registration for the five-day period within which Crelogix had to make payment to the merchants. These issues too, not thoroughly explicated, are better left to a rehearing before the specialized commercial court.

[44] The merchants argued a constructive trust on the basis that a right to damages would be useless in the receivership of Crelogix. It may be problematic to impose a constructive trust where it may disrupt a statutory priority scheme. Further, it is uncertain whether Canadian law recognizes a good conscience constructive trust. These questions deserve full consideration.

[45] A further impediment to the full and fair hearing of issues before this Court is that the chambers judge determined, on his interpretation of the contract, that absent an implied term, the contract did not contemplate a contemporaneous exchange of the assignment of the documents and payment, as argued by the merchants. The chambers judge found:

65 On the face of Merchant Agreement 1 and the assignment documentation, the assignment appears to be effective once it has been sent to Crelogix. There is nothing in the documentation withholding legal assignment until the purchase price is paid. There is also nothing in Merchant Agreement 1 or the assignment documentation that contemplates the Merchants being able to withdraw or rescind the assignment in the event of non-performance or breach by Crelogix.

66 The wording of the documentation appears clear that the assignment was effective upon delivery of the required documents from the Merchants to Crelogix. That would, but for some of the Merchants' argument, result in the Merchants being unsecured creditors. As such, their remedy would be to bring claims for damages.

67 More importantly, Merchant Agreement 1 is the "*master*" agreement between the parties. The actual assignment document itself purports to be an absolute assignment, presumably perfected on delivery to the assignee, Crelogix. (emphasis added)

[46] The merchants did not appeal this portion of the chambers judge's decision interpreting the language of the contract. We cannot, therefore, address the arguments made by the merchants' counsel concerning the meaning of the words used by the parties to the contract, in particular clauses 3.1.1 and 3.2.2 of Merchant Agreement 1. Since this interpretation issue is inextricably interrelated with the implied term issue in that the decision on implied term may have influenced the interpretation of the operative terms of the contract, the entire question of the contract interpretation must be considered afresh. To decide this case without considering the arguments regarding the interpretation of the contract as advanced by the merchants would be unfair to them.

[47] In all the circumstances, this case must be returned for a new hearing to address the issues, including (a) the interpretation of the contract, (b) whether a term must be implied into the contract, including the implications, if any, for receivership practice, (c) whether the *Personal Property and Securities Act* applies to Merchant Agreement 1 and (d) if necessary, whether equitable principles apply.

VI. Conclusion

[48] The appeal is allowed on the ground that there has been a breach of natural justice: the case was decided on the basis that a term must be implied into Merchant Agreement 1 between Crelogix and the merchants, though the merchants did not advance that argument and Servus and Alvarez did not have the opportunity to fully and fairly respond to it.

Appeal heard on April 29, 2020

Memorandum filed at Edmonton, Alberta
this 29th day of May, 2020

Authorized to sign for: Costigan J.A.

Greckol J.A.

Feehan J.A.

Appearances:

S.A. Wanke (appearing via WebEx)
for the Respondent/Appellant Servus Credit Union Ltd.

J.H.H. Hockin, Q.C./H.A. Frydenlund (appearing via WebEx)
for the Appellant/Respondent Alvarez & Marsal Canada Inc. in its capacity as the receiver and manager of Crelogix Acceptance Corporation, Crelogix Portfolio Services Corp., and Crelogix Credit Group Inc.

C.J. Mohr/B. Cargill (appearing via WebEx)
for the Respondents 1537891 Ontario Inc. carrying on business as Positive Promotions, Blackfoot Motorcycle Ltd., Airdrie Trailer Sales Ltd., Badiuk Equipment Ltd.; Broadview Power Sports Ltd.; Broker's Marine & Sport Ltd.; Elk Island Sales Inc.; Fraser Pacific Equipment Corp.; GRM Sales Ltd., carrying on business as Bar T5 Trailers Sask; Happy Camper R/V Alberta Ltd.; Jake's Speed Shop Inc., carrying on business as J&J Sports; Northstar Recreation Ltd. carrying on business as Ken's Marine; 1784302 Alberta Ltd., carrying on business as M&P Trailer Sales; Mountain Toys Polaris Ltd.; Proline Motorsports & Marine Ltd.; 1455300 Alberta Ltd., carrying on business as Raven Truck Accessories, Recreational Power Sports Inc.; Red Line Power Craft Ltd.; Rick's Marine (1999) Ltd.; 1431209 Alberta Inc. carrying on business as Riderz; Traction Motorcycles Ltd., carrying on business as Daytona Motorsports; Trailer Country Ltd.; Whitecap Recreation, a partnership between Northshore Automotive Ltd. and Southshore Automotive Ltd.; Dynasty Spas Inc., carrying on business as World of Spas Calgary; 1781457 Alberta Ltd., carrying on business as World of Spas Edmonton; Holland Contracting Limited; Adventure Power Products Ltd; Breathe E-Z Homes Ltd.

F.M. Flaconi (no appearance)
for the Respondents Elder Enterprises Ltd., J&B Cycle and Marine Co. Ltd., North Bay Cycle & Sports (2015) Inc., Clare's Cycle and Sports Ltd., 900337 Ontario Inc. carrying on business as Gaston's Sports & Marine, Andrews Sports, a partnership between John Geoffrey Andrews. Jane Andrews. Jason William Andrews. Joshua Robinson Andrews and James Richard Andrews

J. Brown (no appearance)
for the Respondent Recreational Parts and Accessories Limited

I Fortin-Lemaire/R. LeDoux (no appearance)
for the Respondent Renovation & Constructions Gauthier et Peloguin

**Telecommunications Workers
Union Appellant**

v.

**Canadian Radio-television and
Telecommunications Commission, Shaw
Cable Systems (B.C.) Ltd. and British
Columbia Telephone Company Respondents**

INDEXED AS: TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION v.
CANADA (RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS
COMMISSION)

File No.: 23778.

1995: January 23; 1995: June 22.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Audi alteram partem — Failure to give notice — CRTC deciding who could perform installation work on telephone company's support structures — CRTC decision affecting rights of employees of telephone company — Whether CRTC exceeded its jurisdiction in failing to provide union with notice of CRTC hearing — National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20, ss. 66, 72, 74.

This appeal, which was heard at the same time as *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739 ("BC Tel"), and arises out of the same factual circumstances, concerns TWU's application for judicial review of the same CRTC decision challenged in *BC Tel*. The Federal Court of Appeal dismissed the application in light of its judgment in *BC Tel*. Two issues are raised in this appeal: (1) whether the CRTC exceeded its jurisdiction in failing to provide notice to TWU of the application and proceedings which led to the CRTC decision; and (2) whether the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction in issuing the decision in question by allegedly failing to follow an established policy of deferring to decisions of arbitration boards constituted by BC Tel and the TWU with respect to the work jurisdiction of BC Tel employees.

**Telecommunications Workers
Union Appellant**

c.

**Conseil de la radiodiffusion et des
télécommunications canadiennes, Shaw
Cable Systems (B.C.) Ltd. et British
Columbia Telephone Company Intimés**

RÉPERTORIÉ: TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION c.
CANADA (CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES
TÉLÉCOMMUNICATIONS)

Nº du greffe: 23778.

1995: 23 janvier; 1995: 22 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Audi alteram partem — Omission de donner avis — Décision du CRTC déterminant qui pouvait effectuer les travaux d'installation sur les structures de soutènement de la compagnie de téléphone — Droits des employés de la compagnie de téléphone compromis par la décision du CRTC — Le CRTC a-t-il excédé sa compétence en omettant d'aviser le syndicat de la tenue de son audience? — Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20, art. 66, 72, 74.

Ce pourvoi, qui a été entendu en même temps que le pourvoi connexe *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739 («BC Tel»), et procède des mêmes faits, concerne une demande de contrôle judiciaire de la part du TWU relativement à la même décision du CRTC que celle qui était contestée dans *BC Tel*. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande du fait de sa décision dans *BC Tel*. Le pourvoi soulève deux questions, à savoir: (1) si le CRTC a excédé sa compétence en omettant de donner avis au TWU de la demande et de la procédure à l'origine de la décision du CRTC, et (2) si le CRTC a commis une erreur de droit et excédé sa compétence en rendant la décision en question du fait qu'il n'aurait pas suivi une politique établie de retenue à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage constitués par BC Tel et le TWU relativement à l'aire de travail des employés de BC Tel.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, McLachlin and Major JJ.: The *audi alteram partem* rule did not require that the TWU be provided with notice of the CRTC hearing. The TWU was not a party nor did it have a direct interest in the proceedings before the tribunal. The CRTC decision concerned questions of telecommunications policy, not labour relations, and a consideration of the "work jurisdiction" of the TWU would have been irrelevant to that decision. The *audi alteram partem* rule should not be interpreted as requiring that notice be provided to parties indirectly affected by regulatory proceedings. In any event, even if that rule would normally have required the CRTC to notify the TWU of the proceedings, s. 72 of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act* relieves the CRTC of this obligation and places the responsibility of notifying TWU on BC Tel. This provision should be read as shielding CRTC decisions from challenge on the grounds that a regulatee failed to notify its employees of the proceedings. In such circumstances, the appropriate remedy would be for the employees to apply to the CRTC for a re-hearing under s. 66 of the Act. Finally, the CRTC did not err in law or exceed its jurisdiction by failing to follow a policy of deferring to the decisions of arbitration boards. The CRTC has never adopted such a policy and it would be improper for it to adopt one as this would be an improper delegation or fettering of its discretionary powers.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. (dissenting): In the special circumstances of this case, the failure to provide TWU with notice of the proceedings before the CRTC breached the requirements of natural justice. The collective agreement between TWU and BC Tel stipulates that any maintenance, repair or construction of BC Tel's support structures must be performed exclusively by members of TWU. Although, in accordance with its mandate, the CRTC was specifically concerned with telecommunications policy, it was well aware that its decision, on the very question of who had the right to perform the work on BC Tel's support structures, would have a substantial impact on TWU's work jurisdiction, thereby directly affecting the rights of the union and its members. While it would potentially be unduly onerous on regulatory agencies if notice had to be provided to all individuals having contractual relations with a regulated party, notice should be given where, as here, the admin-

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, McLachlin et Major: La règle *audi alteram partem* ne commandait pas que le TWU soit avisé de l'audience du CRTC. Le TWU n'était pas une partie, ni n'avait-il un intérêt direct dans l'affaire soumise au tribunal. La décision du CRTC concernait une politique en matière de télécommunications, non de relations du travail, et la considération de «l'aire de travail» du TWU n'aurait pas été pertinente quant à cette décision. La règle *audi alteram partem* ne devrait pas être interprétée de façon à exiger qu'un avis soit donné aux parties indirectement touchées par des procédures en matière de réglementation. Quoi qu'il en soit, même si, normalement, le CRTC aurait dû, en conformité avec cette règle, aviser le TWU de la procédure, l'art. 72 de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications* dispense le CRTC de cette obligation et impose à BC Tel l'obligation d'aviser le TWU. Cette disposition devrait être interprétée comme mettant les décisions du CRTC à l'abri de toute contestation fondée sur le motif qu'une personne visée par un règlement a omis d'aviser ses employés de la procédure. Dans un tel cas, il conviendrait de permettre aux employés de demander une nouvelle audience au CRTC comme le permet l'art. 66 de la Loi. Enfin, le CRTC n'a pas commis d'erreur de droit ni excédé sa compétence en faisant défaut de respecter une politique de déférence à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage. Le CRTC n'a jamais adopté pareille politique et il ne serait pas approprié qu'il en adopte une puisqu'il s'agirait alors d'une délégation irrégulière de ses pouvoirs discrétionnaires ou d'une entrave à ceux-ci.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory (dissidents): Compte tenu des circonstances uniques de la présente affaire, l'omission de donner au TWU un avis de la procédure soumise au CRTC a entraîné un déni de justice naturelle. Aux termes de la convention collective conclue entre le TWU et BC Tel, tout travail ayant trait à l'entretien, à la réparation ou à la construction de la structure de soutènement de BC Tel est confié exclusivement aux membres du TWU. Bien que le CRTC s'intéresse particulièrement à la politique en matière de télécommunications, conformément à son mandat, il savait très bien que, quant à la question même de savoir qui avait le droit d'effectuer le travail sur la structure de soutènement de BC Tel, sa décision était susceptible d'avoir un impact sévère sur l'aire de travail réservée aux membres du TWU et de toucher ainsi directement les droits du syndicat et de ses membres. S'il est vrai que ce serait imposer un fardeau peut-être

istrative tribunal must actually address a key aspect of the contract directly pertaining to the rights of a third party. The CRTC decision would have a direct bearing on the viability of a specific provision in the collective agreement. In such a situation, it cannot be contended that the interest was indirect merely because it is derived from the contract. Furthermore, the practical problems that might be associated with any duty to notify individuals in a contractual relation with a regulated party are absent in this case. Given that TWU was a party to previous proceedings of the CRTC where essentially the same question was considered, the CRTC was aware that the interests of the union were substantially and equally at stake in the application leading to the impugned decision. There would thus have been no practical hardship in requiring the CRTC to give notice to TWU.

Nothing in the *National Telecommunications Powers and Procedures Act* relieves the CRTC of its duty to provide notice to TWU in accordance with the *audi alteram partem* rule. Section 72, which obliges a party to a proceeding to provide notice to its officers and servants, does not absolve an administrative tribunal from its duty to comply with the dictates of natural justice. Although, generally, the employer is in the best situation to know whether the employees' interests are at stake, where, to the knowledge of the CRTC, the officers or servants of a party will be directly affected by the proceedings, the rules of natural justice require the CRTC to ensure notice is given, regardless of the employer's obligations under the Act. Section 66 of the Act does not provide an appropriate remedy for employees who have not been given notice. Where natural justice requires that a party be given notice and a tribunal fails to provide such notice, the aggrieved party is entitled to judicial review of the decision. It is not an adequate alternative remedy to request that the tribunal, in its discretion, rehear the application after it has already decided it. Section 74 of the Act applies only in situations where the CRTC decides to proceed without notice based on any "ground of urgency, or for other reason". This did not occur in the present case. Thus, s. 74 is inapplicable.

trop lourd aux organismes de réglementation que d'exiger qu'ils avisent tout individu ayant un lien contractuel avec une partie visée par un règlement, un avis doit être dorénavant dans les cas où, comme en l'espèce, le tribunal administratif doit, en fait, se pencher sur un aspect clé du contrat qui se rapporte directement aux droits d'un tiers. La décision du CRTC aurait une conséquence directe sur la viabilité d'une disposition donnée de la convention collective. Dans pareil cas, on ne saurait soutenir que l'intérêt était indirect uniquement parce qu'il procédait d'un contrat. Du reste, les problèmes que pourrait en pratique provoquer l'obligation d'aviser les individus qui ont un lien contractuel avec une partie assujettie à la réglementation ne se posent pas en l'espèce. Comme le TWU était partie à une procédure soumise antérieurement au CRTC, où la question posée était essentiellement identique, le CRTC savait que le syndicat avait un intérêt tout aussi important dans la demande ayant abouti à la décision contestée. Contraindre le CRTC à aviser le TWU n'aurait donc engendré aucune difficulté d'ordre pratique.

Rien dans la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications* ne dispense le CRTC de son obligation d'aviser le TWU conformément à la règle *audi alteram partem*. L'article 72, suivant lequel toute partie intéressée par une procédure est tenue d'en aviser les membres de son personnel, ne dégage pas un tribunal administratif de son obligation de respecter les principes de justice naturelle. Bien qu'en général, l'employeur soit le mieux placé pour déterminer si les intérêts de ses employés sont en jeu, dans les cas où le CRTC sait que les membres du personnel d'une partie seront directement touchés par la procédure, les règles de justice naturelle le contraignent à faire en sorte qu'un avis soit donné, quelles que soient les obligations de l'employeur sous le régime de la Loi. L'article 66 de la Loi ne prévoit pas la réparation qu'il convient d'accorder aux employés qui n'ont pas été avisés. Lorsque la justice naturelle commande qu'une partie soit avisée et que le tribunal ne respecte pas cette obligation, la partie lésée peut demander le contrôle judiciaire de la décision. Il ne convient pas de demander subsidiairement que le tribunal, à sa discrétion, entende à nouveau la demande après qu'il se soit prononcé à cet égard. L'article 74 de la Loi ne s'applique que lorsque, «pour cause d'urgence ou pour toute autre raison», le CRTC décide d'aller de l'avant dans une affaire sans qu'un avis soit donné. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Aussi, l'art. 74 n'a-t-il aucune application.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1989] 3 F.C. 611.

By Sopinka J. (dissenting)

British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., [1995] 2 S.C.R. 739; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Old St. Boniface Residents Assn. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1989] 3 F.C. 611; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140, [1953] 4 D.L.R. 161.

Statutes and Regulations Cited

National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20 [rep. 1993, c. 38, s. 130], ss. 66, 72, 74.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] F.C.J. No. 444 (QL), dismissing appellant's application for judicial review of a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting.

Morley D. Shortt, Q.C., and *Donald Bobert*, for the appellant.

Thomas G. Heintzman, Q.C., and *Susan L. Gratton*, for the respondent *Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*

Avrum Cohen, Allan Rosenzveig and Carolyn Pinsky, for the respondent the CRTC.

Jack Giles, Q.C., *Judy Jansen* and *Alison Narod*, for the respondent *British Columbia Telephone Co.*

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 611.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., [1995] 2 R.C.S. 739; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 611; *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140.

Lois et règlements cités

Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20 [abr. 1993, ch. 38, art. 130], art. 66, 72, 74.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] A.C.F. n° 444 (QL), qui a rejeté la demande de l'appelant visant le contrôle judiciaire d'une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents.

Morley D. Shortt, c.r., et *Donald Bobert*, pour l'appelant.

Thomas G. Heintzman, c.r., et *Susan L. Gratton*, pour l'intimée *Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*

Avrum Cohen, Allan Rosenzveig et Carolyn Pinsky, pour l'intimé le CRTC.

Jack Giles, c.r., *Judy Jansen* et *Alison Narod*, pour l'intimée *British Columbia Telephone Co.*

1995 CanLII 102 (SCC)

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — The issue raised on this appeal is whether the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") violated the principles of natural justice by failing to provide formal notice to the Telecommunications Workers Union ("TWU") regarding the application which resulted in Telecom Letter Decision CRTC 92-4 ("Decision 92-4"). Those proceedings involved a dispute between Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. ("Shaw Cable") and the British Columbia Telephone Company ("BC Tel") concerning who was entitled to perform the installation work on the support structures belonging to BC Tel.

TWU represents the bargaining unit for approximately 12,000 employees of BC Tel. The collective agreement between TWU and BC Tel stipulates that any maintenance, repair or construction of the support structure must be performed exclusively by members of TWU. Therefore, it is apparent that Decision 92-4 would necessarily impact upon the work jurisdiction of the employees represented by TWU. In my view, in light of the unique circumstances of this case, the failure to provide TWU with notice of the proceedings before the CRTC breached the requirements of natural justice.

As L'Heureux-Dubé J. has noted, the factual context and the history of the proceedings which gave rise to the present appeal have been fully set out in her reasons in the companion case, *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739. I do not find it necessary to repeat them here. However, in light of the fact that the principles of natural justice, including the *audi alteram partem* rule, are dependent on the particular circumstances of the case, it will be necessary to emphasize certain facts in the course of my reasons, in order to explain my conclusion that TWU was entitled to notice of the proceedings between Shaw Cable and BC Tel.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Cory rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Il s'agit en l'espèce de déterminer si le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes («CRTC») a violé les principes de justice naturelle en omettant de remettre au Telecommunications Workers Union («TWU») un avis formel de la demande qui est à l'origine de la lettre-décision Télécom CRTC 92-4 («décision 92-4»). Les procédures, qui opposaient Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. («Shaw Cable») et British Columbia Telephone Company («BC Tel»), visaient à déterminer qui avait le droit d'effectuer les travaux d'installation sur les structures de soutènement appartenant à BC Tel.

Le TWU représente une unité de négociation qui regroupe environ 12 000 employés de BC Tel. Aux termes de la convention collective conclue entre le TWU et BC Tel, tout travail ayant trait à l'entretien, à la réparation ou à la construction de la structure de soutènement est confié exclusivement aux membres du TWU. De toute évidence, donc, la décision 92-4 aurait nécessairement un effet sur l'aire de travail des employés représentés par le TWU. À mon avis, compte tenu des circonstances uniques de la présente affaire, l'omission de donner au TWU un avis de la procédure soumise au CRTC a entraîné un déni de justice naturelle.

Comme le juge L'Heureux-Dubé l'a signalé, dans l'arrêt connexe *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, elle a décrit de façon détaillée les faits et l'historique des procédures qui ont abouti au présent pourvoi. Il n'est donc pas nécessaire d'y revenir ici. Toutefois, étant donné que les principes de justice naturelle, dont la règle *audi alteram partem*, sont déterminés suivant les circonstances particulières d'une affaire, je devrai faire ressortir certains faits dans le cours de mes motifs pour expliquer ma conclusion que le TWU avait le droit de recevoir un avis de la procédure opposant Shaw Cable et BC Tel.

I. Relevant Statutory Provisions

For convenience, I set out the relevant statutory provisions below:

National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20

66. The Commission may review, rescind, change, alter or vary any order or decision made by it or may re-hear any application before deciding it.

72. Every company shall, as soon as possible after receiving or being served with any regulation, order, direction, decision, notice, report or other document of the Minister or the Commission, or the inspecting engineer, notify each of its officers and servants performing duties that are or may be affected thereby by delivering a copy to them or by posting a copy in some place where their work or duties, or some of them, are to be performed.

74. (1) Subject to this Act, when the Commission is authorized to hear an application, complaint or dispute, or make any order, on notice to the parties interested, it may, on the ground of urgency, or for other reason appearing to the Commission to be sufficient, notwithstanding any want of or insufficiency in the notice, make the like order or decision in the matter as if due notice had been given to all parties, and the order or decision is as valid and takes effect in all respects as if made on due notice.

(2) Any company or person entitled to notice and not sufficiently notified may, at any time within ten days after becoming aware of an order or decision made under subsection (1), or within such further time as the Commission may allow, apply to the Commission to vary, amend or rescind the order or decision, and the Commission shall thereupon, on such notice to other parties interested as it may in its discretion think desirable, hear the application, and either amend, alter or rescind the order or decision, or dismiss the application, as may seem to it just and right.

I. Dispositions législatives pertinentes

Pour plus de commodité, je reproduirai les dispositions législatives pertinentes:

Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, L.R.C. (1985), ch. N-20

66. La Commission peut réviser, abroger ou modifier ses ordonnances ou décisions, ou peut entendre à nouveau une demande qui lui est faite, avant de rendre sa décision.

72. Aussitôt que possible après qu'elle a reçu ou qu'il lui a été signifié un règlement, une ordonnance, des instructions, une décision, un avis, un rapport ou quelque autre document de la part du ministre, de la Commission, ou de l'ingénieur-inspecteur, toute compagnie doit les porter à la connaissance de chacun des membres de son personnel qui remplissent des fonctions que ces pièces concernent ou peuvent concerner, soit en leur remettant une copie, soit en en affichant une copie là où ils doivent accomplir leurs travaux ou leurs fonctions, ou une partie de leurs travaux ou fonctions.

74. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, lorsque la Commission est autorisée à entendre une requête, plainte ou contestation, ou à prendre une ordonnance, après avoir donné avis aux parties intéressées, elle peut, pour cause d'urgence ou pour toute autre raison qui lui paraît suffisante, nonobstant le défaut ou l'insuffisance de cet avis, prendre une ordonnance ou une décision dans l'affaire comme si l'avis eût été régulièrement donné à toutes les parties; cette ordonnance ou décision est à tous égards aussi valable et exécutoire que si l'avis eût été régulier.

(2) Toute compagnie ou personne qui a droit à un avis et à laquelle un avis suffisant n'a pas été donné peut, à toute époque dans les dix jours qui suivent le moment où elle a eu connaissance de cette ordonnance ou décision, ou dans tel délai plus long que la Commission peut lui accorder, demander à la Commission de modifier ou abroger cette ordonnance ou décision; la Commission doit alors, après tel avis aux autres parties intéressées qu'elle juge à propos de donner, entendre cette demande et modifier ou abroger cette ordonnance ou décision, ou renvoyer cette demande, suivant qu'il lui paraît juste et équitable.

II. Issue

Did the CRTC exceed its jurisdiction in failing to provide notice to TWU of the application and proceedings which resulted in Decision 92-4?

III. AnalysisA. *The Requirements of Natural Justice*

The jurisprudence of this Court has made it clear that the requirements of natural justice depend on the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the subject matter being dealt with and the statutory provisions under which the tribunal is acting: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, and *Old St. Boniface Residents Assn. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at pp. 1191-92. In each case it must be determined whether the party claiming the right to have been given notice and an opportunity to be heard had a sufficient interest in the proceedings such that notice was required by the *audi alteram partem* principle.

In her reasons, my colleague suggests that TWU's interest in the proceedings before the CRTC was merely indirect as Decision 92-4 was addressing telecommunications policy and not labour relations. With respect, the fact that the CRTC was specifically concerned with telecommunications policy in accordance with its mandate does not detract from the fact that its decision would have a substantial impact on the work jurisdiction of TWU, thereby directly affecting the rights of the union and its members. The very question before the CRTC concerned who had the right to perform the work on the support structures belonging to BC Tel. The CRTC was well aware of the impact that its decision would have on TWU. Although the purpose behind Decision 92-4 may not have been related to the "work jurisdiction" of TWU and the CRTC may have been seeking to avoid entering the realm of labour relations, this is no answer to a violation of natural justice where a decision could potentially override the union's rights.

II. Question en litige

Le CRTC a-t-il excédé sa compétence en omettant de donner avis au TWU de la demande et de la procédure à l'origine de la décision 92-4?

III. AnalyseA. *Les exigences de la justice naturelle*

Notre Cour a indiqué de façon explicite dans le passé que les exigences de la justice naturelle procèdent des circonstances d'une affaire, de la nature de l'examen, de la question en cause et des dispositions législatives en vertu desquelles le tribunal administratif agit: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, et *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, aux pp. 1191 et 1192. Dans chaque cas, il faut déterminer si la partie qui se réclame du droit de recevoir un avis et d'être entendue a un intérêt suffisamment important dans la procédure pour que la règle *audi alteram partem* commande qu'un avis soit donné.

Dans ses motifs, ma collègue conclut que l'intérêt du TWU dans la procédure soumise au CRTC était purement indirect puisque la décision 92-4 concernait non pas les relations du travail, mais la politique en matière de télécommunications. En toute déférence, le fait que le CRTC s'intéresse particulièrement à la politique en matière de télécommunications, conformément à son mandat, ne diminue en rien le fait que sa décision était susceptible d'avoir un impact sévère sur l'aire de travail réservée aux membres du TWU et de toucher ainsi directement les droits du syndicat et de ses membres. Le CRTC devait en fait déterminer qui avait le droit d'effectuer le travail sur les structures de soutènement appartenant à BC Tel. Il savait très bien quel effet sa décision aurait pour le TWU. Bien que l'idée sous-jacente à la décision 92-4 ait pu être étrangère à l'«aire de travail» réservée aux membres du TWU et que le CRTC ait pu chercher à éviter le domaine des relations du travail, cela ne justifie pas une violation de la justice naturelle lorsqu'une décision est susceptible de contrevenir aux droits du syndicat.

7 The principal, if not the sole, reason for BC Tel's application to the CRTC was to determine who could do the work in light of the arbitration award of July 19, 1991 (the "Glass Award") involving TWU. This is what prompted BC Tel to submit a revised Support Structure Agreement to the CRTC for approval, in October 1991. Before the CRTC, BC Tel argued that the Glass Award made it impossible for the company to allow anyone other than its own employees to attach equipment on its support structures. Shaw Cable opposed this position. In my view, it was clearly unfair not to provide notice of the proceedings in these circumstances.

8 To support her conclusion, L'Heureux-Dubé J. relies on the decision in *Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1989] 3 F.C. 611 (C.A.), for the proposition that, in order to be entitled to notice, one's interest must not merely be affected by virtue of a contractual relationship with one of the regulated parties immediately involved in the proceedings. Generally, I am in agreement that it would potentially be unduly onerous on regulatory agencies if notice had to be provided to all individuals having contractual relations with a regulated party. As my colleague observes, there are a myriad of decisions of a regulatory agency which could have an indirect impact on individuals simply because they are privy to a contract with the regulated party. For example, any decision of the CRTC which impacts on the financial status of a party falling within its regulatory jurisdiction will likely also incidentally affect those with whom that party contracts. Surely, this alone is an insufficient contingent interest to warrant the existence of a duty to provide notice of the proceedings before the administrative tribunal.

9 However, in my view, there are special circumstances which arise in this case such that the *audi alteram partem* rule mandates that formal notice be given to TWU. The central focus of the ruling

BC Tel a saisi le CRTC de sa demande afin, principalement, sinon uniquement, qu'il détermine qui avait le droit d'effectuer le travail compte tenu de la sentence arbitrale rendue le 19 juillet 1991 (le «jugement Glass»), mettant en cause le TWU. C'est ce qui a incité BC Tel à soumettre à l'approbation du CRTC en octobre 1991 un accord révisé relatif aux structures de soutènement. Devant le CRTC, BC Tel a fait valoir que, vu le jugement Glass, la compagnie était dans l'impossibilité de permettre à des personnes autres que ses propres employés d'installer des câbles sur sa structure de soutènement. Shaw Cable a exprimé son opposition à cet égard. À mon avis, l'omission de donner avis de la procédure était, dans les circonstances, manifestement injuste.

À l'appui de sa conclusion, le juge L'Heureux-Dubé s'appuie sur l'arrêt *Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 611 (C.A.), pour soutenir que, pour qu'une personne ait droit à un avis, son intérêt ne doit pas découler simplement d'un lien contractuel avec l'une des parties assujetties à la réglementation et directement concernées. De façon générale, je conviens que ce serait imposer un fardeau peut-être trop lourd aux organismes de réglementation que d'exiger qu'ils avisent tout individu ayant un lien contractuel avec une partie visée par un règlement. Ainsi que ma collègue le signale, une multitude de décisions rendues par un organisme de réglementation sont susceptibles de toucher indirectement des individus du seul fait que ceux-ci sont partie à un contrat avec la partie assujettie à la réglementation. Ainsi, selon toute vraisemblance, la décision du CRTC dont l'effet se fait sentir sur la situation financière d'une partie assujettie à sa compétence en matière de réglementation touchera également, de façon indirecte, les personnes liées par contrat à cette partie. Indiscutablement, ce seul intérêt éventuel ne justifie pas l'obligation de donner avis de la procédure soumise au tribunal administratif.

À mon avis, toutefois, étant donné les circonstances particulières de la présente affaire, la règle *audi alteram partem* commande que le TWU soit formellement avisé. La nœud de la décision du

of the CRTC specifically concerns the very subject matter of the contract between the BC Tel and TWU. Thus, the interest at stake is not simply a contingent one flowing solely from the effect of the decision on BC Tel. As I have stated, the question the CRTC had to address was whether Shaw Cable and other cable companies were entitled to do the work on BC Tel's support structures. This is precisely what the Glass Award precluded as a result of the interpretation of article 3(1) of the collective agreement. In my view, the passage cited by L'Heureux-Dubé J. from the *Canadian Transit* case was not intended to apply to situations where the administrative tribunal must actually address a key aspect of the contract directly pertaining to the rights of a third party. The CRTC was well aware of BC Tel's position that the arbitration award prevented it from allowing anyone other than members of the TWU to attach equipment to its facilities. The decision of the CRTC would have a direct bearing on the viability of a specific provision in the collective agreement. In my view, in such a situation it cannot be contended that the interest was indirect merely because it is derived from the contract.

Furthermore, the practical problems that might be associated with any duty to notify individuals in a contractual relation with a regulated party are absent in this case. In fact, following the arbitration award of January 25, 1983 (the "Williams Award"), when the Canadian Cable Television Association ("CCTA") applied to the CRTC, in 1987, for an order requiring BC Tel to permit cable licensees, including Shaw Cable, to install their own coaxial cables on BC Tel's support structures, the CRTC permitted TWU to participate. The CRTC knew that TWU's contributions could be very helpful. In a letter decision dated July 28, 1987, the CRTC wrote the following:

On 2 April 1987, the TWU wrote to the Commission advising of its interest in the CCTA's application. By letter dated 27 April 1987, the Commission indicated that it could benefit from the views of the TWU and set

CRTC se rapporte particulièrement au contrat même qui lie BC Tel et le TWU. Aussi, l'intérêt qui est en jeu n'est pas qu'un intérêt éventuel qui naît uniquement de la décision relative à BC Tel. Comme je l'ai mentionné, le CRTC devait déterminer si Shaw Cable et d'autres entreprises de télé-distribution pouvaient effectuer le travail sur les structures de soutènement de BC Tel. C'est exactement ce que le jugement Glass a interdit suivant son interprétation de l'article 3(1) de la convention collective. À mon avis, le passage de l'arrêt *Canadian Transit* cité par le juge L'Heureux-Dubé ne visait pas les cas où le tribunal administratif doit, en fait, se pencher sur un aspect clé du contrat qui se rapporte directement aux droits d'un tiers. Le CRTC connaissait fort bien la position de BC Tel, suivant laquelle la sentence arbitrale lui interdisait de permettre à des personnes autres que les membres du TWU d'installer des câbles sur son équipement. La décision du CRTC aurait une conséquence directe sur la viabilité d'une disposition donnée de la convention collective. À mon avis, dans pareil cas, on ne saurait soutenir que l'intérêt était indirect uniquement parce qu'il procédait d'un contrat.

Du reste, les problèmes que pourrait en pratique provoquer l'obligation d'aviser les individus qui ont un lien contractuel avec une partie assujettie à la réglementation ne se posent pas en l'espèce. En fait, suivant la sentence arbitrale rendue le 25 janvier 1983 (le «jugement Williams»), lorsque l'Association canadienne de télévision par câble («l'ACTC») a demandé au CRTC en 1987 de rendre une ordonnance contraignant BC Tel à permettre aux entreprises de télédistribution, y compris Shaw Cable, d'installer leurs propres câbles coaxiaux sur les structures de soutènement de BC Tel, le CRTC a permis au TWU de prendre part à la procédure. Le CRTC savait que l'apport du TWU pourrait se révéler des plus utiles. Dans une lettre-décision datée du 28 juillet 1987, le CRTC a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le 2 avril 1987, le TWU a informé le Conseil de son intérêt dans la demande soumise par l'ACTC. Dans une lettre du 27 avril 1987, le Conseil a indiqué qu'il pourrait tirer profit des opinions du TWU

out the procedure to be followed by the TWU, B.C. Tel and the CCTA in addressing the issues. [Emphasis added.]

et a exposé la procédure à suivre par le TWU, B.C. Tel et l'ACTC relativement à ces questions. [Je souligne.]

11 Given the fact that TWU was a party to the proceedings in 1987, the CRTC would have been aware that the interests of the union were substantially and equally at stake in the application leading to Decision 92-4 since the question to be considered was essentially identical. The only difference was that, in the interim, TWU had succeeded in obtaining a second arbitration award in its favour, which effectively rendered it impossible for BC Tel to comply with the CRTC's previous order in 1987. As an aside, it should be noted that Shaw Cable was given notice of the Glass arbitration proceedings and was invited to participate, although they declined. This is also indicative of the interrelation between the issues and interests at stake in the proceedings before the labour arbitration panels and the CRTC.

Comme le TWU était partie à la procédure de 1987, le CRTC devait savoir que le syndicat avait un intérêt tout aussi important dans la demande ayant abouti à la décision 92-4 puisque la question posée était essentiellement identique. La seule différence réside dans le fait que, dans l'intervalle, le TWU a réussi à obtenir une seconde sentence arbitrale en sa faveur, laquelle empêchait effectivement BC Tel de respecter l'ordonnance antérieure du CRTC rendue en 1987. En passant, il y a lieu de remarquer que Shaw Cable a été avisée de la procédure d'arbitrage devant Glass et invitée à y participer, invitation qu'elle a toutefois déclinée. Cela illustre également la corrélation entre les questions soulevées et les intérêts qui sont en jeu dans les procédures soumises aux conseils d'arbitrage et au CRTC.

12 It was readily apparent that any order the CRTC made which conflicted with the Glass Award would directly affect the union's rights. The whole basis for BC Tel's application (and therefore Shaw Cable's application in response) was the arbitration awards. Thus, in my opinion, there would have been no practical hardship created whatsoever in requiring the CRTC to give notice to TWU in the present circumstances.

Il était évident que toute ordonnance du CRTC rendue en contradiction avec le jugement Glass toucherait directement les droits du syndicat. La demande de BC Tel (et donc la demande de Shaw Cable en réponse) était fondée uniquement sur les sentences arbitrales. Aussi, suis-je d'avis que contraindre le CRTC à aviser le TWU n'aurait dans les circonstances actuelles engendré aucune difficulté d'ordre pratique.

13 The decision of the Federal Court of Appeal in *Canadian Transit*, *supra*, supports my conclusion that formal notice was appropriate and necessary in these circumstances. In that case, customs employees requested an enquiry by the Public Service Staff Relations Board in order to determine whether working conditions on a bridge between Windsor, Ontario, and Detroit, Michigan, were unsafe. The bridge was owned and operated by the Canadian Transit Co. Pursuant to the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), the owner of the bridge would be responsible for the cost of any repairs that had to be effected in order to ensure that safety requirements were met. The Board held that the conditions on the bridge were unsafe and ordered the government employer to make the nec-

La décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Canadian Transit*, précitée, vient appuyer ma conclusion que l'avis formel était aussi opportun que nécessaire dans les circonstances. Dans cette affaire, des employés des douanes ont demandé à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique d'enquêter sur la sécurité des conditions de travail sur le pont reliant Windsor (Ontario) et Detroit (Michigan). Canadian Transit Co. était la propriétaire et l'exploitante du pont. Selon la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2^e suppl.), le propriétaire du pont doit assumer le coût des réparations nécessaires au respect des exigences en matière de sécurité. Ayant conclu que les conditions sur le pont étaient dangereuses, la Commission a ordonné à l'employeur, le gouverne-

essary safety changes. As a result, Canadian Transit Co. would be responsible for these costs.

Canadian Transit Co. sought judicial review of the Board's decision on the ground that it did not receive notice of the proceedings and was not afforded an opportunity to participate. The Federal Court of Appeal unanimously allowed the application and remitted the matter back for a re-hearing at which Canadian Transit Co. would be allowed standing. Marceau J.A., writing the majority reasons, observed that the Board had no authority over Canadian Transit Co. since it was not the employer in the context of those proceedings. Nonetheless, the implementation of the Board's decision would directly and necessarily affect the rights of the company. Similarly, in concurring reasons, MacGuigan J.A. stated that, although the Board's order was directed only to the employer, "the consequences for the applicant were immediate" (p. 618).

In the case at bar, just as in the *Canadian Transit* case, the administrative body was clearly aware of the applicant's interest. To borrow the words of MacGuigan J.A., "this real interest of the applicant was in a sufficiently direct relationship to the subject-matter before the Board that the applicant was entitled to notice of the hearing . . . and an adequate opportunity to present its case" (p. 624).

In my view, all of the foregoing suggests that the rules of natural justice required TWU to be notified and provided with an opportunity to be heard. However, it remains to be examined whether there are any provisions within the statutory scheme governing the powers of the CRTC which would alter this conclusion.

B. *The Effect of the Statutory Scheme*

In my colleague's reasons, L'Heureux-Dubé J. argues that even if the rules of natural justice would normally have required the CRTC to furnish notice of the proceedings to TWU, s. 72 of the

ment, d'apporter les modifications nécessaires à cet égard. Canadian Transit Co. devrait en assumer les coûts.

Canadian Transit Co. a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la Commission, soutenant ne pas avoir reçu avis de la procédure ni avoir été invitée à y participer. La Cour d'appel fédérale à l'unanimité a accueilli la demande et renvoyé l'affaire afin que soit tenue une nouvelle audience, dans le cadre de laquelle Canadian Transit Co. aurait qualité pour agir. Le juge Marceau, se prononçant au nom de la majorité, a noté que la Commission n'avait aucune autorité à l'égard de Canadian Transit Co., puisque cette dernière n'était pas l'employeur dans le cadre de cette procédure. Néanmoins, la mise en application de la décision de la Commission toucherait directement et nécessairement les droits de la compagnie. De même, dans des motifs concordants, le juge MacGuigan a indiqué que, bien que l'ordonnance de la Commission ne s'adresse qu'à l'employeur, «elle avait des conséquences immédiates pour la requérante» (p. 618).

En l'espèce, tout comme dans l'affaire *Canadian Transit*, l'organisme administratif était parfaitement conscient de l'intérêt de la requérante. Pour emprunter les propos du juge MacGuigan, «cet intérêt réel avait un lien suffisamment direct avec la question dont était saisie la Commission pour donner droit à la requérante à un avis de l'audience [. . .] et à la possibilité suffisante d'y exposer son point de vue» (p. 624).

À mon avis, on peut inférer de tout ce qui précède que les règles de justice naturelle commandaient que le TWU soit avisé et ait la possibilité d'être entendu. Reste toutefois à savoir s'il existe dans le régime législatif des dispositions régissant les pouvoirs du CRTC qui pourraient modifier ma conclusion.

B. *L'effet du régime législatif*

Dans ses motifs, ma collègue le juge L'Heureux-Dubé soutient que même si les règles de justice naturelle avaient normalement exigé que le CRTC avise le TWU de la procédure, l'art. 72

14

1995 CanLII 102 (SCC)

15

16

17

National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C., 1985, c. N-20 ("NTPPA"), relieves the CRTC of that obligation. That provision places a duty on every company subject to a proceeding before the CRTC to notify any of its officers and servants that may be affected by the outcome of the hearing. Therefore, in this case, BC Tel had a duty under s. 72 to notify TWU. With respect, I cannot agree that a provision which obliges a party to a proceeding to provide notice can absolve an administrative tribunal from its duty to comply with the dictates of natural justice. The effect of this would be that a failure on the part of a regulated party to give notice to another interested party in accordance with s. 72 could result in a denial of natural justice without recourse. This is an extraordinary proposition. Rules of procedure frequently leave it to the parties to give notice, but failure to do so is a defect in the proceedings which entitles an aggrieved party to relief irrespective of the origin of responsibility for the default.

de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, L.R.C. (1985), ch. N-20 («LNAT»), l'en dispense. Suivant cette disposition, toute compagnie intéressée par une procédure soumise au CRTC est tenue d'en aviser les membres de son personnel susceptibles d'être concernés par l'issue de l'audition. Par conséquent, en l'espèce, BC Tel était tenue, conformément à l'art. 72, d'aviser le TWU. Avec égards, je ne puis convenir qu'une disposition qui oblige une partie à une procédure à donner un avis puisse dégager un tribunal administratif de son obligation de respecter les principes de justice naturelle. Autrement, l'omission de la part d'une partie visée par un règlement de donner avis à une autre partie intéressée conformément à l'art. 72 risquerait d'entraîner un déni de justice naturelle à l'égard duquel aucun recours ne serait offert. Il s'agit là d'une proposition étonnante. Il arrive fréquemment que les règles de procédure laissent à la discrétion des parties la décision de donner un avis, mais l'omission de le faire est un vice de procédure qui autorise la partie lésée à demander réparation, peu importe qui est fautif.

18

It is true that, generally, the employer is in the best situation to know whether the employees' interests are at stake. However, in circumstances where, to the knowledge of the CRTC, the officers or servants of a party will be directly affected by the proceedings, nothing in s. 72 abrogates the CRTC's duty to fulfil the requirements of natural justice. Therefore, in the special circumstances of this case, where TWU had been a participant in the 1987 proceedings and the principal reason for the application was to consider who was to perform the work on the support structures in light of article 3(1) of the collective agreement, the rules of natural justice required the CRTC to ensure notice was given, regardless of the employer's obligations under the *NTPPA*. Procedural fairness is the right of the interested parties and the duty of the administrative tribunal. This does not change where an additional notice obligation is placed on one of the regulated parties.

Certes, en général, l'employeur est le mieux placé pour déterminer si les intérêts de ses employés sont en jeu. Toutefois, dans les cas où le CRTC sait que les membres du personnel d'une partie seront directement touchés par la procédure, rien dans l'art. 72 ne vient annuler son obligation de respecter les exigences de justice naturelle. Par conséquent, compte tenu des circonstances particulières de la présente affaire, à savoir que le TWU avait pris part à la procédure en 1987 et que la demande visait principalement à déterminer qui devait effectuer le travail sur les structures de soutien suivant l'article 3(1) de la convention collective, les règles de justice naturelle contraignaient le CRTC à faire en sorte qu'un avis soit donné, quelles que soient les obligations de l'employeur sous le régime de la *LNAT*. L'équité procédurale est un droit pour les parties intéressées et une obligation pour le tribunal administratif. Cette situation ne change pas lorsque une obligation additionnelle de donner avis est imposée à l'une des parties assujetties à la réglementation.

My colleague also refers to s. 66 *NTPPA* as providing the appropriate remedy for employees who have not been given notice. That section grants the CRTC the power to vary any order or re-hear any application. However, it must be observed that the language used in s. 66 is permissive. In other words, the CRTC has the discretion to vary or re-hear the application. The provision does not provide a right of appeal nor a right to have the decision of the CRTC reviewed on the grounds of a denial of natural justice. Where natural justice requires that a party be given notice and a tribunal fails to provide such notice, the aggrieved party is entitled to judicial review of the decision. It is not an adequate alternative remedy to request that the tribunal, in its discretion, re-hear the application after it has already decided it.

Similarly, contrary to Shaw Cable's argument, I do not believe that s. 74 *NTPPA* is of any assistance in the present appeal. Clearly, that provision applies where, for reasons of urgency or other sufficient reason, the CRTC decides to proceed with a matter without notice. In that case, pursuant to s. 74(2), a party otherwise normally entitled to notice may apply to the CRTC to have the decision varied or amended. However, it is apparent that s. 74 contemplates a situation where natural justice entitles a party to notice and the CRTC, having addressed its mind to the issue, proceeds without notice, in any event, for reasons it deems sufficient. This did not occur in the present case. The CRTC simply neglected to provide any notice to TWU, apparently believing that it was not required. There is absolutely no indication that the CRTC actually decided to proceed with the application without notifying TWU based on any "ground of urgency, or for other reason". Thus, in my view, s. 74 is inapplicable in the instant case.

While it is true that the rules of natural justice are dependent on the statutory scheme governing the administrative tribunal, there must be clear statutory language in order to detract from the

Ma collègue signale également que l'art. 66 *LNAT* prescrit la réparation qu'il convient d'accorder aux employés qui n'ont pas été avisés. Cette disposition confère au CRTC le pouvoir de modifier toute ordonnance ou d'entendre à nouveau une demande. Il y a cependant lieu de remarquer que le libellé de l'art. 66 accorde une faculté. En d'autres termes, le CRTC a le pouvoir discrétionnaire de modifier l'ordonnance ou d'entendre à nouveau la demande. La disposition ne prévoit aucun droit d'appel, ni aucun contrôle judiciaire de la décision du CRTC qui soit fondé sur un déni de justice naturelle. Lorsque la justice naturelle commande qu'une partie soit avisée et que le tribunal ne respecte pas cette obligation, la partie lésée peut demander le contrôle judiciaire de la décision. Il ne convient pas de demander subsidiairement que le tribunal, à sa discrétion, entende à nouveau la demande après qu'il se soit prononcé à cet égard.

De même, contrairement à l'argument avancé par Shaw Cable, je ne crois pas que l'art. 74 *LNAT* soit de quelque assistance dans le présent pourvoi. De toute évidence, cette disposition s'applique lorsque, pour cause d'urgence ou pour toute autre raison suffisante, le CRTC décide d'aller de l'avant dans une affaire sans qu'avis soit donné. Dans ce cas, conformément au par. 74(2), une partie qui aurait normalement droit à l'avis peut demander au CRTC de modifier sa décision. Or, l'art. 74 vise plutôt le cas où la justice naturelle commande qu'une partie soit avisée et où, après s'être penché sur la question, le CRTC agit quand même sans avoir donné avis, pour une raison qu'il juge suffisante. Ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce. Le CRTC a simplement négligé de donner avis au TWU, estimant apparemment qu'il n'avait pas à le faire. Il n'y a pas la moindre indication que le CRTC a effectivement décidé d'entendre la demande sans aviser le TWU «pour cause d'urgence ou pour toute autre raison». Aussi, suis-je d'avis que l'art. 74 n'a aucune application en l'espèce.

Si les règles de justice naturelle sont déterminées suivant le régime législatif qui régit le tribunal administratif, il faut un libellé clair pour déroger aux principes ordinaires d'équité procédurale.

19

1995 CanLII 102 (SCC)

20

21

ordinary principles of procedural fairness. I find the words of Rinfret C.J. in *Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 140, [1953] 4 D.L.R. 161, at p. 174 D.L.R., to be apposite in the present context:

[TRANSLATION] The principle that no one should be condemned or deprived of his rights without being heard, and above all without having received notice that his rights would be put at stake, is of a universal equity and it is not the silence of the law that should be invoked in order to deprive anyone of it. In my opinion, nothing less would be necessary than an express declaration of the Legislature in order to put aside this requirement which applies to all Courts and to all the bodies called upon to render a decision that might have the effect of annulling a right possessed by an individual. [Emphasis added.]

This principle applies not only to the entitlement to natural justice but to the right to judicial review when natural justice is denied.

22 In this case, it cannot be said that any of the statutory language employed relieves the CRTC of its duty to provide notice to TWU in accordance with the principle of *audi alteram partem*. Nor does the *NTPPA* remove recourse to the courts when there is a failure to comply with the dictates of procedural fairness.

23 It is also worth pointing out that in the companion case, this Court has concluded that, in the event of a conflict, the decision of the CRTC must take precedence over that of the arbitration board. For this reason, it becomes all the more important for TWU to be afforded an opportunity to be heard by the CRTC in order to attempt to preserve its rights.

24 As a result, I am of the view that the failure to notify TWU of the proceedings before the CRTC amounted to a denial of natural justice. While notice need not be given to every union which has a collective agreement with a company that is regulated by the CRTC, I believe that the unique circumstances of this case, which I have discussed above, required that notice be furnished to TWU.

Les propos du juge en chef Rinfret dans *Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Quebec Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 140, à la p. 154, sont à mon avis fort à propos dans le présent contexte:

Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un. À mon avis, il ne faudrait rien moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'annuler un droit possédé par un individu. [Je souligne.]

Ce principe vaut non seulement pour le droit à la justice naturelle, mais également pour le droit à un contrôle judiciaire en cas de déni de justice naturelle.

Dans la présente affaire, on ne saurait prétendre que le libellé législatif dispense le CRTC de son obligation d'aviser le TWU conformément à la règle *audi alteram partem*. Ni que la *LNAT* exclut tout recours aux tribunaux en cas de non-respect des principes d'équité procédurale.

Il convient également de signaler que, dans l'arrêt connexe, notre Cour a conclu qu'en cas de conflit, la décision du CRTC doit avoir priorité sur celle d'un conseil arbitral. Il devient donc d'autant plus important pour le TWU de pouvoir se faire entendre par le CRTC afin de tenter de défendre ses droits.

En conclusion, je suis d'avis que l'omission d'aviser le TWU de la procédure soumise au CRTC a engendré un déni de justice naturelle. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'aviser chaque syndicat lié par une convention collective à la compagnie assujettie à la réglementation du CRTC, j'estime que les circonstances uniques de la présente affaire, exposées ci-dessus, commandaient qu'avis soit donné au TWU.

IV. Disposition

For all of the foregoing reasons, I would allow the appeal and order the CRTC to re-consider its decision after affording TWU an opportunity to be heard.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case was heard at the same time as the companion case of *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739, and arises out of the same factual circumstances. *British Columbia Telephone* concerns a statutory appeal by the British Columbia Telephone Company ("BC Tel") of Telecom Letter Decision CRTC 92-4 ("Decision 92-4"). This appeal, on the other hand, concerns an application for judicial review by the Telecommunications Workers Union ("TWU") of the same letter decision. Decision 92-4 and the factual circumstances giving rise to this appeal are both described in detail in my reasons in *British Columbia Telephone*.

As regards the procedural history of the case at hand, the TWU's application for judicial review was first heard by the Federal Court of Appeal and was rejected: [1993] F.C.J. No. 444 (QL). In brief reasons, Mahoney J.A., writing on behalf of a unanimous Court of Appeal, noted that the issues raised by the TWU's application for judicial review were, with one exception, substantially identical to those raised by BC Tel in its statutory appeal from Decision 92-4 (which forms the subject matter of *British Columbia Telephone*). Mahoney J.A. then went on to state:

The ground for this application that is different from those raised on the [statutory] appeal is that TWU was denied natural justice by the CRTC [Canadian Radio-television and Telecommunications Commission] because it was not given notice of the applications which led to decision 92-4.

IV. Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner au CRTC de reconsidérer sa décision après avoir accordé au TWU la possibilité d'être entendu.

Le jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi connexe *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, et origine des mêmes faits. L'affaire *British Columbia Telephone* concerne un appel interjeté par la British Columbia Telephone Company («BC Tel») à l'encontre de la lettre-décision Télécom CRTC 92-4 («décision 92-4») tel que prévu à la loi. Le présent pourvoi, par contre, concerne une demande de contrôle judiciaire de la part de Telecommunications Workers Union («TWU») relativement à la même lettre-décision. La décision 92-4 et les faits qui ont donné naissance à ce pourvoi sont décrits de façon détaillée dans les motifs que j'ai rédigés dans *British Columbia Telephone*.

En ce qui concerne l'historique des procédures dans le cas qui nous occupe, la demande de contrôle judiciaire de TWU a d'abord été soumise à la Cour d'appel fédérale, qui l'a rejetée: [1993] A.C.F. n° 444 (QL). Dans des motifs succincts, le juge Mahoney, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, a signalé que les moyens invoqués à l'appui de la demande de contrôle judiciaire de TWU étaient, à une exception près, essentiellement les mêmes que ceux invoqués par BC Tel dans son appel formé en vertu de la loi à l'encontre de la décision 92-4 (sur laquelle porte l'arrêt *British Columbia Telephone*). Le juge Mahoney a ajouté:

Le motif sous-jacent à la présente demande et qui diffère de ceux soulevés en appel [en vertu de la loi] est que le CRTC [Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes] n'a pas respecté les principes de la justice naturelle à l'égard de TWU en ne donnant pas à celui-ci un avis des demandes qui sont à l'origine de la décision 92-4.

In the [statutory] appeal, it has been decided that the CRTC had not the jurisdiction to order BC Tel to violate the collective agreement by doing again that which had been conclusively determined to be a violation by an arbitration board constituted as required by the *Canada Labour Code*. It seems to me that the corollary is that TWU was not entitled to notice of the applications since the CRTC had not the jurisdiction to deprive TWU or its members of any rights they had under the collective agreement. I would, for that reason, and because allowing the [statutory] appeal has rendered it otherwise moot, dismiss this application for judicial review.

It is from this decision that the appellant appeals to this Court.

28 While the appellant raised several grounds in its initial application for judicial review before the Federal Court of Appeal, only two of these grounds are pursued in the appeal to this Court of the Federal Court of Appeal's decision. First, the TWU argues that the CRTC's failure to provide it with notice of the proceedings which resulted in Decision 92-4 deprived the CRTC of its jurisdiction and that as such Decision 92-4 is invalid. Second, the TWU claims that Decision 92-4 should be overturned on the ground that the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction by allegedly failing to follow its established policy of deferring to decisions of arbitration boards constituted by BC Tel and the TWU with respect to the work jurisdiction of BC Tel employees.

Failure to Provide Notice

29 The *audi alteram partem* rule, which is a component of the principles of natural justice and of procedural fairness, requires that a person who is a party to proceedings before a tribunal be informed of the proceedings and provided with an opportunity to be heard by the tribunal.

30 The appellant TWU argues that it has an interest in Decision 92-4 and that consequently it was entitled to the aforementioned procedural protections as regards that decision. Specifically, the TWU argues that Decision 92-4 will have an effect on the work jurisdiction given to members of the

Il a été statué en appel [prévu dans la loi] que le CRTC n'avait pas le pouvoir d'enjoindre à BC Tel de violer la convention collective en accomplissant à nouveau un acte qu'un conseil d'arbitrage constitué conformément au *Code canadien du travail* avait assimilé, de manière définitive, à une violation. Il me semble s'ensuivre que TWU n'avait pas droit à un avis relatif aux demandes puisque le CRTC n'avait pas le pouvoir de priver TWU ou ses membres des droits que leur conférait la convention collective. Pour cette raison, et parce que le fait d'accueillir l'appel [prévu dans la loi] l'a privée par ailleurs de tout objet, je suis d'avis de rejeter la présente demande de contrôle judiciaire.

L'appellant se pourvoit contre cette décision devant notre Cour.

Quoique l'appellant ait invoqué plusieurs moyens dans sa requête initiale de contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale, il en reprend seulement deux dans le pourvoi formé devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel fédérale. D'une part, TWU fait valoir que l'omission du CRTC de lui avoir donné avis de la procédure qui a abouti à la décision 92-4 a privé le CRTC de sa compétence et, pour cette raison, cette décision est invalide. TWU soutient, d'autre part, que la décision 92-4 devrait être infirmée pour le motif que le CRTC a commis une erreur de droit et excédé sa compétence du fait qu'il n'aurait pas suivi sa politique de déférence à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage constitués par BC Tel et TWU relativement à l'aire de travail des employés de BC Tel.

Omission de donner avis

La règle *audi alteram partem*, qui est une composante des principes de justice naturelle et d'équité procédurale, requiert qu'une partie à une procédure devant un tribunal en soit informée et ait la possibilité d'être entendue par le tribunal.

L'appellant TWU fait valoir qu'il a un intérêt dans la décision 92-4 et qu'à ce titre, il doit bénéficier des protections procédurales mentionnées précédemment relativement à cette décision. Plus précisément, TWU soutient que la décision 92-4 aura des répercussions sur l'aire de travail réservée à

TWU. Consequently, the TWU argues that it was entitled to notice of the proceedings leading to the decision and that in the absence thereof the decision is invalid.

The respondent Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., on the other hand, contends that the TWU was not entitled to notice because its interest in the CRTC proceedings in question was purely indirect. In this respect, the respondent referred to the comments of Marceau J.A. in *Canadian Transit Co. v. Canada (Public Service Staff Relations Board)*, [1989] 3 F.C. 611 (C.A.), at p. 614:

It is clear to me that mere interest in the eventual outcome of a proceeding before a tribunal, whether financial or otherwise, is not in itself sufficient to give an individual a right to participate therein. The demands of natural justice and procedural fairness certainly do not require so much and in any event it would be impossible in practice to go that far. In my judgment, to be among the interested parties that a tribunal ought to involve in a proceeding before it to satisfy the requirements of the *audi alteram partem* principle, an individual must be directly and necessarily affected by the decision to be made. His interest must not be merely indirect or contingent, as it is when the decision may reach him only through an intermediate conduit alien to the preoccupation of the tribunal, such as a contractual relationship with one of the parties immediately involved. [Emphasis added.]

In general, I agree with the submissions of the respondent. In my view, the TWU's interest in the proceedings before the CRTC was purely indirect. The CRTC decision concerned questions of telecommunication policy. The CRTC was required to decide on the best way to regulate a monopoly telephone company in order to preserve the public interest. The purpose behind the CRTC decision was totally unrelated to the "work jurisdiction" of the TWU. In fact, such a consideration would have been irrelevant to the CRTC decision. Consequently, the TWU had no relevant interest to represent before the CRTC. While the TWU may have been affected by the CRTC decision, the effect of this decision on the TWU was purely indirect. Accordingly, I conclude that *audi alteram*

ses membres. Par conséquent, TWU soutient qu'il avait le droit d'être avisé de la procédure qui a mené à la décision, à défaut de quoi cette dernière est invalide.

Pour sa part, l'intimée Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. prétend que TWU n'était pas en droit de recevoir tel avis puisque son intérêt dans la procédure soumise au CRTC était purement indirect. À cet égard, l'intimée s'est référée aux commentaires du juge Marceau dans *Canadian Transit Co. c. Canada (Commission des relations de travail dans la Fonction publique)*, [1989] 3 C.F. 611 (C.A.), à la p. 614:

Il me semble clair que le seul intérêt dans l'issue éventuelle d'une affaire soumise à un tribunal, qu'il soit pécuniaire ou autre, ne suffit pas en lui-même à conférer à un particulier qualité pour agir. Les exigences de la justice naturelle et de l'équité dans la procédure n'en demandent certainement pas tant, et en tout état de cause, il serait impossible en pratique d'aller jusque là. À mon sens, pour compter au nombre des parties intéressées auxquelles un tribunal doit accorder qualité pour agir dans une affaire dont il est saisi afin de satisfaire aux exigences de la règle *audi alteram partem*, un particulier doit être touché directement et nécessairement par la décision à rendre. Son intérêt ne doit pas être simplement indirect ou éventuel, comme c'est le cas lorsqu'une décision peut l'atteindre par un intermédiaire étranger aux préoccupations du tribunal, tel un rapport contractuel avec une des parties directement concernées. [Je souligne.]

De façon générale, je souscris aux prétentions de l'intimée. À mon avis, l'intérêt de TWU dans l'affaire soumise au CRTC était purement indirect. La décision du CRTC en était une de politique en matière de télécommunications. Le CRTC devait décider de la meilleure façon de réglementer une compagnie de téléphone monopoliste afin de protéger l'intérêt public. L'objectif sous-jacent à la décision du CRTC n'avait absolument rien à voir avec «l'aire de travail» de TWU. En fait, une telle considération n'aurait pas été pertinente quant à la décision du CRTC. TWU n'avait donc aucun intérêt pertinent à faire valoir devant le CRTC. Si TWU risquait d'être touché par la décision du CRTC, ce ne pouvait être que de façon purement indirecte. Pour ce motif, je conclus que la règle

partem did not require that the TWU be provided with notice of the CRTC hearing. The TWU was not a party nor did it have a direct interest in the proceedings before the tribunal.

audi alteram partem ne commandait pas que TWU soit avisé de l'audience du CRTC. TWU n'était pas une partie, ni n'avait-il un intérêt direct dans l'affaire soumise au tribunal.

33

In this respect, it is important to note that a finding in the case at hand that the TWU was entitled to notice would have grave consequences that could paralyse regulatory agencies. Effectively, it would mean that all individuals with contractual relations with a regulatee would have to be given notice of regulatory proceedings concerning that regulatee if such proceedings were likely to effect, even indirectly, the person in question. Given the wide scope of many regulatory agencies, their decisions are likely to have an indirect effect on a large number of individuals in contractual relations with the regulatee. As a result, all such parties would have to be provided with notice of the regulatory proceedings. This is particularly problematic in light of the extreme difficulty of ascertaining exactly who these parties are in advance of the hearing and the possibility that, in the absence of notice, these parties would be able to challenge the legality of the regulatory decision. This could result in an endless series of challenges that would effectively paralyse regulatory agencies. Accordingly, the *audi alteram partem* rule should not be interpreted as requiring that notice be provided to parties indirectly affected by regulatory proceedings.

À cet égard, il importe de signaler que conclure ici que TWU avait droit à un avis aurait des conséquences sérieuses susceptibles de paralyser les organismes de réglementation. En effet, il en découlerait que tout individu ayant un lien contractuel avec une personne visée par un règlement devrait recevoir avis de la procédure de réglementation visant cette personne si une telle procédure était susceptible de le toucher, même indirectement. Étant donné l'étendue des attributions de nombreux organismes de réglementation, leurs décisions sont susceptibles de toucher indirectement un grand nombre d'individus ayant un lien contractuel avec une personne visée par un règlement. Ainsi, toutes ces parties devraient recevoir avis de la procédure de réglementation. Ceci est particulièrement problématique étant donné la très grande difficulté de déterminer avec exactitude avant l'audition qui sont ces parties et vu la possibilité qu'en l'absence de tel avis, ces dernières pourraient contester la légalité de la décision de l'organisme de réglementation. Cela serait susceptible d'entraîner un nombre infini de contestations qui paralyseraient effectivement les organismes de réglementation. Par conséquent, la règle *audi alteram partem* ne devrait pas être interprétée de façon à exiger qu'un avis soit donné aux parties indirectement touchées par des procédures en matière de réglementation.

34

However, even if I am wrong and the *audi alteram partem* rule would normally have required the CRTC to notify the TWU of the proceedings in question, in my view, s. 72 of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*, R.S.C., 1985, c. N-20 ("NTPPA"), effectively relieves the CRTC of this obligation. Section 72 NTPPA read as follows at the time of the issuance of Decision 92-4:

En revanche, même si j'ai tort et que le CRTC aurait normalement dû, en conformité avec la règle *audi alteram partem*, aviser TWU de la procédure en question, à mon avis, l'art. 72 de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, L.R.C. (1985), ch. N-20 («LNAT»), dispense effectivement le CRTC de cette obligation. L'article 72 LNAT se lisait ainsi au moment où la décision 92-4 a été rendue:

72. Every company shall, as soon as possible after receiving or being served with any regulation, order, direction, decision, notice, report or other document of the Minister or the Commission, or the inspecting engi-

72. Aussitôt que possible après qu'elle a reçu ou qu'il lui a été signifié un règlement, une ordonnance, des instructions, une décision, un avis, un rapport ou quelque autre document de la part du ministre, de la Commis-

neer, notify each of its officers and servants performing duties that are or may be affected thereby by delivering a copy to them or by posting a copy in some place where their work or duties, or some of them are to be performed.

The effect of this section is to relieve the CRTC of any responsibility to notify the TWU of the proceedings in question. Instead, s. 72 places this responsibility on BC Tel. However, this shift of responsibility would be meaningless if a CRTC decision could still be challenged on the grounds that the TWU was not notified of the proceedings. In my view, s. 72 should therefore be read as shielding CRTC decisions from challenge on the grounds that a regulatee (i.e. BC Tel) failed to notify its employees of the proceedings. Instead, in such circumstances, the appropriate remedy would be for the employees to apply to the CRTC for a re-hearing as permitted by the then applicable s. 66 *NTPPA*:

66. The Commission may review, rescind, change, alter or vary any order or decision made by it or may re-hear any application before deciding it.

As a result, the remedy available to employees would be equivalent to that available to a party provided with inadequate notice by the CRTC under s. 74 *NTPPA*. At the time of the events giving rise to this proceeding, s. 74 *NTPPA* read as follows:

74. (1) Subject to this Act, when the Commission is authorized to hear an application, complaint or dispute, or make any order, on notice to the parties interested, it may, on the ground of urgency, or for other reason appearing to the Commission to be sufficient, notwithstanding any want of or insufficiency in the notice, make the like order or decision in the matter as if due notice had been given to all parties, and the order or decision is as valid and takes effect in all respects as if made on due notice.

(2) Any company or person entitled to notice and not sufficiently notified may, at any time within ten days after becoming aware of an order or decision made under subsection (1), or within such further time as the

sion, ou de l'ingénieur-inspecteur, toute compagnie doit les porter à la connaissance de chacun des membres de son personnel qui remplissent des fonctions que ces pièces concernent ou peuvent concerner, soit en leur remettant une copie, soit en en affichant une copie là où ils doivent accomplir leurs travaux ou leurs fonctions, ou une partie de leurs travaux ou fonctions.

Cet article a pour effet de dégager le CRTC de toute responsabilité d'aviser TWU de la procédure en question. L'article 72 impose plutôt cette obligation à BC Tel. Or, ce transfert de responsabilité serait dénué de sens si une décision du CRTC pouvait tout de même être contestée pour le motif que TWU n'a pas été notifié de la procédure. À mon sens, l'art. 72 devrait être interprété comme mettant les décisions du CRTC à l'abri de toute contestation fondée sur le motif qu'une personne visée par un règlement (soit BC Tel) a omis d'aviser ses employés de la procédure. Dans un tel cas, il conviendrait plutôt de permettre aux employés de demander une nouvelle audition au CRTC comme le permet l'art. 66 *LNAT* qui s'appliquait alors:

66. La Commission peut réviser, abroger ou modifier ses ordonnances ou décisions, ou peut entendre à nouveau une demande qui lui est faite, avant de rendre sa décision.

En conséquence, la réparation ouverte aux employés serait équivalente à celle qui s'offre à la partie ayant reçu un avis insuffisant de la part du CRTC en application de l'art. 74 *LNAT*. Au moment où les événements donnant naissance à la présente procédure se sont déroulés, l'art. 74 *LNAT* se lisait comme suit:

74. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, lorsque la Commission est autorisée à entendre une requête, plainte ou contestation, ou à prendre une ordonnance, après avoir donné avis aux parties intéressées, elle peut, pour cause d'urgence ou pour toute autre raison qui lui paraît suffisante, nonobstant le défaut ou l'insuffisance de cet avis, prendre une ordonnance ou une décision dans l'affaire comme si l'avis eût été régulièrement donné à toutes les parties; cette ordonnance ou décision est à tous égards aussi valable et exécutoire que si l'avis eût été régulier.

(2) Toute compagnie ou personne qui a droit à un avis et à laquelle un avis suffisant n'a pas été donné peut, à toute époque dans les dix jours qui suivent le moment où elle a eu connaissance de cette ordonnance ou déci-

Commission may allow, apply to the Commission to vary, amend or rescind the order or decision, and the Commission shall thereupon, on such notice to other parties interested as it may in its discretion think desirable, hear the application, and either amend, alter or rescind the order or decision, or dismiss the application, as may seem to it just and right.

- 35 For all of the above reasons, I reject this ground of appeal.

Failure to Follow CRTC Policy

- 36 The TWU's second ground of appeal is that the CRTC erred in law and exceeded its jurisdiction by failing to follow an alleged policy of deferring to the decisions of arbitration boards constituted by the parties in respect of this matter.

- 37 In my view, this ground of appeal is entirely without merit. First, the CRTC has never adopted a policy of deferring to such arbitration board decisions. The TWU refers to passages such as the following as supporting the existence of such a policy:

B.C. Tel argued that Article XXI of its collective agreement with the Telecommunications Workers Union precluded it from contracting this work out, but the clause in question does not appear to prohibit the Company from permitting third parties from installing their own facilities at their own expense. [Telecom Decision CRTC 78-6, July 28, 1978, at p. 27.]

In the absence of an arbitration board ruling that the collective agreement would not permit the work contemplated in those Decisions [Telecom Decisions CRTC 78-6 and 79-22], there seems to be no reason to alter the status quo. The Commission therefore orders B.C. Tel to permit cable licensees to do the spinning work required to install their coaxial cable on B.C. Tel support structures in accordance with the terms of the Agreement. [CRTC Letter Decision, July 28, 1987, at p. 5.]

These passages, however, do not actually establish a policy of deference to arbitration boards. I agree with the respondent Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd. that such comments were merely *obiter* com-

sion, ou dans tel délai plus long que la Commission peut lui accorder, demander à la Commission de modifier ou abroger cette ordonnance ou décision; la Commission doit alors, après tel avis aux autres parties intéressées qu'elle juge à propos de donner, entendre cette demande et modifier ou abroger cette ordonnance ou décision, ou renvoyer cette demande, suivant qu'il lui paraît juste et équitable.

Pour tous ces motifs, ce moyen d'appel doit être rejeté.

Omission de respecter la politique du CRTC

TWU soutient, dans un deuxième temps, que le CRTC a commis une erreur de droit et excédé sa compétence en faisant défaut de respecter une présumée politique de déférence à l'égard des décisions des conseils d'arbitrage constitués par les parties relativement à l'affaire.

À mon avis, ce moyen d'appel est sans aucun fondement. Premièrement, le CRTC n'a jamais adopté de politique de déférence à l'égard des décisions de ces conseils d'arbitrage. TWU invoque des passages comme ceux qui suivent à l'appui de l'existence d'une telle politique:

B.C. Tel a prétendu que l'article XXI de sa convention collective avec la Union Telecommunications Workers (*sic*) l'empêchait de faire effectuer des travaux par contrat à l'extérieur, mais la clause en question ne semble pas l'empêcher de permettre à une tierce partie d'installer son propre matériel à ses frais. [Décision Télécom CRTC 78-6, 28 juillet 1978, à la p. 27.]

[TRADUCTION] Comme le conseil d'arbitrage n'a pas dit que la convention collective ne permettrait pas le travail envisagé dans ces décisions [Décisions Télécom CRTC 78-6 et 79-22], il ne semble y avoir aucun motif de changer le statu quo. Le Conseil ordonne en conséquence à BC Tel de permettre aux entreprises de télédistribution de faire le travail de bobinage nécessaire à l'installation de leur câble coaxial sur les structures de soutènement de B.C. Tel conformément aux termes de l'Accord. [Lettre-décision du CRTC, 28 juillet 1987, à la p. 5.]

Ces passages n'établissent toutefois pas véritablement l'existence d'une politique de déférence à l'égard des conseils d'arbitrage. J'estime, comme l'intimée Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd., que ces

C-102 (SCC)

ments designed to respond to the submissions of BC Tel and the TWU. Second, it would be improper for the CRTC to adopt a general policy of deference to an arbitration board as this would be an improper delegation or fettering of the CRTC's discretionary powers.

Disposition

For the reasons outlined above, I would dismiss this appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs, LAMER C.J. and SOPINKA and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Shortt, Moore & Arsenault, Vancouver.

Solicitor for the respondent the CRTC: The CRTC Legal Directorate, Hull.

Solicitors for the respondent Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent British Columbia Telephone Co.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

commentaires étaient simplement incidents et destinés à répondre aux prétentions de BC Tel et de TWU. Deuxièmement, il ne serait pas approprié que le CRTC adopte une politique générale de déférence à l'égard d'un conseil d'arbitrage puisqu'il s'agirait alors d'une délégation irrégulière des pouvoirs discrétionnaires du CRTC ou d'une entrave à ceux-ci.

Dispositif

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et CORY sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Shortt, Moore & Arsenault, Vancouver.

Procureur de l'intimé le CRTC: Le contentieux du CRTC, Hull.

Procureurs de l'intimée Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée British Columbia Telephone Co.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

NOVA SCOTIA COURT OF APPEAL

Citation: *Waterman v. Waterman*, 2014 NSCA 110

Date: 20141211

Docket: CA 422372

Registry: Halifax

Between:

WAYNE WATERMAN

Appellant

v.

PAULETTE WATERMAN

Respondent

-
- Judges:** The Honourable Justice Duncan Beveridge, and the Honourable Justice Peter M.S. Bryson, concurring; The Honourable Justice Jill M. Hamilton, dissenting.
- Appeal Heard:** April 15, 2014, in Halifax, Nova Scotia
- Subject:** Family law: applications to vary spousal support under the *Interjurisdictional Support Orders Act*
- Summary:** The appellant claimed that a change in circumstances justified a variation of spousal support and forgiveness of arrears. He filed an application to vary under the Ontario ISO legislation, which was forwarded to Nova Scotia. The respondent was served with notice of a hearing, and filed her answer, an affidavit and brief from counsel. The respondent and her counsel attended the hearing. The appellant did not. He had no notice of it. The respondent made submissions as to why the application should be dismissed. The application judge agreed.
- Issues:**
- (1) Did the judge err in dismissing the application to vary?
 - (2) Was the judge obliged to seek further information before adjudicating the merits of the application?
 - (3) Was the appellant denied natural justice by having had

no opportunity to attend the hearing or respond?

Result:

The majority allowed the appeal. The record did not reveal any error in law, misapprehension of the evidence, or palpable and overriding error in the judge's findings of mixed law and fact. Further, the application judge was not mandated by the legislation to seek additional information or details absent from the record in order to adjudicate the application. However, the majority concluded that the statute did not expressly or by necessary implication exclude the normal requirements of natural justice. Hence the outcome was tainted by the lack of notice of the hearing at which his application was adjudicated. A new hearing was ordered. The dissent was satisfied that the *ISO Act* did provide clear and unambiguous statutory authority that the appellant was not required to be given notice, and would dismiss the appeal.

This information sheet does not form part of the court's judgment. Quotes must be from the judgment, not this cover sheet. The full court judgment consists of 32 pages.

NOVA SCOTIA COURT OF APPEAL

Citation: *Waterman v. Waterman*, 2014 NSCA 110

Date: 20141211

Docket: CA 422372

Registry: Halifax

Between:

Wayne Waterman

Appellant

v.

Paulette Waterman

Respondent

Judges:

Beveridge, Hamilton, and Bryson, JJ.A.

Appeal Heard: April 15, 2014, in Halifax, Nova Scotia

Written Release December 11, 2014

Held: Appeal allowed without costs, per reasons for judgment of Beveridge, J.A.; Bryson, J.A. concurring; Hamilton, J.A. dissenting

Counsel: Wayne Waterman, appellant in person, not present
C. LouAnn Chiasson, Q.C., for the respondent

Reasons for judgment:**INTRODUCTION**

[1] In this case, the apparent desire for quick access to justice to permit uncomplicated amendment of family support orders collides with the fundamental requirement that a party to a proceeding must, absent statutory authority, have a meaningful opportunity to be heard.

[2] The essential facts are relatively simple, and are uncontested. The respondent obtained an order from a judge in Ontario for spousal support. She then moved to Nova Scotia. The appellant filed an application in Ontario under the *Interjurisdictional Support Orders Act*, S.O. 2002, c. 13 to vary the award and for forgiveness of all spousal support arrears.

[3] Officials in Ontario processed the application and sent it to the proper authorities here in Nova Scotia. The documents making up the application were served on the respondent along with notice of a hearing date before the Honourable Justice L. Dellapinna of the Nova Scotia Supreme Court (Family Division).

[4] The respondent retained counsel. Documentation and a brief were filed. The respondent, with counsel, appeared at the hearing before Justice Dellapinna. The appellant did not appear. He was not given any notice by anyone that his application was to be heard on the scheduled date; nor was he given a copy of the materials filed by the respondent that were before the application judge.

[5] Justice Dellapinna dismissed the appellant's variation application, finding that information was missing that would impact on the issue of quantum of support, and the appellant had not met his onus to establish a material change of circumstances since the making of the Ontario order.

[6] The appellant appeals as of right to this Court pursuant to s. 42 of the *Interjurisdictional Support Orders Act*, S.N.S. 2002, c. 2. He advances three grounds of appeal. In essence, they are: the application judge was wrong to find that the applicant had not established a material change in circumstances; if the application judge was hampered by a lack of information supplied by the appellant, he was required by the *Act* to adjourn the hearing and request the desired details; and, that the appellant was denied natural justice.

[7] I find no merit in the first two grounds of appeal. However, I agree with the appellant that the dictates of natural justice were not followed. I would remit the application back to the Nova Scotia Supreme Court (Family Division) for a hearing on proper notice to both parties.

[8] To understand the complaints of the appellant, and my reasons, further details about the history of the proceedings are necessary.

HISTORY OF THE PROCEEDINGS

[9] The appellant and respondent separated in March 2010 after almost 20 years of marriage. At the time of separation, both were living in Ontario. Ms. Waterman, relying on the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, applied for spousal support. On October 19, 2010, the Ontario Court of Justice ordered Mr. Waterman to pay spousal support in the amount of \$2,050 per month, commencing May 1, 2010. The record does not disclose the evidence that was before the Ontario Court to justify that award.

[10] Ms. Waterman moved to Nova Scotia, and Mr. Waterman continued to live in Ontario. Effective July 1, 2011, 50% of Mr. Waterman's pension was garnisheed.

[11] In accordance with s. 27 of the Ontario *Interjurisdictional Support Orders Act*, Mr. Waterman filed a support variation application with the designated authority in Ontario on January 28, 2013. He sought a reduction in spousal support to \$0, and a reduction of the arrears of spousal support to \$0 as of April 30, 2012.

[12] The Ontario *Act* and *Regulations* mandate that detailed financial information be included in such an application. The information that should have been included was absent. Nonetheless, the Ontario designated authority processed the application and sent it to the designated authority in Nova Scotia (the Nova Scotia Supreme Court (Family Division)), where it arrived on June 20, 2013.

[13] Ms. Waterman was served with Mr. Waterman's application on August 19, 2013 by an official from the Supreme Court. Ms. Waterman was told she needed to complete the "Respondent's Answer to Application" along with forms concerning her finances, with supporting documents. Legal advice and representation were recommended.

[14] Ms. Waterman was also given notice that the application would be heard on October 1, 2013.

[15] Ms. Waterman retained counsel. The “Respondent’s Answer to Application” was filed with the Supreme Court on September 16, 2013, along with some of the required financial documentation. She also filed an Affidavit sworn September 13, 2013 that set out details of her personal circumstances in Nova Scotia as compared to those of the appellant.

[16] Counsel for Ms. Waterman filed a brief with the Supreme Court dated September 26, 2013. The respondent’s materials and brief were not sent to the appellant.

[17] On October 1, 2013, Ms. Waterman attended the hearing along with counsel. Mr. Waterman did not attend. He had no notice when and where the hearing was to take place.

[18] The hearing was relatively short. It lasted sixteen minutes. The judge invited counsel for the respondent to make submissions and call the respondent to give evidence. No *viva voce* evidence was heard. Counsel made submissions about the content of the appellant’s materials and those of the respondent.

[19] Justice Dellapinna dismissed the variation application, finding that Mr. Waterman had not met his onus to demonstrate a material change of circumstances since the October 2010 Ontario order.

[20] In due course, the appellant received the Order issued November 1, 2013 that dismissed his application. He retained a lawyer in Nova Scotia who launched this appeal. Prior to the hearing of the appeal, counsel for the appellant withdrew. The appellant requested his appeal proceed as scheduled; he would not appear personally or by counsel, but would rely on the factum and authorities already filed.

STANDARD OF REVIEW

[21] The complaints of error advanced by the appellant attract different standards of review. Where a judge makes a decision to award or vary spousal support, he or she is required to make a discretionary decision, balancing a variety of factors and guided by the particular facts of the case at hand. Appellate courts owe deference to such a decision, and will not intervene unless satisfied that the judge erred in

principle, significantly misapprehended the evidence or made an award that is clearly wrong. (See *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518 at ¶ 10-12; *Saunders v. Saunders*, 2011 NSCA 81 at ¶ 17.)

[22] The second ground of appeal claims an error in law by the application judge in not following the process mandated by the *ISO Act*. Interpreting and complying with statutes are questions of law. These are reviewed on the standard of correctness. (See *B.H. v. Nova Scotia (Minister of Community Services)*, 2009 NSCA 67 at ¶ 12.) However, decisions resulting from the application of legal principles or the exercise of judicial discretion are afforded deference. An appeal court has no role to overrule such decisions, absent palpable and overriding error or patent injustice.

[23] The third ground of appeal argues there was a breach of the rules of natural justice or procedural fairness. This is a question of law. Our review does not engage concerns associated with the concept of a standard of review. (See *Bellefontaine v. Slawter*, 2012 NSCA 48 at ¶ 18.) The adjudicator either fulfilled the duty required or did not (See *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12 at ¶ 43; *Nova Scotia (Community Services) v. N.N.M.*, 2008 NSCA 69 at ¶ 39). In other words, either there was a breach of the principles of natural justice, or there was not.

ANALYSIS

Error not to order a change in support

[24] The application judge was required to determine whether the appellant had established on a balance of probabilities that there had been a change in circumstances since the original order was made, and if so, what would be an appropriate quantum for spousal support.

[25] There was conflicting evidence about the appellant's income, and a number of other factors that could impact on the issue of spousal support. Those included, amongst other things, the appellant's ability to earn income and his female partner's income. The application judge concluded that: he was not satisfied that the appellant could not work; his actual current income; and what was his actual ability to pay support in light of his new relationship. The judge expressed his reasons as follows:

1 The onus is on Mr. Waterman to show a change in circumstance
2 since the granting of the previous order. That change must be
3 material. For the most part it must be outside of his control.
4 It is his responsibility to provide to this Court proof of his
5 current income. His position is that he can't afford the support
6 payments and cannot return to work. He has not established his
7 current income to my satisfaction and he has not convinced me
8 that he cannot work. The reasonableness of a support payment
9 should not be measured against what he says his income is, but
10 rather against his actual ability to pay, which I can't quantify
11 with the information that he has provided.

12 I don't know for certain what his real income is. I don't
13 know for certain that he cannot work. I don't know what he could
14 earn if he was to return to work. He is of an age where
15 ordinarily one could expect him to work. I don't know his
16 partner's income. I don't know what she could or should
17 reasonably contribute to their household expenses and therefore I
18 have no way of calculating what Mr. Waterman could reasonably
19 afford to pay to Ms. Waterman.

[26] The appellant does not suggest that the application judge committed any error in principle or significantly misapprehended the evidence. He simply argues that the evidence at the hearing justifies our disagreement with the conclusion of the application judge and obliges us to arrive at a different result. That is not our function. I would not give effect to this ground of appeal.

Failure to follow the ISO Act procedure

[27] The nub of the appellant's argument is that since the application judge thought that he did not have the necessary information to make a variation of the support order, he was required by the *ISO Act* to adjourn the hearing and ask for the information he needed. The appellant relies on s. 36, which provides:

36 (1) In dealing with a support-variation application, the Nova Scotia court shall consider

- (a) the evidence provided to the Nova Scotia court; and
- (b) the documents sent from the reciprocating jurisdiction.

(2) Where the Nova Scotia court needs further information or documents from the applicant to consider making a support variation order, the Nova Scotia court shall

- (a) send the designated authority a direction to request the information or documents from the applicant or the appropriate authority in the reciprocating jurisdiction; and
- (b) adjourn the hearing.

[28] The appellant urges us to interpret s. 36(2) as being a mandatory direction to judges to always adjourn the hearing and request the missing information from the applicant via the designated authority. For this proposition, he cites what he says is the clear direction in s. 9(3) of the *Interpretation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 235, which contains the usual provision in Interpretation Acts: "shall" is imperative and "may" is permissive. Hence, he submits that the application judge erred in law in failing to comply with this statutory direction.

[29] With respect, I disagree. Words are not given meaning in a vacuum. The *Interpretation Act* sets out the general principles that guide courts in the interpretative process. It provides:

9 (5) Every enactment shall be deemed remedial and interpreted to insure the attainment of its objects by considering among other matters

- (a) the occasion and necessity for the enactment;
- (b) the circumstances existing at the time it was passed;
- (c) the mischief to be remedied;
- (d) the object to be attained;
- (e) the former law, including other enactments upon the same or similar subjects;
- (f) the consequences of a particular interpretation; and
- (g) the history of legislation on the subject.

[30] There is symmetry and harmony between the common law principles of statutory interpretation and statutes such as the *Interpretation Act* (See *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42; *Municipal Enterprises Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2003 NSCA 10.)

[31] In *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27 the Supreme Court gave clear direction that the starting point for statutory interpretation is the "modern rule" espoused by Professor Driedger. Iacobucci J., for the Court, wrote:

[21] Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, Driedger on the Construction of Statutes (3rd ed. 1994) (hereinafter "Construction of Statutes"); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[32] Iacobucci J., again writing for the Court, in *Bell Express-Vu*, elaborated:

[26] ...Driedger's modern approach has been repeatedly cited by this Court as the preferred approach to statutory interpretation across a wide range of interpretive settings: see, for example, *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578, per Estey J.; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, at p. 17; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 25; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, at para. 26; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33, per McLachlin C.J.; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 27. I note as well that, in the federal legislative context, this Court's preferred approach is buttressed by s. 12 of the Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, which provides that 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".

[27] The preferred approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute: as Professor John Willis incisively noted in his seminal article "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 6, "words, like people, take their colour from their surroundings". This being the case, where the provision under consideration is found in an Act that is itself a component of a larger statutory scheme, the surroundings that colour the words and the scheme of the Act are more expansive. In such an instance, the application of Driedger's principle gives rise to what was described in *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, at para. 52, as "the principle of interpretation that presumes a

harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter". (See also *Stoddard v. Watson*, [1993] 2 S.C.R. 1069, at p. 1079; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, at para. 61, per Lamer C.J.)

[33] These same principles govern the question whether the use of the seemingly imperative "shall" was meant to be mandatory or merely directive. In *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)* [1994] 2 S.C.R. 41, Iacobucci J., commented on this issue:

[148] ...the manipulation of mandate and direction is, for the most part, the manipulation of an end and not a means. In this sense, to quote again from *Reference re Manitoba Language Rights*, supra, the principle is "vague and expedient" (p. 742). **This means that the court which decides what is mandatory, and what is directory, brings no special tools to bear upon the decision. The decision is informed by the usual process of statutory interpretation. But the process perhaps evokes a special concern for "inconvenient" effects, both public and private, which will emanate from the interpretive result.**

[Emphasis added]

[34] The Supreme Court, in the subsequent case of *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, affirmed the role that the object of the statute and the consequences play in the interpretative exercise. Gonthier J., for the majority, wrote:

[42] This raises the question of whether the ss. 51(3) and 51(4) are mandatory or merely directory. Addy J. and Stone J.A. below held that despite the use of the word "shall", the provisions were directory rather than mandatory, relying on *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), which summarized the factors relevant to determining whether a statutory direction is mandatory or directory as follows (at p. 175):

When the provisions of a statute relate to the performance of a public duty and the case is such that to hold null and void acts done in neglect of this duty would work serious general inconvenience, or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty, and at the same time would not promote the main object of the Legislature, it has been the practice to hold such provisions to be directory only

Addy J. concluded that to read the provisions in a mandatory way would not promote the main object of the legislation, which is to ensure that the sale of the reserve is made pursuant to the wishes of the Band. Stone J.A. agreed. **This Court has since held that the object of the statute, and the effect of ruling one**

way or the other, are the most important considerations in determining whether a directive is mandatory or directory: *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41.

[Emphasis added]

[35] With these principles in mind, I turn to the objectives of the *ISO Act*, and the consequences of the contended for interpretation.

[36] There is little public information about the mischief the *Act* was designed to remedy, and what was hoped to be achieved. As I will show, what information there is points to a desire to streamline the process by generally dispensing with a two hearing process, thereby reducing delays in obtaining and varying support orders. The previous regime was apparently plagued with delay. Provisional support orders were obtained in one jurisdiction; before they would become effective, a second hearing in the reciprocating jurisdiction was needed to confirm the order.

[37] In *Mathers v. Bruce*, 2005 BCCA 410, Smith J.A., commented on the origins and intent of the ISO legislation:

[4] The *ISO Act* is based on model uniform legislation which was developed by a standing committee of officials from the federal, provincial, and territorial governments for the purpose of facilitating the interjurisdictional recognition, variation, and enforcement of support orders made in family proceedings. It repealed and replaced Part 8 of the *Family Relations Act*, which was entitled "Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders".

[5] An important procedural change enacted by the *ISO Act* eliminates the need for two hearings in situations where the reciprocating jurisdictions have both adopted the ISO scheme. Under the old scheme involving the reciprocal enforcement of maintenance orders, a party was required to obtain a provisional order in his or her jurisdiction which would not be effective until it was confirmed at a second hearing in the reciprocating jurisdiction in which the other party resided. Under the ISO scheme, an order made in one jurisdiction is given full faith and credit in the reciprocating jurisdiction and is enforceable immediately upon registration there without the necessity of a confirmation hearing.

[38] The Nova Scotia *Interjurisdictional Support Orders Act* received Royal Assent on May 30, 2002, and came into force on March 31, 2003. The *ISO Act* (s. 61) repealed and replaced the *Maintenance Orders Enforcement Act*, R.S.N.S. 1989, c. 268. Under the old Act, it was necessary to obtain a provisional order in the applicant's jurisdiction and a confirmation order in the respondent's

jurisdiction. As I will discuss later, this remains the basic structure under the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.).

[39] During the legislative process, The Honourable Michael Baker, then Minister of Justice, made similar comments to those of Justice Smith in *Mathers v. Bruce* about the legislative scheme. At the time of the Bill's second reading in the Nova Scotia Legislature, the Minister said:

This legislation really is about protecting the rights and needs of children. The Interjurisdictional Support Orders Act is designed to streamline the process which recognizes, establishes and enforces support orders in interjurisdictional cases. The legislation is part of a national effort to streamline and simplify the process to obtain and enforce support orders. In fact, all Premiers agreed to adopt this type of legislation at their meeting in British Columbia last summer. We are pleased to fulfill that commitment by bringing forward this bill in this session. This Act was developed by the Federal-Provincial-Territorial Family Law Committee

The uniform legislation is designed to streamline procedures regarding enforcement and to minimize delays in obtaining or varying support orders. In adopting this legislation we follow Manitoba, the Yukon and Ontario. It is our strong understanding that other provinces will follow shortly with their own uniform style legislation. While there is existing legislation in all provinces to deal with reciprocal enforcement, present procedures can sometimes be cumbersome.

In establishing support orders in interjurisdictional cases, a provisional hearing is required. That process may involve a number of court proceedings and a great deal of time and delay. In fact, in my experience that the need for multiple proceedings can cause undue delay and hardship to the applicant. The intent of this bill is to streamline the process, dispensing with the need of multiple hearings and making sure that orders are enforceable from other jurisdictions. The welfare of children must be first and in bringing forward this bill we are joining other Canadian provinces in supporting children.

(Nova Scotia, House of Assembly, Hansard, 58th Assembly, 2nd Sess., (7 May, 2002) at 9717.)

[40] Each Canadian province and territory, except for Quebec, has enacted an *ISO Act*, and the ISO statutes in each province are very similar. The ISO regime only applies where one of the spouses lives in a “reciprocating jurisdiction”. The *Interjurisdictional Support Orders Regulations*, N.S. Reg. 73/2003 as am. (“the *ISO Regulations*”), lists the reciprocating jurisdictions for the purposes of the Nova Scotia *ISO Act*. These include all Canadian provinces and territories and several countries, including the United States, the United Kingdom and Germany.

[41] In its relatively short existence, the ISO regime has not been warmly endorsed by the judiciary who must grapple with the problems that seem to be inherent in these applications. Apparently once an applicant fills out the basic legislative forms to commence the process, the application is simply sent on to the reciprocating jurisdiction to deal with as best they can.

[42] There does not appear to be any specific duty on the designated authority in the originating jurisdiction to examine or vet the applications for substance before they are forwarded to the reciprocating jurisdiction. For example, the Ontario *ISO Act*, S.O. 2002, c. 13 states, in part:

Submission of application to designated authority

28. (1) The applicant shall submit the support variation application to the designated authority in Ontario. 2002, c. 13, s. 28 (1).

Duty of designated authority

(2) On receiving a support variation application, the designated authority shall promptly,

(a) review the application to ensure that it is complete; and

(b) send a copy of the completed application to the appropriate authority in the reciprocating jurisdiction in which the applicant believes the respondent ordinarily resides. 2002, c. 13, s. 28 (2).

Further information or documents

(3) On receiving a request for further information or documents from a reciprocating jurisdiction under an enactment in that jurisdiction that corresponds to clause 34 (2) (a), the applicant or the designated authority shall provide the further information or documents, within the time referred to in the request and in accordance with the regulations. 2002, c. 13, s. 28 (3).

[43] This wording is very similar to the wording in s. 30 of the Nova Scotia *ISO Act*. The only obligation on the designated authority in Ontario before sending it to Nova Scotia is to “review the application to ensure that it is complete.” This phrase has never been interpreted by a court. It likely means that the authority should determine if the application meets the requirements as defined by the legislation, which in the case of Ontario, are set out in s. 27 of their *Act*:

Support variation application

27. (1) An applicant who ordinarily resides in Ontario and believes that the respondent ordinarily resides in a reciprocating jurisdiction may start a proceeding

in Ontario that could result in a variation order being made in the reciprocating jurisdiction. 2002, c. 13, s. 27 (1).

Same

(2) To start the proceeding, the applicant shall complete a support variation application that includes,

- (a) the applicant's name and address for service;
- (b) a copy of the support order;
- (c) a copy of the specific statutory or other legal authority on which the application is based, unless the applicant is relying on the law of the jurisdiction where the respondent ordinarily resides;
- (d) details of the variation applied for, which may include a termination of the support order; and
- (e) the affidavit described in subsection (3). 2002, c. 13, s. 27 (2).

Affidavit

(3) The affidavit shall set out,

- (a) the respondent's name and any information known to the applicant that can be used to locate or identify the respondent;
- (b) the respondent's financial circumstances, to the extent known by the applicant, including whether the respondent is receiving social assistance;
- (c) whether the support order was assigned, and any details of the assignment known to the applicant;
- (d) the name of each person, to the extent known by the applicant, for whom support is payable or who would be affected by the variation;
- (e) the evidence in support of the application, including,
 - (i) if support to the applicant or respondent is an issue, information about their relationship, and
 - (ii) if the variation would affect support for a child, information about the child's financial and other circumstances, including any extraordinary expenses;
- (f) the prescribed information about the applicant's financial circumstances; and
- (g) any other prescribed information. 2002, c. 13, s. 27 (3).¹

[44] Once received in Nova Scotia, there is no mandated vetting or review. The clerk of the court is directed to serve the support variation application on the

¹ The corresponding section in Nova Scotia's *ISO Act* is s. 29.

respondent, in accordance with the regulations, and give notice of the hearing date, and the information that the respondent is to supply to the court. Section 35 of the *ISO Act* provides:

Notice of hearing

35 When the Nova Scotia court receives a support-variation application under Section 34, the clerk shall serve on the respondent, in accordance with the regulations,

- a) a copy of the support-variation application; and
 - (b) a notice requiring the respondent to appear at a place and time set out in the notice and to provide the prescribed information or documents.
- 2002, c. 9, s. 35.

[45] The *Interjurisdictional Support Orders Regulations* describe how service is to be effected. Regulation 8(1) provides: “For the purposes of subsections 10(1) and 34(1) and Section 35 of the *Act*, service on a respondent may be by personal service or by regular or registered mail to the respondent’s last known address”.

[46] Regulation 9 sets out the details that the respondent is required to provide to the court.

[47] I do not see anything in the object, structure or language of the *ISO Act* that points to an imposition of a mandatory obligation on a Nova Scotia judge to seek further information or documents that he or she may feel are necessary to “consider making a support variation order.” If the parties to the proceedings have complied with the legislative scheme, and if the designated authority has reviewed the application to ensure it is complete, the judge should have all of the basic information required.

[48] To interpret s. 36(2) as mandatory, in the sense suggested by the appellant, risks turning the judge into an advocate for the applicant. He or she would no longer fill the role of an independent and impartial arbitrator of the dispute being heard. Instead, after combing through the applicant’s materials, the judge must determine if there are missing documents or materials from the applicant, adjourn the hearing and request the designated authority obtain them from the applicant. As Justice Pazarataz observed in *Dale v. Lockley*, 2014 ONSC 1402 (at ¶ 21):

I could adjourn the hearing to a specified date without making a temporary support order. I see no purpose in simply adjourning the matter. If it returns to court with the same paucity of evidence, nothing will have been accomplished.

And, as stated, it is not my place to provide either party with legal advice or a checklist of additional evidence they might wish to present.

[49] Sometimes a judge may not even know if he or she needs further information or documents. Assume the following hypothetical: both the application and answer are complete. The respondent attends the hearing and gives *viva voce* evidence that the information about the applicant's income is seriously misstated—his income is actually double what he has claimed. The applicant does not attend as he has no notice of the hearing. The respondent's testimony is untested by cross-examination. Leaving aside the natural justice concerns, does the judge need further information? Is he or she obliged to seek further information or documentation?

[50] Requests for further information or documents instigated by the judge has at least the potential for unfairness to one or perhaps both of the parties, and detracts from the courts dealing with interjurisdictional applications with the minimum of delay. In *M.I. v. A.T.*, 2004 BCPC 391, Davis Prov. Ct. J., referred to some of these difficulties:

[8] Section 10(2) provides:

- (2) If the British Columbia court needs further information or documents from the claimant to consider making a support order, that court
 - (a) must direct the designated authority to contact the claimant or the appropriate authority in the reciprocating jurisdiction to request the information or documents,
 - (b) must adjourn the hearing, and
 - (c) may make an interim support order.

[9] The difficulty with applying s. 10 is when this matter (and the others) come before me I am at a loss to determine if I need further information or documentation. When the Respondent says something that appears to put the lie to what the Applicant set out in the affidavit or material or information or documentation, at the end of the Respondent's case, am I to send for more documents and information (s. 10(2)(a))? This no doubt could be kept going until finally I say, "Aha! They've got you now." That seems to me to simply be unfair.

[51] In my opinion, there are pragmatic and juristic concerns that militate against a mandatory obligation. These are helpfully canvassed in *Leduc v. Leduc*, 2013 BCSC 78.

[52] In that case, Justice McEwan was scheduled to hear an application to vary a support obligation. He refused to do so without the applicant making an appearance.

[53] The application materials were deficient. The respondent attended court. Rather than take on the task of pointing out the deficiencies and requesting the missing information or documents, McEwan J. declined to hear the matter unless the applicant attended to present his case in open court.

[54] In the course of giving reasons for his refusal, Justice McEwan pointed out the pragmatic and juristic drawbacks to doing what the appellant here argues the application judge is obliged to do. Amongst other things, he explained his concerns as follows:

[13] The reason people attend court is that the judicial branch of government is a public forum, that is, a *place* of audience, and its in-person characteristic underlies everything judges do. Even those processes that may be heard without viva voce evidence take place in a context where it is possible for the court to insist upon it. Where evidence is not given orally but by affidavit, the court still requires the party or counsel to speak in person to the matters they have brought to court.

[14] Appearances ensure the bedrock principle of openness and the elemental accountability of the parties to each other and to the court, and keep the responsibilities of each of the participants clear and distinct. They also govern the way the court allocates its time and priorities. The work of the court is entirely taken up with what begins in the courtroom and ends with the preparation of reasons consequential upon what has occurred there. The only class of work performed by judges out of court is so-called "desk orders". These are uncontested matters granted as of right to those who fulfil the necessary requirements. Trained personnel assess compliance, freeing judges from the clerical aspect of the work, and maximizing the time available to preside in court. This matters because the court's capacity to meet its adjudicative responsibilities is already strained by the demands on its time.

[15] It is simply not possible to accommodate a mail-in stream of files requiring judicial investigation (often, as in Walker, fruitlessly), even if the practice were otherwise unobjectionable. As it is, any upward delegation of clerical or preparatory work or research to the judiciary to avoid spending money on trained staff or lawyers can only come at the expense of time that should be devoted to the things *only* judges can do.

[55] From a jurisprudential point of view, he wrote:

[29] Assuming a respondent attends court, there are essentially two ways a "hearing" can go. The court can try to preserve the vestige of an open process and an open mind by reading the material only in the presence of the respondent, and then asking him or her what he or she has to say, a rather time wasteful exercise in weighing confusing and unverifiable material against the viva voce presence of the respondent. This is thoroughly asymmetrical, and inevitably appears to reverse the onus of proof by calling the respondent to account for himself or herself based on the assertions of a person who has not borne the risk of attending.

[30] The other alternative is worse. If the court actually behaves as the legislation anticipates, and reviews the material ahead of time, pointing out any deficiencies and offering advice to the applicant (through the Designated Authority) before confronting the other party, it becomes fully implicated in the applicant's case.

[31] It is difficult to imagine how a court could maintain an appearance of impartiality either way. The court inevitably appears to have preconceptions based on its enlistment by the government as the legal advisor and researcher for the applicant, whose material apparently goes without saying.

[56] Justice McEwan was clear that he had no issue with the substantive content of the ISO legislation. His concern was over how the statute purports to direct the court on its role in adjudicating the applications. He summed up his concern:

[50]... It enlists the court in the role of counsel and purports to oblige the court to conduct an asymmetrical proceeding, giving the appearance of pre-judgment, and of the application of different standards to the parties. It appears to effectively reverse the onus, and, in any practical sense, relieves the applicant of the responsibilities ordinarily imposed on litigants. It directly interferes with the court's adjudicative role in a manner that does not respect the court's independence or its responsibility to ensure impartiality, in appearance and in fact.

[57] I would share the pragmatic and jurisprudential concerns identified by McEwan J. if s. 36(2) were to be interpreted to impose on the application judge a duty to assess an applicant's case, hear from the respondent in the absence of the applicant, and essentially be required to patch up the problems he or she, with or without the assistance of the respondent, finds in the application.

[58] The object of the legislation would not be served by the rote application of the grammatical meaning of "shall" without regard to the consequences of such an interpretation. To do so, as pointed out by McEwan J., would amount to a significant and radical change to how judges adjudicate disputes. There is nothing in the background, structure or wording of the *Act* that points to an intention by the legislature to do so. I would not adopt such an interpretation.

[59] This interpretative issue was addressed in *Hann v. King*, 2013 NLTD (G) 62. The Ontario designated authority forwarded to Newfoundland an application for forgiveness of child support arrears. The application was served on the respondent who appeared and disputed a number of the facts contained in the applicant's materials. Stack J. heard the application.

[60] After reviewing the applicant's materials, Justice Stack concluded that it was possible that the applicant may be entitled to some relief from the arrears of child support, but that the necessary documents were missing from the applicant's materials to properly adjudicate the matter. Justice Stack identified the same issue: is the direction in s. 31(2) of the Newfoundland *ISO Act* (S.N.L. 2002, c. I-19.2) mandatory or directory? He found it was not mandatory, and dismissed the application pursuant to s. 33 of their *Act* (s. 38 of the Nova Scotia *ISO Act*).

[61] In my opinion, s. 36(2) of the Nova Scotia *ISO Act* gives an application judge the discretion to request further information or documents. There may be any number of cases where the circumstances may justify the judge, without any compromise of judicial impartiality, to do so. But it should not be seen as the mandated process for the Court to cure deficient applications to vary outstanding support obligations.

[62] I would therefore not give effect to this ground of appeal.

Denial of Natural Justice

[63] Natural justice has two important and distinct rules: an adjudicator must be impartial, and the parties must have adequate notice, and an opportunity to be heard. These rules have been historically described by the courts using Latin phrases. Gonthier J., in *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd v. International Woodworkers of America, Local 2-69*, [1990] 1 S.C.R. 282, described the rules as follows:

[66] ...It has often been said that these rules can be separated in two categories, namely "that an adjudicator be disinterested and unbiased (*nemo iudex in causa sua*) and that the parties be given adequate notice and opportunity to be heard (*audi alteram partem*)

[64] It is the absence of notice and the opportunity to be heard that the appellant asserts as the flaw that tainted the process in this case. The respondent does not

dispute that there was no notice given to the appellant, and he had no opportunity to be heard.

[65] Her position is that the appellant had other alternatives he could have pursued in his desire to change his support obligations where notice would be afforded; and since there is no notice of a constitutional challenge to the *ISO Act*, the issue is not properly before this Court. The respondent puts her argument as follows:

45. The Appellant did not choose to proceed by way of the *Divorce Act*, he chose to proceed by way of the *ISOA*. He cannot now complain that he was not notified of the hearing or given a chance to participate. Had the Appellant wished to avail himself of those procedures, it was open to him to apply to vary the order by way of the *Divorce Act*.

46. The Respondent submits that the Appellant has not properly raised the issue of whether the *ISOA* legislation is in accordance with the Constitution and, therefore, this issue ought to be disregarded. In the alternative, the Respondent submits that it was open to the Appellant to choose another procedure if he wished to be notified of the hearing and to participate in it.

[66] With respect, I am not persuaded by either of these contentions. At the time of the application to vary, there were no proceedings under the *Divorce Act* extant. The fact that the appellant could have started proceedings under that *Act* (or some other) is not relevant to the issue of whether he was denied natural justice in the proceedings that did take place under the *ISO Act*.

[67] Nor do I see the relevance of the absence of a constitutional challenge. Although not argued, I will take it as implicit in the respondent's suggestion that the *ISO* legislation does authorize a departure from the usual norms of the *audi alteram partem* rule. Hence, the respondent suggests, that absent a properly framed and successful constitutional challenge, the procedure authorized by the legislation must be respected.

[68] It is settled law that *audi alteram partem* is a common law rule. Legislation can exclude the normal presumed operation of such rules—provided of course the legislation is not found to impermissibly infringe rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is no suggestion of infringement of *Charter* rights in this case.

[69] The real issue that confronts this Court is whether the ISO legislative scheme authorized the application judge to hold a hearing without notice and a meaningful opportunity for the appellant to be heard.

[70] Before examining the legislative scheme in more detail, it is useful to be clear about the principles that inform the inquiry as to what is needed to oust the rules of natural justice. The normal operation and scope of these rules can only be ousted by constitutionally valid legislation containing express language or by necessary implication. In *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, Chief Justice McLachlin, when dealing with a claim that the legislation supported a lack of independence for tribunal members, wrote:

[21] Confronted with silent or ambiguous legislation, courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with principles of natural justice: *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at p. 503; *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R. 767, at pp. 783-84. In such circumstances, administrative tribunals may be bound by the requirement of an independent and impartial decision maker, one of the fundamental principles of natural justice: *Matsqui*, *supra* (per Lamer C.J. and Sopinka J.); *Régie*, *supra*, at para. 39; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405. Indeed, courts will not lightly assume that legislators intended to enact procedures that run contrary to this principle, although the precise standard of independence required will depend "on all the circumstances, and in particular on the language of the statute under which the agency acts, the nature of the task it performs and the type of decision it is required to make": *Régie*, at para. 39.

[22] **However, like all principles of natural justice, the degree of independence required of tribunal members may be ousted by express statutory language or necessary implication.** See generally: *Innisfil (Corporation of the Township of) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *Brousseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105. Ultimately, it is Parliament or the legislature that determines the nature of a tribunal's relationship to the executive. **It is not open to a court to apply a common law rule in the face of clear statutory direction. Courts engaged in judicial review of administrative decisions must defer to the legislator's intention in assessing the degree of independence required of the tribunal in question.**

[Emphasis added]

[71] In this case, we are not considering an administrative tribunal but a court which held a hearing to determine the obligations of the applicant. Ordinarily, concerns about the rules of natural justice and procedural fairness are canvassed in administrative law cases. However, courts cannot be any less bound, absent legislative sanction, to comply with those tenets.

[72] This was emphasized by L'Heureux-Dube J. in *A.(L.L.) v. B.(A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536² :

[27] The one question that remains is whether both a complainant, a third party to the proceedings (whether or not an appellant, but here one of the appellants), and the Crown, a party to the proceedings, have standing in third party appeals. There is no doubt in my mind that they do. **The *audi alteram partem* principle, which is a rule of natural justice and one of the tenets of our legal system, requires that courts provide an opportunity to be heard to those who will be affected by the decisions.** The rules of natural justice or of procedural fairness are most often discussed in the context of judicial review of the decisions of administrative bodies, but they were originally developed in the criminal law context. In *Blackstone's Criminal Practice* (Murphy rev. 1993), the authors remark at p. 1529:

Traditionally, the rules of natural justice have been defined with a little more precision, and are said to involve two main principles - no man may be a judge in his own cause, and the tribunal must hear both sides of the case.

[Bolded emphasis added; underlined emphasis in original]

[73] Procedural fairness is equally important in the family law context (see: *Bellfontaine v. Slawter*, *supra*; *Ferrara v. Trafford* (1987), 7 R.F.L. (3d) 151 (N.B.C.A.)). Its requirements may be influenced by the need to keep the best interests of the children paramount (see: *Bellefontaine* at ¶ 23-28).

[74] In this case, there were no children involved. The court held a hearing where the applicant had no opportunity to be heard, or even respond to what the respondent had filed with the court. What is there in the legislative scheme that would allow such a departure from the *audi alteram partem* rule?

[75] As *Ocean Port* directs, we must look to see if there is “express statutory language or necessary implication.”

² The companion case of *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

[76] The *Nova Scotia Civil Procedure Rules* offers no assistance. Rule 59.57 provides:

Proceedings under the Interjurisdictional Support Orders Act

59.57 An application for a support order or a provisional order, including a variation order, under the *Interjurisdictional Support Orders Act* is made under the provisions of the Act and its regulations, including provisions about forms, notices, delivery or service of documents, disclosure from the respondent, evidence, proceedings, and orders.

[77] The *ISO Act* and *Regulations* therefore appear to comprise the entire legislative framework for ISO proceedings. I have earlier set out (at ¶ 44) the sole section of the *Act* (s. 35) that refers to what is to happen when the support variation application arrives in Nova Scotia.

[78] The clerk is to serve it on the respondent along with a notice requiring an appearance at a hearing, and to provide prescribed information or documentation. I also earlier (at ¶ 45, 46) identified the two regulations (ss. 8(1) and 9) that describe how service is to be effected on the respondent and the details he or she is to provide.

[79] The conclusion is inevitable: the *ISO Act* and *Regulations* are silent about if, when, and how, notice of the hearing and a copy of the respondent's materials are to be provided to the applicant.

[80] It is not as if the drafters were unaware of the need to excuse what might be seen as departures from the *audi alteram partem* rule. Two other sections in the *Act* specifically state that notice to the other party is not required - an applicant living in Nova Scotia commencing an initial application for support does not have to give notice to a respondent that he or she has started a proceeding (s.6 (3)). Neither does an applicant in Nova Scotia commencing an application to vary support (s. 29(4)).

[81] Moreover, where a claimant seeks to enforce an order made in a reciprocating jurisdiction that is outside Canada, it cannot be enforced against a party in Nova Scotia until notice is given to that party (s. 19(3)). If that party brings an application to resist enforcement by setting aside its registration in Nova Scotia, he or she must give notice to the designated authority in Nova Scotia and to the claimant of his application. On the hearing of that application, the Nova Scotia court can set aside the registration if it determines, amongst other grounds, that a

party to the order did not have proper notice or a reasonable opportunity to be heard (s. 20(3), (4)).

[82] If the Legislature intended to exclude one of the basic tenets of our legal system on an application to vary a support obligation, it would have been a simple matter for it to have done so.

[83] The parties submitted no cases that have directly addressed the issue of whether the ISO legislative scheme authorizes the hearing of a support variation application without notice to the applicant.

[84] However, it is instructive to compare the ISO procedure in Nova Scotia to the one in Ontario. In Nova Scotia, there is an oral hearing. In Ontario, absent a court order, the application is determined on the basis of the written documents filed by the applicant and respondent.

[85] Rule 37(7) of the Ontario *Family Law Rules* prescribes that “unless the court orders otherwise under subrule (9), the application shall be dealt with on the basis of written documents without the parties or their lawyers needing to come to court.” Subrule (9) provides that the court may order an oral hearing on its own initiative or on the respondent’s motion “if it is satisfied that an oral hearing is necessary to deal with the case justly.”

[86] The Ontario scheme was examined in *Whelan v. O’Connor*, [2005] O.J. No. 5659 (Ont. S.C.J.). The applicant lived in Newfoundland with his two children. He sought retroactive and ongoing child support from the respondent, then living in Ottawa. The respondent filed materials. The Court directed a hearing be held. Counsel for the applicant appeared at the hearing. He cross-examined the respondent. The hearing was adjourned. On the return date, the respondent objected that the applicant ought not to be allowed to participate in the ISO hearing in Ontario because it was supposed to be a summary procedure—his rights were limited to filing his original application, and any additional information requested of him.

[87] Mackinnon J. rejected the respondent’s objection on the basis that it would be a breach of natural justice if the applicant were not able to participate. She reasoned:

[7] The Applicant submits that where the court has invited an oral hearing, then the Applicant must have standing to appear and to participate, in person or

through counsel. I agree. This Court is clearly exercising adjudicative powers under ISO, including the ascertainment of facts, applying the law to the facts and making a decision which is binding upon the parties. As stated by Blair J.A. in *Re Downing and Graydon et al.* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355 (Ont. C.A.) (QL), there are "specific and well established requirements of natural justice which govern the exercise of judicial powers". One such requirement is the rule *audi alteram partem*. Justice Blair goes on to state at p. 13:

Audi alteram partem is a pervading principle of our law, and is peculiarly applicable to the interpretation of statutes which delegate judicial action in any form to inferior tribunals: in making decisions of a judicial nature they must hear both sides, and there is nothing in the statute here qualifying the application of that principle.

The authorities establish that the appellant was not only entitled to a full and fair opportunity to make out her own case but also to know the case against her and to meet and refute that case. In order to do so, she should have been informed of the information, on which the adverse decision was to be based, and have been given a fair opportunity to correct or contradict any which was unfavourable to her position: see *Re Knapman and Board of Health for Township of Saltfleet*, [1954] O.R. 360 at pp. 371-3, [1954] 3 D.L.R. 760 at pp. 770-2; affirmed [1955] O.W.N. 615, [1955] 3 D.L.R. 248 (C.A.); affirmed [1956] S.C.R. 877, 6 D.L.R. (2d) 81.

... An express and unmistakable statement by the Legislature would be required before the exclusion of such a fundamental and deeply rooted concept as the right to be heard could be presumed.

[Emphasis added]

[88] Justice Mackinnon concluded that when an oral hearing takes place, the applicant may attend, be represented by a lawyer, and participate by cross-examination and make submissions (¶ 11).

[89] By way of *obiter dicta*, Mackinnon J. commented on the issue of entitlement to notice. She wrote:

[15] In the case at bar, the Applicant became aware of the hearing and appeared through counsel. The issue of entitlement to notice was not raised or argued before me. It seems to me that notice should be given, in order to give effect to the statement by Blair J.A. in *Re Downing, supra*, quoted earlier in these reasons at para. 7. An Applicant would not be in a position to know, meet or refute the case against him or her, without prior notice of an oral hearing. However, this issue was not raised before me and these comments remain *obiter dicta*.

[90] I agree. An applicant has the right to know when and where the application is to be heard, and the opportunity to fully participate at that hearing. In Nova Scotia, there is no express statutory language that directs notice need not be given to the applicant, nor authorizing the Court to hear and determine the rights of the parties in the absence of an opportunity for the applicant to know of the case against him and respond.

[91] Nor, in my view, does the legislation by “necessary implication” exclude the provision of notice, and an opportunity for the applicant to be heard. In *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, ON: LexisNexis Canada, 2008), Ruth Sullivan describes the concept of necessary implication in this manner (at p. 183):

Legislative silence with respect to a matter does not necessarily amount to a gap in the legislative scheme. A gap is a ‘true’ gap only if it [sic] the legislature’s intention with respect to the matter cannot be established by necessary implication. **An intention is necessarily implied if (1) it can be established using ordinary interpretation techniques and (2) the implication is essential to make sense of the legislation or to implement its scheme.**

[Emphasis added]

[92] This suggests that necessary implication comprises a two-part test. We must first determine that the Legislature’s intention to oust the *audi alteram partem* principle in the *ISO Act* is necessarily implied using ordinary interpretation techniques. If so, that the implication is essential to make sense of the legislation or to implement its scheme.

[93] The respondent did not suggest, and I do not see how ordinary interpretative techniques imply, that the Legislature intended to exclude *audi alteram partem*. The converse is the case. The Legislature deliberately took the necessary steps to ensure that the requirements of that rule were excluded in certain circumstances, and provide relief from compliance with an order obtained in violation of it. If the Legislature intended to provide for a hearing at which the rights of the applicant were to be determined without notice or participation, surely it would have also done so.

[94] Furthermore, from what we can discern from the legislative scheme, it is not necessary to exclude *audi alteram partem* for the legislation to make sense, nor would the scheme be frustrated by the applicant having notice of the hearing and an opportunity to know, and respond to the case against him or her. It would be up

to the applicant to decide if he or she wished to attend - via video conference, in person, or by counsel.

[95] To vary an existing support order made in Canada under the ISO legislation, there is no provisional hearing in one jurisdiction which is not effective until confirmed. The one hearing in the reciprocating jurisdiction is a final determination of the support variation application. The giving of notice and an opportunity to be heard does not change or necessarily frustrate that process.

[96] Although not determinative, I am reinforced in my view by reference to the procedure for varying support obligations under the *Divorce Act*. The process is more fully described by the Prince Edward Island Court of Appeal in *R.Z. v. D.Z.*, 2013 PECA 2 at ¶ 26-30. For our purposes, it is sufficient to note that the applicant can bring an application in his or her province of residence. The respondent, who lives elsewhere, need not submit to the court's jurisdiction. In which case, the most relief the applicant can obtain is a provisional order, which must then be confirmed by the court in the province where the respondent lives. The respondent knows that he or she will have a full opportunity to respond at the confirmation hearing to the provisional support variation order.

[97] The *Divorce Act*, like the ISO legislation, provides that notice of the confirmation hearing must be served on the respondent. It goes on to say that the court "shall proceed with the hearing in the absence of the applicant". This clearly implies that notice need not be given to the applicant.

[98] Section 19(2) of the *Divorce Act* reads as follows:

2) Subject to subsection (3), where documents have been sent to a court pursuant to subsection (1), **the court shall serve on the respondent a copy of the documents and a notice of a hearing respecting confirmation of the provisional order and shall proceed with the hearing, in the absence of the applicant**, taking into consideration the certified or sworn document setting out or summarizing the evidence given to the court that made the provisional order.

[Emphasis added]

[99] In *Albinet v. Albinet*, 2003 MBCA 22 the husband lived in British Columbia, and the wife in Manitoba. The husband applied in British Columbia for a variation of child support due to a claimed change in circumstances. The British Columbia court made a provisional order cancelling arrears and relieving him of his obligation to provide support.

[100] The documents and evidence from the provisional hearing were duly forwarded to Manitoba for confirmation of the provisional order. Counsel for the husband prepared additional affidavit evidence, and served it on the wife. He attended the confirmation hearing in an attempt to have the information in the affidavit introduced, and to make submissions.

[101] The motions court judge, relying on the language in s. 19(2), refused the applicant or his counsel standing at the hearing. The provisional order was varied at the confirmation hearing. The applicant appealed, claiming the judge erred in law in declining him the opportunity to participate. The Court of Appeal unanimously agreed.

[102] Steel J.A., for the Court, referred to a number of trial level decisions that had concluded that a party to litigation should always be allowed to have his or her day in court, absent explicit language denying that right. She concluded:

[20] I agree with the interpretation of s. 19(2) adopted in these cases. The provisional hearing and the confirmation hearing are fundamentally different. Rights are not affected by the provisional order, but they are by the confirmation order. **Therefore, the principles of natural justice, while always important, are especially so in the confirmation hearing, and the applicant should be allowed standing unless the language of the statute explicitly prohibits it.**

[21] **The language in s. 19(2) does not explicitly prohibit it, but, rather, is permissive.** It allows the hearing to proceed in the absence of the applicant in order to fulfil the function of that section, which is to provide relief to litigants separated by distance who, for a variety of reasons, cannot or choose not to take advantage of s. 17.1. There is no reason to prevent an applicant from being heard on a confirmation hearing if he or she becomes aware of it and chooses to appear. An obvious advantage of hearing the applicant on a confirmation hearing is that it might well eliminate the necessity of referring the matter back to the court that made the provisional order for further evidence.

[Emphasis added]

[103] Steel J.A. was careful to point out that the Court was not dealing with the issue of notice to the applicant or service of documents before the confirmation hearing could proceed (¶ 22).

[104] The converse was the subject of dispute in *Haig v. Whitmore*, 2012 ABQB 343. That is, a claimed lack of fairness in the initial process where the applicant obtains a provisional order. Ms. Haig learned that the respondent had enjoyed a drastic increase in his income. She successfully applied for a provisional order in

Ontario for retroactive child support. At the confirmation hearing in Alberta, the respondent argued the provisional order process in Ontario was flawed and unconstitutional because it violated the requirements of natural justice. Yamauchi J. dismissed the argument, reasoning:

[15] The whole purpose of the *Divorce Act* provisions and those of the *Interjurisdictional Support Orders Act* of the various provinces are to inject an element of fairness into the process. For example, if, in this case, Kelly, J. could make a final order in Whitmore's absence, knowing that he resides in Alberta and has not received notice of the proceedings, he would have a better argument that he has been denied due process. However, Kelly, J.'s decision is provisional only; not final. Furthermore, the provisions in the *Divorce Act* are intended to be fair to a respondent because it does not "force" the respondent to return to the original jurisdiction. He has the right to await the results of the applicant's application, and then make his arguments in his home jurisdiction. To force him to accede to the Applicant's jurisdiction would be unfair. The respondent is not bound by any provisional order unless the respondent's home jurisdiction's court makes such an order after it gives the respondent a chance to make his case. This is what has happened in this case.

[105] Interestingly, Ms. Haig, the applicant from Ontario, was able to participate at the confirmation hearing in Alberta. She submitted supplementary affidavit evidence and her counsel made submissions via telephone to Justice Yamauchi.

[106] But in the case at bar, the applicant had no notice of the hearing in Nova Scotia, no opportunity to participate, nor any opportunity to respond to the respondent's submissions, either orally or in writing. As discussed earlier, this was not a provisional hearing, but a final hearing at which his application to vary would be determined. With respect, the process, absent statutory authority, was flawed.

[107] The respondent did not argue that if a breach of natural justice occurred, it was a harmless error. I decline to speculate as to what the outcome might have been had the appellant been afforded the usual guarantees of procedural fairness covered by the tenets of *audi alteram partem*.

[108] I would quash the order of the application judge and remit the appellant's application for determination before a different judge upon proper notice to both the appellant and respondent. Proper notice includes the date, time, and location of the hearing, along with a copy of any additional materials submitted to the court.

[109] Nothing in these reasons should be taken as precluding the appellant and respondent from submitting up to date information and documentation to the application judge.

[110] In the circumstances, there will be no order as to costs.

Beveridge, J.A.

Concurred in:

Bryson, J.A.

Hamilton, J.A.'s Dissenting Reasons:

[111] I am fortunate to have had the opportunity to read the reasons of Justice Beveridge. I agree with him that the first two grounds of appeal should be dismissed but disagree with his conclusion that when a court has a hearing in response to an application under the *ISO Act* from an applicant in another jurisdiction, the applicant must be given notice of the hearing and of the respondent's materials.

[112] In ¶ 70 of his reasons, Justice Beveridge sets out a quote from Chief Justice McLachlin in *Ocean Port*. The Chief Justice states: "It is not open to a court to apply a common law rule in the face of clear statutory direction ." The rule of procedural fairness that the applicant should be given notice of the hearing and of the respondent's materials, are such common law rules. It is only when faced with silent or ambiguous legislation that a court is to infer that the Legislature intended the process provided for in the statute to comport with principles of natural justice, ¶ 21 *Ocean Port*.

[113] The intention of the Legislature when it introduced the *ISO Act* was to implement the model uniform legislation that had been developed by a standing committee of officials from the federal, provincial, and territorial governments for the purpose of facilitating the interjurisdictional recognition, variation and enforcement of support orders made in family proceedings. It was part of a nationwide effort, with similar legislation enacted across the country except in Quebec. Its object was to reduce the delay that arose from the procedures in place at that time.

[114] The *ISO Act* provides, for variation applications made in another province and forwarded to Nova Scotia:

Variation application from another jurisdiction

34 (1) Where the designated authority receives a support-variation application from an appropriate authority in a reciprocating jurisdiction with information that the respondent habitually resides in the Province, **it shall serve on the respondent, in accordance with the regulations,**

(a) a copy of the support-variation application; and

(b) **a notice requiring the respondent to appear at a place and time set out in the notice and to provide the information or documents required by the regulations.**

...

Notice of hearing

35 When the Nova Scotia court receives a support-variation application under Section 34, **the clerk shall serve on the respondent, in accordance with the regulations,**

(a) a copy of the support-variation application; and

(b) a notice requiring the respondent to appear at a place and time set out in the notice and to provide the prescribed information or documents.

Information to be considered by court

36 (1) In dealing with a support-variation application, the Nova Scotia court shall consider

(a) the evidence provided to the Nova Scotia court; and

(b) the documents sent from the reciprocating jurisdiction.

(2) Where the Nova Scotia court needs further information or documents from the applicant to consider making a support variation order, the Nova Scotia court shall

(a) send the designated authority a direction to request the information or documents from the applicant or the appropriate authority in the reciprocating jurisdiction; and

(b) adjourn the hearing.

(3) When the Nova Scotia court acts under subsection (2), it may also make an interim support-variation order.

(4) Where the Nova Scotia court does not receive the information or documents requested under subsection (2) within twelve months after the request is made, it may dismiss the support-variation application and terminate any interim support-variation order made under subsection (3).

(5) The dismissal of the application under subsection (4) does not preclude the applicant from commencing a new support-variation application. (Emphasis mine)

[115] Considering the wording of ss. 34(1)(b) and 35(b) in the context of the whole statute, the intention of the Legislature and the object of the *ISO Act*, in my opinion the legislation is clear and unambiguous. It specifically addresses the issue of who is to be given notice of the hearing. It states that notice is to be given to the person responding to the application and makes no similar provision for notice to be given to the applicant. Had the Legislature intended that the applicant be given notice, it would have stated this requirement.

[116] I am satisfied the *ISO Act* provides clear and unambiguous statutory direction that no notice is required to be given to the applicant, Mr. Waterman in this case. The procedure specified by the Legislature must be respected (unless contrary to the *Charter*, which was not an issue raised in this appeal), even if contrary to the rules of procedural fairness that generally govern court procedures.

[117] I am of the opinion the judge did not err in adjudicating this matter without notice having been given to the appellant. I would dismiss the appeal.

Hamilton, J.A.