



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2016 Vol. 1

1^{er} cahier, 2016 Vol. 1

Cited as [2016] 1 S.C.R. 3-272

Renvoi [2016] 1 R.C.S. 3-272

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY

ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
STÉPHANIE MORIN
JOANNE NORMAN

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CHLOE MAGEE

NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

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

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

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 1, 2016

1^{er} volume, 2016

CONTENTS

S.H. v. Quebec (Emploi et Solidarité sociale)	3
Civil procedure — Supreme Court of Canada — Filing of documents by applicant — Matter referred to judge by Registrar — Power of Registrar to refuse document that does not comply with Rules of Court — Documents do not comply with Rules and must be returned by Registrar — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 19(2)(a).	
Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Attorney General)	6
Administrative law — Boards and tribunals — Regulatory boards — Canadian Transportation Agency — Transportation law — Railways — Regulatory process — Presumption Agency acted properly in amending rail regulations — No facts adduced rebutting presumption — Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations, SOR/2014-193.	
R. v. Seruhungo	9
Criminal law — Evidence — Corroboration — Hearsay — Trial judge properly considering confirmatory evidence — Trial judge's error concerning test for hearsay not affecting result at trial — Accused's acquittal for manslaughter restored.	
R. v. Spicer	11
Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Mistaken belief in consent — Failure of trial judge to instruct jury on need to take reasonable steps to ascertain consent having material bearing on acquittal — New trial justified.	
Carter v. Canada (Attorney General)	13
Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Judgments and orders — Court declaring, in Carter v. Canada (Attorney General), that Criminal Code prohibition on physician-assisted death is of no force or effect to specified extent, and suspending its declaration for 12 months — Attorney General of Canada applying for six-month extension of suspension of declaration of invalidity — Four-month extension justified by delay due to federal election — Exemption from extension granted to Quebec in respect of ss. 4 and 26 to 32 of Act respecting	

Continued on next page

SOMMAIRE

S.H. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)	3
Procédure civile — Cour suprême du Canada — Dépôt de documents par le demandeur — Affaire renvoyée à un juge par le registraire — Pouvoir du registraire de refuser tout document non conforme aux exigences des Règles de la Cour — Les documents ne respectent pas les exigences et le registraire doit les retourner — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 19(2)a).	
Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Procureur général)	6
Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Organismes de réglementation — Office des transports du Canada — Droit des transports — Chemins de fer — Processus réglementaire — Présomption que l'Office a agi correctement lors de la modification du règlement relatif aux chemins de fer — Aucun fait produit susceptible de réfuter la présomption — Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire, DORS/2014-193.	
R. c. Seruhungo	9
Droit criminel — Preuve — Corroboration — Oûi-dire — Preuve corroborante adéquatement prise en compte par le juge du procès — Erreur du juge du procès concernant l'analyse relative au oûi-dire sans incidence sur l'issue du procès — Rétablissement de l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable.	
R. c. Spicer	11
Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Croyance erronée au consentement — Incidence significative sur l'acquittement de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement — Tenue d'un nouveau procès justifiée.	
Carter c. Canada (Procureur général)	13
Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Jugements et ordonnances — Déclaration par la Cour, dans Carter c. Canada (Procureur général), selon laquelle les dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir sont inopérantes à certains égards et suspension de la prise d'effet de cette déclaration pour une période de 12 mois — Requête du procureur général du Canada sollicitant une prorogation de six mois de la suspension de la déclaration d'invalidité — Prorogation de quatre mois justifiée en raison des délais occasionnés	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

end-of-life care, CQLR, c. S-32.0001 — Exemption granted for those who wish, during extension period, to seek assistance in ending their life in accordance with criteria set out in Carter.

R. v. Meer 23

Criminal law — Trial — Effective assistance of counsel — Accused challenging competence of his trial counsel — Majority of Court of Appeal correct in rejecting accused's submissions of ineffective assistance — No miscarriage of justice occurred.

R. v. Gagnon 25

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Detention of accused by police unlawful — Weighing of relevant factors not favouring exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).

R. v. Newman 27

Criminal law — First degree murder — Elements of offence — Kidnapping and forcible confinement — Accused prevented victim from escaping his apartment and killed him — Act of forcible confinement distinct and independent from act of killing — Conviction for first degree murder entered by trial judge reinstated — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5)(e).

Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval 29

Labour relations — Dismissal — Arbitration — Grievances — Collective agreement stipulating that decision to dismiss teacher could be made only after “thorough deliberations” by school board's executive committee — Executive committee deciding to dismiss teacher by way of resolution adopted after deliberations held in camera — Arbitrator allowing examination of members of executive committee on motives for their decision — Whether principle that motives are “unknowable” and deliberative secrecy apply to public employer that decides to take disciplinary action against employee.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

par la tenue d'une élection fédérale — Exemption de l'application de la prorogation accordée à la province de Québec soustraite à la prorogation quant aux art. 4 et 26 à 32 de la Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c. S-32.0001 — Exemption accordée à ceux qui, pour la durée de la prorogation, souhaitent demander de l'aide pour mettre fin à leurs jours sur le fondement des critères dans Carter.

R. c. Meer 23

Droit criminel — Procès — Assistance effective d'un avocat — Contestation par l'accusé de la compétence de l'avocat qui l'a représenté à son procès — Allégations d'assistance ineffective formulées par l'accusé rejetées à juste titre par les juges majoritaires de la Cour d'appel — Absence d'erreur judiciaire.

R. c. Gagnon 25

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Détention de l'accusé par les policiers illégale — Mise en balance des facteurs pertinents ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).

R. c. Newman 27

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Éléments de l'infraction — Enlèvement et séquestration — Victime empêchée de s'enfuir de son appartement par l'accusé et tuée par ce dernier — Acte de séquestration constituant un acte distinct et indépendant de l'acte de tuer — Rétablissement de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge du procès — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5)(e).

Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval 29

Relations du travail — Congédiement — Arbitrage — Grievs — Convention collective stipulant que le congédiement d'un enseignant ne peut être décidé qu'après « mûres délibérations » du comité exécutif de la commission scolaire — Comité exécutif ayant décidé d'un congédiement par voie de résolution adoptée à la suite de délibérations tenues à huis clos — Arbitre permettant l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur les motifs de leur décision — Le principe de l'« inconnaissabilité des motifs » et le secret du délibéré s'appliquent-ils à un employeur public qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Arbitration — Inquiry — Interlocutory decision allowing examination of members of decision-making authority of public employer on motives for their decision to dismiss employee — Objections to examination — Whether questions related to principle that motives are “unknowable” and deliberative secrecy that were raised before arbitrator are sufficiently important to legal system that standard applicable to judicial review of interlocutory decision must be correctness.

Brine v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. 72

Civil procedure — Motion to strike affidavit in support of application for leave to appeal — Affidavit opinion evidence lacking proper foundation and therefore inadmissible — Evidence consisting largely of sworn argument addressing ultimate questions in issue on proposed appeal and improperly attacking correctness of Court of Appeal decision below — Affidavit evidence rarely relevant and useful to Court in deciding whether application for leave to appeal raises issues of public importance — Motion granted — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 89.

R. v. Knapczyk 78

Criminal law — Controlled drugs and substances — Trafficking — Parties to offence — Aiding and abetting — Accused provided protection to cocaine distribution business — Court of Appeal properly holding that accused aided and abetted offence of trafficking through distribution — Accused’s convictions for trafficking in cocaine upheld.

R. v. Borowiec 80

Criminal law — Infanticide — Elements of offence — Accused found guilty of infanticide in relation to her deceased newborns — Offence provision providing that female person commits infanticide when by wilful act or omission she causes death of her newly-born child, if at time of act or omission she is not fully recovered from effects of giving birth to child and by reason thereof or of effect of lactation consequent on birth of child her mind is then disturbed — Legal meaning of expression “her mind is then disturbed” — Whether trial judge failed to apply legal standard set out by statutory language and

SOMMAIRE (Suite)

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage — Instruction — Sentence interlocutoire permettant l’interrogatoire des membres d’un organe décisionnel d’un employeur public sur les motifs de leur décision de congédier un salarié — Objections à l’interrogatoire — Les questions relatives au principe de l’« inconnaisabilité des motifs » et au secret du délibéré soulevées devant l’arbitre sont-elles d’une importance telle pour le système juridique que le contrôle judiciaire de la sentence interlocutoire doit être assujéti à la norme de la décision correcte?

Brine c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. 72

Procédure civile — Requête en radiation d’un affidavit au soutien d’une demande d’autorisation d’appel — Témoignage d’opinion non fondé et par conséquent inadmissible — Témoignage composé en grande partie d’arguments présentés sous serment sur les questions ultimes visées par le pourvoi projeté et constituant une attaque collatérale de la décision de la Cour d’appel — Preuve par affidavit rarement pertinente et utile pour la Cour pour décider si une demande d’autorisation d’appel soulève des questions importantes pour le public — Requête accordée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 89.

R. c. Knapczyk 78

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Trafic — Parties à l’infraction — Aide et encouragement — Protection fournie par les accusés à un réseau de distribution de cocaïne — Conclusion bien fondée de la Cour d’appel portant que les accusés ont aidé à la commission de l’infraction de trafic par voie de distribution et encouragé sa perpétration — Déclarations de culpabilité prononcées contre les accusés pour trafic de cocaïne confirmées.

R. c. Borowiec 80

Droit criminel — Infanticide — Éléments de l’infraction — Accusée déclarée coupable d’infanticide eu égard à ses nouveau-nés décédés — Disposition pénale portant qu’une femme commet le crime d’infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né alors qu’elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation conséquente à la naissance de l’enfant, son esprit est alors déséquilibré — Sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » — Le juge du procès a-t-il omis d’appliquer la

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

failed to appreciate evidence of accused's mental state — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 233.

Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) 99

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

R. v. Lloyd 130

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Controlled substances offence — Accused convicted of possessing controlled substances for purpose of trafficking and sentenced to one year of imprisonment — Whether one-year mandatory minimum imprisonment term pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act results in cruel and unusual punishment and therefore infringes s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Whether Court of Appeal erred in increasing sentence to 18 months — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(3)(a)(i)(D).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether one-year mandatory minimum sentence pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act infringes s. 7 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Courts — Jurisdiction — Provincial court judge deciding mandatory minimum sentencing provision unconstitutional — Whether provincial court has power to determine constitutionality.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

norme juridique établie par le libellé de la disposition et d'apprécier la preuve de l'état d'esprit de l'accusée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 233.

Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien) 99

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

R. c. Lloyd 130

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Infraction relative à des substances réglementées — Accusé reconnu coupable de possession de substances réglementées en vue d'en faire le trafic et condamné à un an d'emprisonnement — La peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances équivaut-elle à une peine cruelle et inusitée de manière à contrevenir à l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle se justifier par application de l'article premier de la Charte? — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'accroître la peine et de la porter à 18 mois? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 5(3)a)(i)(D).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux — Compétence — Décision d'un juge d'une cour provinciale selon laquelle une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est inconstitutionnelle — Une cour provinciale a-t-elle le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Safarzadeh-Markhali 180

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Credit for pre-sentence custody — Criminal Code denying enhanced credit in certain circumstances — Whether denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of prior conviction is overbroad in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 719(3.1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

World Bank Group v. Wallace 207

Public international law — Jurisdictional immunity — International organizations — Financial institutions — Accused in Canadian criminal proceedings applying for third party production order to compel senior investigators of international financial organization to appear before court and produce documents — International financial organization claiming archival and personnel immunities under its Articles of Agreement — Whether claimed immunities apply to international financial organization — Bretton Woods and Related Agreements Act, R.S.C. 1985, c. B-7, Sch. II, arts. I, III, s. 5(b), art. VII, ss. 1, 3, 5, 6, 8, Sch. III, arts. I, V, s. 1(g), (h), art. VIII, ss. 1, 3, 5, 6, 8.

Criminal law — Evidence — Disclosure — Interception of communications — Accused charged with bribing foreign public officials — Accused challenging wiretap authorizations on Garofoli application — Accused seeking production of documents held by third party international financial organization and validation of subpoenas to organization's personnel in support of application — Whether documents sought by accused are relevant to Garofoli

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Safarzadeh-Markhali 180

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Crédit pour détention présentencielle — Exclusion par le Code criminel de la majoration du crédit dans certaines circonstances — L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a-t-elle une portée excessive de manière à contrevenir à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 719(3.1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Groupe de la Banque mondiale c. Wallace 207

Droit international public — Immunité de juridiction — Organisations internationales — Institutions financières — Demande de communication par des tiers présentée par des inculpés dans une poursuite criminelle au Canada en vue d'obtenir que des enquêteurs seniors d'une organisation financière internationale comparaissent devant les tribunaux canadiens et communiquent des documents — Inviolabilité de ses archives et immunité de son personnel invoquées par l'organisation financière internationale en vertu de ses statuts — Les immunités invoquées s'appliquent-elles à l'organisation financière internationale? — Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes, L.R.C. 1985, c. B-7, ann. II, art. I, III, s. 5b), art. VII, s. 1, 3, 5, 6, 8, ann. III, art. I, V, s. 1g), h), art. VIII, s. 1, 3, 5, 6, 8.

Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve — Interception de communications — Inculpés accusés d'avoir soudoyé des agents publics étrangers — Contestation par les inculpés des autorisations d'écoute électronique par voie d'une demande de type Garofoli — Communication de documents en la possession d'un tiers, une organisation financière internationale, et validation des assignations à comparaître délivrées à l'égard

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

application — Proper threshold for third party production on a Garofoli application.

R. v. Shaoulle 268

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Verdict of trial judge reasonable — Accused's conviction for first degree murder upheld.

R. v. Laliberté 270

Criminal law — Charge to jury — Defences — Alibi — Fabrication of alibi — Application of curative proviso — Trial judge's instruction to jury with respect to fabrication of alibi was erroneous, but evidence is so overwhelming that trier of fact would inevitably have entered conviction against accused — Convictions for first degree murder and attempted murder upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

SOMMAIRE (Fin)

de membres du personnel de l'organisation sollicitées par les inculpés au soutien de la demande — Les documents dont la communication était requise par les inculpés sont-ils pertinents dans le cadre d'une demande de type Garofoli? — Quel est le critère applicable à la communication par des tiers dans le cadre d'une demande de type Garofoli?

R. c. Shaoulle 268

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Verdict raisonnable rendu par le juge du procès — Confirmation de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé.

R. c. Laliberté 270

Droit criminel — Exposé au jury — Moyens de défense — Alibi — Fabrication d'un alibi — Application de la disposition réparatrice — Directive du juge du procès au jury sur la fabrication d'un alibi erronée mais preuve à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité de l'accusé — Déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et tentative de meurtre confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

S.H. *Applicant*

v.

Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Centre local d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet, Johanne Dufour and Centre de formation de Québec inc. *Respondents*

INDEXED AS: S.H. v. QUEBEC (EMPLOI ET SOLIDARITÉ SOCIALE)

2015 SCC 66

File No.: 36674.

2015: October 13.

Present: Cromwell J.

REFERENCE OF A MATTER TO A JUDGE

Civil procedure — Supreme Court of Canada — Filing of documents by applicant — Matter referred to judge by Registrar — Power of Registrar to refuse document that does not comply with Rules of Court — Documents do not comply with Rules and must be returned by Registrar — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 19(2)(a).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, arts. 5, 26, 54.1.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 13, 19(2)(a), 33(b).

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 28, 43(1.2), 61.

REFERENCE of a matter to a judge by the Registrar. Order directing the Registrar to return the documents filed by the applicant.

S.H., on his own behalf.

Jennifer Tremblay, for the respondents ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Centre

S.H. *Demandeur*

c.

Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Centre local d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet, Johanne Dufour et Centre de formation de Québec inc. *Intimés*

RÉPERTORIÉ : S.H. c. QUÉBEC (EMPLOI ET SOLIDARITÉ SOCIALE)

2015 CSC 66

N° du greffe : 36674.

2015 : 13 octobre.

Présent : Le juge Cromwell.

RENOI D'UNE AFFAIRE À UN JUGE

Procédure civile — Cour suprême du Canada — Dépôt de documents par le demandeur — Affaire renvoyée à un juge par le registraire — Pouvoir du registraire de refuser tout document non conforme aux exigences des Règles de la Cour — Les documents ne respectent pas les exigences et le registraire doit les retourner — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 19(2)a.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 5, 26, 54.1.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 28, 43(1.2), 61.

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 13, 19(2)a), 33b).

RENOI d'une affaire à un juge par le registraire. Ordonnance enjoignant au registraire de retourner les documents déposés par le demandeur.

S.H., pour son propre compte.

Jennifer Tremblay, pour les intimés le ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale, le Centre local

local d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet and Johanne Dufour.

Mihnea Bantoiu, for the respondent Centre de formation de Québec inc.

The following is the order delivered by

[1] CROMWELL J. — On February 12, 2015, the Registry received from S.H. a document titled [TRANSLATION] “Notice of Appeal as of Right” concerning four judgments in civil matters. In that document, S.H. referred to a number of statutory provisions that, according to him, authorized an appeal to the Court. He invoked, for example, ss. 28 and 61 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, arts. 5, 26 and 54.1 of the *Quebec Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Quebec Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12.

[2] The Registry wrote to S.H., informing him that no appeal lay to this Court from the decisions in question unless the Court were to grant him leave to appeal. It requested that he file a notice of application for leave to appeal, four copies of his documents, which were to be treated as an application for leave to appeal in the circumstances, and a copy of Form 23A. S.H. instead submitted a request for an oral hearing pursuant to s. 43(1.2) of the *Supreme Court Act*. Appended to it was a document that was purportedly a notice of application for leave to appeal.

[3] S.H.’s two documents have yet to be accepted for filing, and the matter has been referred to me by the Registrar pursuant to Rule 13 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

[4] The documents must be refused for filing pursuant to Rules 8(2) and 19(2)(a).

[5] The document titled “Notice of Appeal as of Right” does not comply with Rule 33(b), which is intended to ensure that minimum standards are met so that the Registrar may properly assist the Court

d'emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet et Johanne Dufour.

Mihnea Bantoiu, pour l’intimé le Centre de formation de Québec inc.

Version française de l’ordonnance rendue par

[1] LE JUGE CROMWELL — Le 12 février 2015, le Greffe a reçu de S.H. un document intitulé « Avis d’appel de plein droit » portant sur quatre jugements rendus en matière civile. Dans ce document, S.H. énumère plusieurs dispositions législatives qui, selon lui, confèrent un droit d’appel devant la Cour. Il invoque notamment les art. 28 et 61 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, les art. 5, 26 et 54.1 du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, c. C-25, la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, RLRQ, c. C-12.

[2] Le Greffe a écrit à S.H. pour l’aviser qu’il ne peut être interjeté appel de ces décisions à la Cour, sauf si cette dernière l’autorise. Le Greffe lui demandait dans cette lettre de déposer un avis de demande d’autorisation d’appel, quatre copies de ses documents, lesquels seraient traités comme une demande d’autorisation d’appel dans les circonstances, de même qu’un exemplaire du formulaire 23A. S.H. a plutôt présenté une demande d’audience en vertu du par. 43(1.2) de la *Loi sur la Cour suprême*. En annexe se trouvait un document demandant en toute apparence la permission d’appel.

[3] Le dépôt des deux documents de S.H. n’a pas encore été accepté et l’affaire m’a été renvoyée par le registraire en vertu de la règle 13 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

[4] Le dépôt des deux documents doit être refusé en application du par. 8(2) et de l’al. 19(2)a) des *Règles*.

[5] Le document intitulé « Avis d’appel de plein droit » n’est pas conforme aux exigences de l’al. 33b) des *Règles*. Cette règle vise à assurer le respect de normes minimales afin que le registraire

in managing its docket. To accept a notice of appeal for filing under Rule 19(2)(a), the Registrar must be satisfied that, at the very least, the provision or provisions mentioned in the document provide for an appeal to the Supreme Court of Canada. If they do not, the Registrar is entitled to refuse the document for filing pursuant to Rules 8(2) and 19(2)(a) on the basis that it does not comply with the *Rules*.

[6] As for the document titled [TRANSLATION] “Request for an Oral Hearing”, given that such a request can only be made in the context of an application for leave to appeal to the Court, it too must be refused for filing. Although it includes, as Annex H, a purported notice of application for leave to appeal, the notice of application for leave to appeal does not comply with the *Rules*’ requirements for applications for leave to appeal. A notice of application for leave to appeal must set out the section of the Act under which the application for leave is made; it must set out grounds for leave to appeal and it must identify the judgment from which the applicant is seeking to appeal. The notice at Annex H does not contain this required information.

[7] The Registrar shall return the materials to S.H.

Order accordingly.

S.H., on his own behalf.

Solicitors for the respondents ministère de l’Emploi et de la Solidarité sociale, Centre local d’emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet and Johanne Dufour: Chamberland, Gagnon, Québec.

Solicitors for the respondent Centre de formation de Québec inc.: Létourneau & Gagné, Québec.

soit en mesure d’aider adéquatement la Cour à gérer le registre des affaires dont elle est saisie. Pour accepter le dépôt d’un avis d’appel en application de l’al. 19(2)a), le registraire doit être à tout le moins convaincu que la ou les dispositions mentionnées dans le document accordent un droit d’appel devant la Cour suprême du Canada. Si elles n’autorisent pas un tel appel, le registraire peut refuser le dépôt du document en application du par. 8(2) et de l’al. 19(2)a) au motif qu’il n’est pas conforme aux *Règles*.

[6] Quant au document intitulé « Demande d’audience », comme une telle demande ne peut être présentée que dans le cadre d’une demande d’autorisation d’appel à la Cour, son dépôt doit lui aussi être refusé. Bien qu’il inclue à titre d’annexe H un soi-disant avis de demande d’autorisation d’appel, cet avis n’est pas conforme aux exigences des *Règles* en ce qui a trait à la demande d’autorisation d’appel. En effet, un avis de demande d’autorisation d’appel doit préciser la disposition législative en vertu de laquelle la demande est présentée; il doit énoncer les motifs qui justifient la demande d’autorisation d’appel et il doit indiquer de quel jugement le demandeur cherche à faire appel. Or, l’avis à l’annexe H ne contient pas ces renseignements requis.

[7] Le registraire retournera les documents à S.H.

Ordonnance en conséquence.

S.H., pour son propre compte.

Procureurs des intimés le ministère de l’Emploi et de la Solidarité sociale, le Centre local d’emploi de Sainte-Foy, Stéphanie Paquet et Johanne Dufour : Chamberland, Gagnon, Québec.

Procureurs de l’intimé le Centre de formation de Québec inc. : Létourneau & Gagné, Québec.

Canadian Pacific Railway Company
Appellant

v.

**Attorney General of Canada and
Canadian Transportation Agency**
Respondents

and

Railway Association of Canada
Intervener

**INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. v.
CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

2016 SCC 1

File No.: 36223.

2015: December 9; 2016: January 15.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

*Administrative law — Boards and tribunals — Regu-
latory boards — Canadian Transportation Agency —
Transportation law — Railways — Regulatory process
— Presumption Agency acted properly in amending rail
regulations — No facts adduced rebutting presumption —
Regulations Amending the Railway Interswitching Regula-
tions, SOR/2014-193.*

Held: The appeal should be dismissed.

Statutes and Regulations Cited

*Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10.
Fair Rail for Grain Farmers Act, S.C. 2014, c. 8.
Regulations Amending the Railway Interswitching Regu-
lations, SOR/2014-193.*

APPEAL from a judgment of the Federal Court
of Appeal (Noël C.J. and Dawson and Webb JJ.A.),

**Compagnie de chemin de fer
Canadien Pacifique** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada et
Office des transports du Canada**
Intimés

et

**Association des chemins de fer
du Canada** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER
CANADIEN PACIFIQUE c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2016 CSC 1

N° du greffe : 36223.

2015 : 9 décembre; 2016 : 15 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit administratif — Organismes et tribunaux admi-
nistratifs — Organismes de réglementation — Office des
transports du Canada — Droit des transports — Che-
mins de fer — Processus réglementaire — Présomption
que l'Office a agi correctement lors de la modification du
règlement relatif aux chemins de fer — Aucun fait produit
susceptible de réfuter la présomption — Règlement modi-
fiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferro-
viaire, DORS/2014-193.*

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lois et règlements cités

*Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les pro-
ducteurs de grain, L.C. 2014, c. 8.
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, c. 10.
Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion
du trafic ferroviaire, DORS/2014-193.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fé-
dérale (le juge en chef Noël et les juges Dawson et

No. 14-A-56, dated October 28, 2014, dismissing an application for leave to appeal, pursuant to s. 41 of the *Canada Transportation Act*, the *Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations* issued by the Canadian Transportation Agency. Appeal dismissed.

Douglas C. Hodson, Q.C., and *Kristen A. MacDonald*, for the appellant.

Mark R. Kindrachuk, Q.C., and *Alexander Pless*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Valérie Lagacé, for the respondent the Canadian Transportation Agency.

Nadia Effendi and *Guy J. Pratte*, for the intervenor.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — On August 1, 2014, *Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations*, SOR/2014-193 (the “amending Regulations”), came into force. The amending Regulations were issued by the Canadian Transportation Agency, pursuant to its powers under the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, and following passage by Parliament of the *Fair Rail for Grain Farmers Act*, S.C. 2014, c. 8. The amending Regulations extend the interswitching distance limit from 30 km to 160 km for all commodities in the three Prairie Provinces, and prescribe new rates for interswitching rail traffic within that zone.

[2] The appellant, Canadian Pacific Railway Company, asks this Court to declare the amending Regulations to be null and void, on the ground that the Agency acted improperly in issuing them by following government directives to expand the interswitching distance limit in the Prairie Provinces. The appellant concedes that the Agency was empowered to issue the amending Regulations; its complaint is not with the content of the amending Regulations, but with the process followed by the Agency.

Webb), n° 14-A-56, daté du 28 octobre 2014, qui a rejeté une demande d’autorisation d’appel, présentée en application de l’art. 41 de la *Loi sur les transports au Canada*, du *Règlement modifiant le Règlement sur l’interconnexion du trafic ferroviaire* pris par l’Office des transports du Canada. Pourvoi rejeté.

Douglas C. Hodson, c.r., et *Kristen A. MacDonald*, pour l’appelante.

Mark R. Kindrachuk, c.r., et *Alexander Pless*, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Valérie Lagacé, pour l’intimé l’Office des transports du Canada.

Nadia Effendi et *Guy J. Pratte*, pour l’intervenante.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Le 1^{er} août 2014, le *Règlement modifiant le Règlement sur l’interconnexion du trafic ferroviaire*, DORS/2014-193 (le « Règlement modificatif »), est entré en vigueur. Ce règlement a été pris par l’Office des transports du Canada, en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10, et par suite de l’adoption par le législateur de la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*, L.C. 2014, c. 8. Le Règlement modificatif repousse de 30 à 160 kilomètres les limites des distances d’interconnexion dans les trois provinces des Prairies, et ce pour tous les types de marchandises, et prévoit de nouveaux prix pour l’interconnexion du trafic sur rail dans cette zone.

[2] L’appelante, la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique, demande à la Cour de déclarer le Règlement modificatif nul et sans effet, au motif que l’Office n’a pas agi correctement en le prenant puisqu’il a suivi les directives du gouvernement de repousser les distances d’interconnexion dans les provinces des Prairies. L’appelante concède que l’Office avait le pouvoir de prendre le Règlement modificatif; elle se plaint non pas du contenu de ce dernier, mais du processus adopté par l’Office.

[3] The appellant also concedes that the Agency is presumed to have acted properly in making its decision to issue the amending Regulations. The question, therefore, is whether the appellant has adduced facts rebutting this presumption. In our view, it has not done so.

[4] The appeal is dismissed, with costs to the Attorney General of Canada.

Appeal dismissed with costs to the Attorney General of Canada.

Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

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

Solicitor for the respondent the Canadian Transportation Agency: Canadian Transportation Agency, Gatineau.

Solicitors for the intervener: Borden Ladner Gervais, Toronto.

[3] L'appelante concède également que l'Office est présumé avoir agi correctement lorsqu'il a décidé de prendre le Règlement modificatif. Ainsi, la question à trancher est celle de savoir si l'appelante a mis en preuve des faits qui renversent cette présomption. Nous sommes d'avis qu'elle ne l'a pas fait.

[4] L'appel est rejeté, avec dépens en faveur du procureur général du Canada.

Pourvoi rejeté avec dépens en faveur du procureur général du Canada.

Procureurs de l'appelante : MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.

Procureur de l'intimé l'Office des transports du Canada : Office des transports du Canada, Gatineau.

Procureurs de l'intervenante : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Akeem Smith Seruhungo *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SERUHUNGO

2016 SCC 2

File No.: 36523.

2016: January 15.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Corroboration — Hearsay — Trial judge properly considering confirmatory evidence — Trial judge’s error concerning test for hearsay not affecting result at trial — Accused’s acquittal for manslaughter restored.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Bielby, O’Ferrall and Brown JJ.A.), 2015 ABCA 189, 600 A.R. 356, 23 Alta. L.R. (6th) 318, 324 C.C.C. (3d) 491, 645 W.A.C. 356, [2015] A.J. No. 601 (QL), 2015 CarswellAlta 969 (WL Can.), setting aside the accused’s acquittal and ordering a new trial. Appeal allowed, Moldaver and Gascon JJ. dissenting.

Deborah R. Hatch and Morgan McClelland, for the appellant.

Melanie Hayes-Richards, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — A majority of the Court would allow the appeal and restore the acquittal substantially for the reasons of O’Ferrall J.A. Moldaver and Gascon JJ. would dismiss the appeal substantially for the reasons of Brown J.A.

Akeem Smith Seruhungo *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SERUHUNGO

2016 CSC 2

N° du greffe : 36523.

2016 : 15 janvier.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

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

Droit criminel — Preuve — Corroboration — Oüï-dire — Preuve corroborante adéquatement prise en compte par le juge du procès — Erreur du juge du procès concernant l’analyse relative au oüï-dire sans incidence sur l’issue du procès — Rétablissement de l’acquittement de l’accusé à l’égard de l’infraction d’homicide involontaire coupable.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Bielby, O’Ferrall et Brown), 2015 ABCA 189, 600 A.R. 356, 23 Alta. L.R. (6th) 318, 324 C.C.C. (3d) 491, 645 W.A.C. 356, [2015] A.J. No. 601 (QL), 2015 CarswellAlta 969 (WL Can.), qui a annulé le verdict d’acquittement de l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Moldaver et Gascon sont dissidents.

Deborah R. Hatch et Morgan McClelland, pour l’appellant.

Melanie Hayes-Richards, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Notre Cour, à la majorité, accueillerait l’appel et rétablirait l’acquittement, essentiellement pour les motifs du juge d’appel O’Ferrall. Les juges Moldaver et Gascon rejeteraient l’appel, sensiblement pour les motifs exposés par le juge d’appel Brown.

[2] In the result, the appeal is allowed and the acquittal is restored.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hatch McClelland Moore, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

[2] En définitive, l'appel est accueilli et l'acquittement est rétabli.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Hatch McClelland Moore, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Johnathan Peter Spicer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SPICER

2016 SCC 3

File No.: 36532.

2016: January 15.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Mistaken belief in consent — Failure of trial judge to instruct jury on need to take reasonable steps to ascertain consent having material bearing on acquittal — New trial justified.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Slatter and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 190, 600 A.R. 397, 645 W.A.C. 397, [2015] A.J. No. 602 (QL), 2015 CarswellAlta 986 (WL Can.), setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Daryl Royer and Akram Attia, for the appellant.

Joanne Dartana, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — The sole issue before us is whether the trial judge's failure to instruct the jury on the need to take reasonable steps to ascertain consent might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. A majority of the Alberta Court of Appeal found that it did. We agree.

Johnathan Peter Spicer *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SPICER

2016 CSC 3

N° du greffe : 36532.

2016 : 15 janvier.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Croyance erronée au consentement — Incidence significative sur l'acquittal de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement — Tenue d'un nouveau procès justifiée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Slatter et Wakeling), 2015 ABCA 190, 600 A.R. 397, 645 W.A.C. 397, [2015] A.J. No. 602 (QL), 2015 CarswellAlta 986 (WL Can.), qui a annulé le verdict d'acquittal de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Daryl Royer et Akram Attia, pour l'appellant.

Joanne Dartana, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — La seule question dont nous sommes saisis est celle de savoir s'il est raisonnable de penser que l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement a pu avoir une incidence significative sur l'acquittal. La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a conclu que oui. Nous souscrivons à cette conclusion.

[2] Accordingly, we would dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Daryl Royer, Edmonton; Akram Attia, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

[2] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter l'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Daryl Royer, Edmonton; Akram Attia, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,
British Columbia Civil Liberties Association
and Gloria Taylor** *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

- and -

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,
British Columbia Civil Liberties Association
and Gloria Taylor** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada and
Attorney General of British Columbia**
Respondents

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Council of Canadians with Disabilities,
Canadian Association for Community Living,
Christian Legal Fellowship,
Canadian HIV/AIDS Legal Network,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Association for Reformed Political
Action Canada, Physicians' Alliance
against Euthanasia, Evangelical Fellowship
of Canada, Christian Medical
and Dental Society of Canada,
Canadian Federation of Catholic
Physicians' Societies, Dying With Dignity,
Canadian Medical Association,
Catholic Health Alliance of Canada,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Farewell Foundation for the Right to Die,
Association québécoise pour le droit
de mourir dans la dignité,
Canadian Civil Liberties Association,
Catholic Civil Rights League,
Faith and Freedom Alliance,**

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,
Association des libertés civiles de la Colombie-
Britannique et Gloria Taylor** *Appelants*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

- et -

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,
Association des libertés civiles de la Colombie-
Britannique et Gloria Taylor** *Appelants*

c.

**Procureur général du Canada et
procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
Conseil des Canadiens avec déficiences,
Association canadienne pour
l'intégration communautaire, Alliance des
chrétiens en droit, Réseau juridique
canadien VIH/sida, HIV & AIDS
Legal Clinic Ontario, Association for
Reformed Political Action Canada,
Collectif des médecins contre l'euthanasie,
Alliance évangélique du Canada,
Christian Medical and Dental Society
of Canada, Canadian Federation of Catholic
Physicians' Societies, Dying With Dignity,
Association médicale canadienne,
Alliance catholique canadienne de la santé,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Farewell Foundation for the Right to Die,
Association québécoise pour le droit
de mourir dans la dignité,
Association canadienne des libertés civiles,
Ligue catholique des droits de l'homme,
Faith and Freedom Alliance,**

**Protection of Conscience Project,
Alliance of People With Disabilities Who are
Supportive of Legal Assisted Dying Society,
Canadian Unitarian Council,
Euthanasia Prevention Coalition and
Euthanasia Prevention Coalition —
British Columbia *Intervenors***

**INDEXED AS: CARTER v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

2016 SCC 4

File No.: 35591.

2016: January 11; 2016: January 15.

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

**MOTION FOR AN EXTENSION OF THE SUSPEN-
SION OF A DECLARATION OF CONSTITUTIONAL
INVALIDITY**

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy —
Judgments and orders — Court declaring, in Carter v.
Canada (Attorney General), that Criminal Code prohi-
bition on physician-assisted death is of no force or ef-
fect to specified extent, and suspending its declaration
for 12 months — Attorney General of Canada applying
for six-month extension of suspension of declaration of
invalidity — Four-month extension justified by delay due
to federal election — Exemption from extension granted
to Quebec in respect of ss. 4 and 26 to 32 of Act respect-
ing end-of-life care, CQLR, c. S-32.0001 — Exemption
granted for those who wish, during extension period, to
seek assistance in ending their life in accordance with
criteria set out in Carter.*

Statutes and Regulations Cited

Act respecting end-of-life care, CQLR, c. S-32.0001,
ss. 4, 26 to 32.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 14, 241(b).

MOTION seeking an order extending the sus-
pension of the declaration of constitutional invalid-
ity issued in *Carter v. Canada (Attorney General)*,
2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331. Motion granted

**Protection of Conscience Project,
Alliance of People With Disabilities Who are
Supportive of Legal Assisted Dying Society,
Conseil unitarien du Canada,
Coalition pour la prévention de l'euthanasie
et Euthanasia Prevention Coalition —
British Columbia *Intervenants***

**RÉPERTORIÉ : CARTER c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2016 CSC 4

N° du greffe : 35591.

2016 : 11 janvier; 2016 : 15 janvier.

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

**REQUÊTE EN PROROGATION DE LA SUSPEN-
SION DE LA PRISE D'EFFET D'UNE DÉCLARA-
TION D'INVALIDITÉ CONSTITUTIONNELLE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Répa-
ration — Jugements et ordonnances — Déclaration par
la Cour, dans Carter c. Canada (Procureur général),
selon laquelle les dispositions du Code criminel prohi-
bant l'aide d'un médecin pour mourir sont inopérantes à
certains égards et suspension de la prise d'effet de cette
déclaration pour une période de 12 mois — Requête du
procureur général du Canada sollicitant une prorogation
de six mois de la suspension de la déclaration d'invalidité
— Prorogation de quatre mois justifiée en raison des
délais occasionnés par la tenue d'une élection fédérale —
Exemption de l'application de la prorogation accordée à
la province de Québec soustraite à la prorogation quant
aux art. 4 et 26 à 32 de la Loi concernant les soins de fin
de vie, RLRQ, c. S-32.0001 — Exemption accordée à ceux
qui, pour la durée de la prorogation, souhaitent demander
de l'aide pour mettre fin à leurs jours sur le fondement des
critères dans Carter.*

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 14, 241(b).
Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c.
S-32.0001, art. 4, 26 à 32.

REQUÊTE visant à obtenir une ordonnance pro-
rogeant la suspension de la prise d'effet de la décla-
ration d'invalidité constitutionnelle prononcée dans
Carter c. Canada (Procureur général), 2015 CSC

in part, McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver and Brown JJ. dissenting in part.

Robert J. Frater, Q.C., and Donnaree Nygard, for the applicant the Attorney General of Canada.

Joseph J. Arvay, Q.C., Alison M. Latimer and Sheila M. Tucker, for the respondents on the motion Lee Carter et al.

Written submissions only by *Jean M. Walters*, for the respondent on the motion the Attorney General of British Columbia.

Malliha Wilson and S. Zachary Green, for the respondent on the motion the Attorney General of Ontario.

Jean-Yves Bernard, Mario Normandin and Manon Des Ormeaux, for the respondent on the motion the Attorney General of Quebec.

David Baker, for the respondents on the motion the Council of Canadians with Disabilities and the Canadian Association for Community Living.

Jonathan Sikkema, for the respondent on the motion the Christian Legal Fellowship.

Written submissions only by *Michael Fenrick*, for the respondents on the motion the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Written submissions only by *Pierre Bienvenu*, for the respondent on the motion the Physicians' Alliance against Euthanasia.

Written submissions only by *Kelly Doctor*, for the respondent on the motion Dying With Dignity.

Jean Nelson, for the respondent on the motion the Canadian Medical Association.

Written submissions only by *Jason Gratl*, for the respondent on the motion Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité.

5, [2015] 1 R.C.S. 331. Requête accueillie en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver et Brown sont dissidents en partie.

Robert J. Frater, c.r., et Donnaree Nygard, pour le requérant le procureur général du Canada.

Joseph J. Arvay, c.r., Alison M. Latimer et Sheila M. Tucker, pour les intimés à la requête Lee Carter et autres.

Argumentation écrite seulement par *Jean M. Walters*, pour l'intimé à la requête le procureur général de la Colombie-Britannique.

Malliha Wilson et S. Zachary Green, pour l'intimé à la requête le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard, Mario Normandin et Manon Des Ormeaux, pour l'intimée à la requête la procureure générale du Québec.

David Baker, pour les intimés à la requête le Conseil des Canadiens avec déficiences et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

Jonathan Sikkema, pour l'intimée à la requête l'Alliance des chrétiens en droit.

Argumentation écrite seulement par *Michael Fenrick*, pour les intimés à la requête le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Pierre Bienvenu*, pour l'intimé à la requête le Collectif des médecins contre l'euthanasie.

Argumentation écrite seulement par *Kelly Doctor*, pour l'intimée à la requête Dying With Dignity.

Jean Nelson, pour l'intimée à la requête l'Association médicale canadienne.

Argumentation écrite seulement par *Jason Gratl*, pour l'intimée à la requête l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité.

Written submissions only by *Angus M. Gunn, Q.C.*, for the respondent on the motion the Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society.

Written submissions only by *Tim Dickson*, for the respondent on the motion the Canadian Unitarian Council.

Written submissions only by *Hugh R. Scher and Geoffrey Cowper, Q.C.*, for the respondents on the motion the Euthanasia Prevention Coalition and the Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia.

ORDER

[1] ABELLA, KARAKATSANIS, WAGNER, GASCON AND CÔTÉ JJ. — The Attorney General of Canada applies for a six-month extension of the suspension of this Court’s declaration that ss. 241(b) and 14 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, “are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition”. The declaration of invalidity of ss. 241(b) and 14 was suspended for 12 months, until February 6, 2016. The appellants oppose the Attorney General’s application. Should an extension of the suspension be granted, the Attorney General of Quebec asks that legislation regulating end-of-life assistance adopted in Quebec be exempted from the suspension, to avoid uncertainty as to whether the Quebec regime conflicts with the federal prohibition preserved by any extension of the suspension. Finally, the appellants and certain interveners ask this Court to grant a constitutional exemption for individuals who wish to seek assistance in ending their life during the period of any extension.

Argumentation écrite seulement par *Angus M. Gunn, c.r.*, pour l’intimée à la requête Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society.

Argumentation écrite seulement par *Tim Dickson*, pour l’intimé à la requête le Conseil unitarien du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Hugh R. Scher et Geoffrey Cowper, c.r.*, pour les intimées à la requête la Coalition pour la prévention de l’euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia.

ORDONNANCE

[1] LES JUGES ABELLA, KARAKATSANIS, WAGNER, GASCON ET CÔTÉ — Le procureur général du Canada demande la prorogation de six mois de la suspension de la prise d’effet du jugement déclaratoire de la Cour suivant lequel l’al. 241b) et l’art. 14 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, « sont inopérants dans la mesure où ils prohibent l’aide d’un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition ». La prise d’effet de la déclaration d’invalidité de l’al. 241b) et de l’art. 14 a été suspendue pendant 12 mois, soit jusqu’au 6 février 2016. Les appelants s’opposent à la demande du procureur général. Si une prorogation de la suspension était accordée, la procureure générale du Québec demande que la loi réglementant l’assistance en fin de vie adoptée par cette province soit soustraite à la suspension. À son avis, cela permettrait d’éviter une incertitude quant à l’existence d’un conflit entre le régime québécois et la prohibition fédérale maintenue par la prorogation de la suspension. Enfin, les appelants et certains intervenants demandent à la Cour d’accorder une exemption constitutionnelle aux individus qui souhaitent demander de l’aide pour mettre fin à leurs jours durant une éventuelle prorogation.

[2] The first question is whether this Court should order an extension of the suspension of the declaration of invalidity. To suspend a declaration of the constitutional invalidity of a law is an extraordinary step, since its effect is to maintain an unconstitutional law in breach of the constitutional rights of members of Canadian society. To extend such a suspension is even more problematic. The appellants point to the severe harm caused to individuals by the extension. Extraordinary circumstances must be shown. The burden on the Attorney General who seeks an extension of a suspension of a declaration of constitutional invalidity is heavy. In this case, the length of the interruption of work on a legislative response to the Court's decision due to a federal election constitutes such a circumstance. Parliament was dissolved on August 2, 2015 and officially resumed on December 3 of that year. This four-month delay justifies granting an extension of the suspension of the declaration of invalidity, but only for four months.

[3] The next question is whether Quebec should be exempted from the four-month extension of the suspension of the declaration of invalidity. The Attorney General of Canada and the provincial Attorneys General who participated in the hearing do not oppose Quebec's request for an exemption. Quebec submits that an exemption is necessary to clarify the legal position in Quebec given its law governing end-of-life assistance, the *Act respecting end-of-life care*, CQLR, c. S-32.0001 ("*ARELC*"), which came into force on December 10, 2015. Quebec also submits an exemption would avoid the chilling effect of the threat of possible violations of the criminal prohibition or potential civil liability during the four-month extension of the suspension of the declaration of invalidity.

[4] In view of this, and having regard to the fact that the Attorneys General do not oppose the Attorney General of Quebec's request for Quebec to be exempted from the extension of the suspension

[2] La première question est celle de savoir si la Cour doit ordonner la prorogation de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité. Suspendre la prise d'effet de la déclaration d'invalidité constitutionnelle d'une loi est une mesure extraordinaire, car elle a pour effet de maintenir en vigueur une loi inconstitutionnelle, en violation des droits constitutionnels des membres de la société canadienne. Proroger une telle suspension pose encore plus problème. Les appelants soulignent d'ailleurs que la prorogation causera un tort considérable à certaines personnes. L'existence de circonstances exceptionnelles doit être démontrée. C'est donc un lourd fardeau qui incombe au procureur général sollicitant la prorogation de la suspension de la prise d'effet d'une déclaration d'invalidité constitutionnelle. En l'espèce, la durée de l'interruption des travaux sur une réponse législative à l'arrêt de la Cour en raison d'une élection fédérale constitue une circonstance de ce genre. Le Parlement a été dissous le 2 août 2015 et a repris officiellement ses travaux le 3 décembre de la même année. Cet intermède de quatre mois justifie de proroger la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité, mais seulement pour une période de quatre mois.

[3] La question suivante est celle de savoir si la province de Québec devrait être soustraite à la prorogation de quatre mois de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité. Le procureur général du Canada et les procureurs généraux provinciaux qui ont participé à l'audience ne s'opposent pas à la demande d'exemption du Québec. Selon ce dernier, une exemption est nécessaire pour clarifier l'état du droit au Québec compte tenu de sa loi régissant l'assistance en fin de vie, la *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 (« *LCSFV* »), qui est entrée en vigueur le 10 décembre 2015. Le Québec soutient en outre que l'exemption permettrait d'éviter l'effet paralysant de la menace de possibles violations de la prohibition criminelle ou d'une possible responsabilité civile durant la prorogation de quatre mois de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité.

[4] Partant, et puisque les procureurs généraux ne s'opposent pas à la demande de la procureure générale du Québec visant à ce que le Québec soit soustrait à la prorogation de la suspension de la prise

of the declaration of invalidity, we would grant the exemption. In doing so, we should not be taken as expressing any view as to the validity of the *ARELC*.

[5] The third question is whether, during the four-month extension, the Court should grant an exemption for those who wish to seek assistance in ending their life on the bases articulated in our reasons in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331. The appellants argue that fairness and equality require this, particularly if Quebec is exempted from the extension.

[6] This is the first time the Court has been asked to consider whether to grant individual exemptions during an *extension* of a suspension of a declaration of invalidity. Parliament was given one year to determine what, if any, legislative response was appropriate. In agreeing that more time is needed, we do not at the same time see any need to unfairly prolong the suffering of those who meet the clear criteria we set out in *Carter*. An exemption can mitigate the severe harm that may be occasioned to those adults who have a grievous, intolerable and irremediable medical condition by making a remedy available now pending Parliament's response. The prejudice to the rights flowing from the four-month extension outweighs countervailing considerations. Moreover, the grant of an exemption from the extension to Quebec raises concerns of fairness and equality across the country. We would, as a result, grant the request for an exemption so that those who wish to seek assistance from a physician in accordance with the criteria set out in para. 127 of our reasons in *Carter*, may apply to the superior court of their jurisdiction for relief during the extended period of suspension. Requiring judicial authorization during that interim period ensures compliance with the rule of law and provides an effective safeguard against potential risks to vulnerable people.

d'effet de la déclaration d'invalidité, nous sommes d'avis d'accorder l'exemption. Que nous nous prononcions de la sorte ne doit toutefois pas être interprété comme l'expression d'un quelconque point de vue quant à la validité de la *LCSFV*.

[5] La troisième question est celle de savoir si, pour la durée de la prorogation de quatre mois, la Cour devrait accorder une exemption à ceux qui souhaitent demander de l'aide pour mettre fin à leurs jours sur le fondement des motifs énoncés dans *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331. Les appelants soutiennent que l'équité et l'égalité l'exigent, en particulier si le Québec est soustrait à la prorogation.

[6] C'est la première fois que la Cour est appelée à se pencher sur l'opportunité d'accorder des exemptions individuelles pendant la durée de la *prorogation* d'une suspension de la prise d'effet d'une déclaration d'invalidité. La Cour avait accordé un an au Parlement pour qu'il décide, le cas échéant, de la réponse législative qu'il convenait de donner. Tout en admettant qu'il faille plus de temps, nous ne voyons pas pour autant la nécessité de prolonger injustement la souffrance de ceux qui satisfont aux critères clairs que la Cour a énoncés dans *Carter*. Une exemption serait de nature à atténuer le tort considérable qui pourrait être causé à ces adultes qui sont affectés de problèmes de santé graves, intolérables et irrémédiables en leur donnant dès à présent accès à un recours, en attendant la réponse du Parlement. L'atteinte portée aux droits par la prorogation de quatre mois l'emporte sur les considérations qui font contrepoids. En outre, l'exemption de la prorogation accordée au Québec soulève des préoccupations relatives à l'équité et à l'égalité à l'échelle de tout le pays. Nous sommes donc d'avis de faire droit à la demande d'exemption de sorte que ceux qui souhaitent demander l'aide d'un médecin, dans le respect des critères énoncés au par. 127 des motifs de la Cour dans *Carter*, puissent, pendant la durée de la prorogation de la suspension, s'adresser à la cour supérieure de leur province ou territoire pour solliciter une ordonnance. Exiger l'obtention d'une autorisation judiciaire durant cette période intérimaire assure le respect de la primauté du droit et offre une protection efficace contre les risques que pourraient courir les personnes vulnérables.

[7] The motion is granted in part. The suspension of the declaration of invalidity is extended by four months from the date it is set to expire. In respect of ss. 4 and 26 to 32 of the *ARELC*, Quebec is exempted from the four-month extension. Finally, during the four-month extension period, we grant an exemption to those who wish to exercise their rights so that they may apply to the superior court of their jurisdiction for relief in accordance with the criteria set out in para. 127 of our reasons in *Carter*. We would award the appellants special costs of this motion on a full indemnity basis, as on the original appeal.

[7] La requête est accueillie en partie. La suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité est prorogée pour une période de quatre mois à compter de la date à laquelle il est prévu qu'elle prenne fin. Quant aux art. 4 et 26 à 32 de la *LCSFV*, le Québec est soustrait à la prorogation de quatre mois. Finalement, pour la durée de la période de suspension supplémentaire de quatre mois, nous accordons une exemption à ceux qui souhaitent exercer leurs droits, de sorte qu'ils pourront s'adresser à la cour supérieure de leur province ou territoire pour solliciter une ordonnance qui respecte les critères énoncés au par. 127 des motifs de la Cour dans *Carter*. Nous octroyons aux appelants des dépens spéciaux pour la présente requête sur la base de l'indemnisation intégrale, comme dans le pourvoi original.

[8] THE CHIEF JUSTICE AND CROMWELL, MOLDAVER AND BROWN JJ. (dissenting in part) — While we agree that a four-month extension is justified, we would not exempt Quebec from that extension or provide for individual exemptions.

[8] LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES CROMWELL, MOLDAVER ET BROWN (dissidents en partie) — Bien que nous souscrivions à la conclusion selon laquelle la prorogation de quatre mois est justifiée, nous sommes d'avis de ne pas y soustraire le Québec et de ne pas accorder d'exemptions individuelles.

[9] The Attorney General of Quebec submits that an exemption is necessary to clarify the legal position in Quebec under its law governing end-of-life assistance, the *Act respecting end-of-life care*, CQLR, c. S-32.0001 (“*ARELC*”). Canada does not oppose Quebec’s request for an exemption, noting that the Quebec legislation “is the sort of complex regulatory response” contemplated by our judgment in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331: reply factum, at para. 15. The other intervening Attorneys General similarly do not oppose the exemption. The Attorney General of Canada says, however, that the exemption is unnecessary.

[9] Selon la procureure générale du Québec, une exemption est nécessaire pour clarifier l'état du droit au Québec compte tenu de sa loi régissant l'assistance en fin de vie, la *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 (« *LCSFV* »). Le Canada ne s'oppose pas à la demande d'exemption du Québec, notant que la loi québécoise « représente le genre de mesure réglementaire complexe » envisagée dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 : mémoire en réplique, par. 15. Les autres procureurs généraux intervenants ne s'opposent pas non plus à l'exemption. Le procureur général du Canada plaide toutefois que l'exemption est inutile.

[10] We agree with the Attorney General of Canada. The *ARELC* came into force on December 10, 2015, while the initial suspension of our declaration of invalidity was in force. No exemption from the suspension of our declaration was sought at that time. We have been advised that the Minister of Justice of Quebec has issued a directive to the Director of Criminal and Penal Prosecutions not to prosecute any physician who follows the *ARELC* if the exemption to the extension of the suspension is not granted. In our view, the exemption now requested neither adds to nor takes away from whatever clarity existed in the province of Quebec when the *ARELC* came into force. We therefore would refuse Quebec's request for an exemption.

[11] The remaining question is whether, during the four-month extension, the Court should grant a constitutional exemption permitting assistance in ending life on the basis articulated in the reasons in *Carter*. The appellants request this exemption, arguing that it will alleviate suffering and, if Quebec is exempted from the extension of the suspension of the declaration of invalidity, would also serve the values of fairness and equality.

[12] We are not persuaded that the appellants have established a case for a constitutional exemption. In the unanimous judgment on the merits, the Court held that this was not an appropriate case to create a mechanism for exemptions during the period of suspended invalidity. The Court wrote that doing so “would create uncertainty, undermine the rule of law, and usurp Parliament's role. Complex regulatory regimes are better created by Parliament than by the courts”: para. 125. These considerations, in our view, continue to be compelling.

[13] We would grant a four-month extension of the suspension of the declaration of invalidity, but would dismiss Quebec's request for exemption

[10] Nous sommes d'accord avec le procureur général du Canada. La *LCSFV* est entrée en vigueur le 10 décembre 2015 pendant que la suspension initiale de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité était en vigueur. Aucune exemption à cette suspension de la déclaration de la Cour n'a été sollicitée à ce moment-là. Nous avons été informés du fait que la ministre de la Justice du Québec a communiqué au directeur des poursuites criminelles et pénales la directive de ne poursuivre aucun médecin qui respecte la *LCSFV* si l'exemption à la prorogation de la suspension n'était pas accordée. À notre avis, l'exemption qui est maintenant sollicitée n'ajouterait rien à la clarté du droit qui pouvait exister dans la province lorsque la *LCSFV* est entrée en vigueur. Elle n'y enlèverait rien non plus. Nous sommes donc d'avis de rejeter la demande du Québec sollicitant une exemption.

[11] La question qu'il reste à trancher est celle de savoir si, pour la durée de la prorogation de quatre mois, la Cour devrait accorder une exemption constitutionnelle autorisant l'aide pour mettre fin à la vie sur le fondement des motifs énoncés dans *Carter*. Les appelants réclament cette exemption, faisant valoir qu'elle soulagerait la souffrance d'individus et, si le Québec était soustrait à la prorogation de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité, qu'elle contribuerait en outre au respect des valeurs d'équité et d'égalité.

[12] Nous ne sommes pas convaincus que les appelants ont établi le bien-fondé d'une exemption constitutionnelle. Dans le jugement unanime sur le fond, la Cour a jugé qu'il n'était pas opportun dans la présente affaire de créer une procédure d'exemption pour la durée de la période au cours de laquelle la prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue. La Cour a écrit que cela « serait source d'incertitude, saperait la primauté du droit et constituerait une usurpation de la fonction du législateur, qui est mieux placé que les tribunaux pour créer des régimes de réglementation complexes » : par. 125. Or, à notre avis, ces considérations restent convaincantes.

[13] Nous sommes d'avis d'accorder la prorogation de quatre mois de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité, mais de rejeter

from it and also dismiss the appellants' request for individual exemptions during the period of suspension.

[14] We add this. We do not underestimate the agony of those who continue to be denied access to the help that they need to end their suffering. That should be clear from the Court's reasons for judgment on the merits. However, neither do we underestimate the complexity of the issues that surround the fundamental question of when it should be lawful to commit acts that would otherwise constitute criminal conduct. The complexity results not only from the profound moral and ethical dimensions of the question, but also from the overlapping federal and provincial legislative competence in relation to it. The Court unanimously held in its judgment on the merits that these are matters most appropriately addressed by the legislative process. We remain of that view. That the legislative process needs more time is regrettable, but it does not undermine the point that it is the best way to address this issue.

[15] We agree with our colleagues that the Attorney General of Canada should pay the appellants' special costs of this application on a full indemnity basis.

Motion granted in part with costs, McLACHLIN C.J. and CROMWELL, MOLDAVER and BROWN JJ. dissenting in part.

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

Solicitors for the respondents on the motion Lee Carter et al.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; DLA Piper (Canada), Vancouver.

Solicitor for the respondent on the motion the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the respondent on the motion the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

la demande du Québec pour y être soustrait ainsi que les demandes des appelants visant l'obtention d'exemptions individuelles applicables pour la durée de la période de suspension.

[14] Nous ajoutons ceci. Nous ne sous-estimons pas la souffrance de ceux à qui l'on refuse encore l'accès à l'assistance dont ils ont besoin pour y mettre fin. Cela devrait ressortir clairement des motifs du jugement de la Cour sur le fond. Cependant, nous ne sous-estimons pas non plus la complexité des enjeux relatifs à la question fondamentale de savoir quand il devrait être légal de poser des gestes qui constitueraient autrement une conduite criminelle. La complexité des enjeux découle non seulement des dimensions morale et éthique profondes de la question, mais également du chevauchement des compétences législatives fédérale et provinciale en la matière. La Cour a conclu à l'unanimité dans son jugement sur le fond qu'il était préférable qu'il soit traité de ces enjeux par le processus législatif. Nous sommes toujours de cet avis. Que ce processus législatif ait besoin de plus de temps est regrettable, mais qu'il s'agisse du meilleur moyen pour traiter de la question n'en demeure pas moins vrai pour autant.

[15] Nous sommes d'accord avec nos collègues que le procureur général du Canada doit payer aux appelants des dépens spéciaux pour la présente requête sur la base de l'indemnisation intégrale.

Requête accueillie en partie avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges CROMWELL, MOLDAVER et BROWN sont dissidents en partie.

Procureur du requérant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés à la requête Lee Carter et autres : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; DLA Piper (Canada), Vancouver.

Procureur de l'intimé à la requête le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intimé à la requête le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent on the motion the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the respondents on the motion the Council of Canadians with Disabilities and the Canadian Association for Community Living: Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the respondent on the motion the Christian Legal Fellowship: Miller Thomson, Calgary.

Solicitors for the respondents on the motion the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the respondent on the motion the Physicians' Alliance against Euthanasia: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent on the motion Dying With Dignity: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitor for the respondent on the motion the Canadian Medical Association: Canadian Medical Association, Ottawa.

Solicitors for the respondent on the motion Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité: Gratl & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent on the motion the Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the respondent on the motion the Canadian Unitarian Council: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents on the motion the Euthanasia Prevention Coalition and the Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia: Scher Law Professional Corporation, Toronto; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureure de l'intimée à la requête la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs des intimés à la requête le Conseil des Canadiens avec déficiences et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : Bakerlaw, Toronto.

Procureurs de l'intimée à la requête l'Alliance des chrétiens en droit : Miller Thomson, Calgary.

Procureurs des intimés à la requête le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intimé à la requête le Collectif des médecins contre l'euthanasie : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intimée à la requête Dying With Dignity : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureure de l'intimée à la requête l'Association médicale canadienne : Association médicale canadienne, Ottawa.

Procureurs de l'intimée à la requête l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité : Gratl & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée à la requête Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs de l'intimé à la requête le Conseil unitarien du Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimées à la requête la Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia : Scher Law Professional Corporation, Toronto; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Jonathan David Meer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MEER

2016 SCC 5

File No.: 36448.

2016: January 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Trial — Effective assistance of counsel — Accused challenging competence of his trial counsel — Majority of Court of Appeal correct in rejecting accused's submissions of ineffective assistance — No miscarriage of justice occurred.

Cases Cited

Referred to: *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Slatter and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 141, 600 A.R. 66, 15 Alta. L.R. (6th) 291, 323 C.C.C. (3d) 98, 645 W.A.C. 66, [2015] 8 W.W.R. 24, [2015] A.J. No. 411 (QL), 2015 CarswellAlta 652 (WL Can.), affirming the convictions entered by Burrows J., 2010 ABQB 768, [2010] A.J. No. 1542 (QL), 2010 CarswellAlta 2548 (WL Can.). Appeal dismissed.

Dale M. Knisely, for the appellant.

Maureen McGuire and *Cheryl Schlecker*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — This appeal as of right comes to us based on the dissent of Berger J.A. in

Jonathan David Meer *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MEER

2016 CSC 5

N° du greffe : 36448.

2016 : 21 janvier.

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

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

Droit criminel — Procès — Assistance effective d'un avocat — Contestation par l'accusé de la compétence de l'avocat qui l'a représenté à son procès — Allégations d'assistance inefficace formulées par l'accusé rejetées à juste titre par les juges majoritaires de la Cour d'appel — Absence d'erreur judiciaire.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Slatter et Wakeling), 2015 ABCA 141, 600 A.R. 66, 15 Alta. L.R. (6th) 291, 323 C.C.C. (3d) 98, 645 W.A.C. 66, [2015] 8 W.W.R. 24, [2015] A.J. No. 411 (QL), 2015 CarswellAlta 652 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité inscrites par le juge Burrows, 2010 ABQB 768, [2010] A.J. No. 1542 (QL), 2010 CarswellAlta 2548 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Dale M. Knisely, pour l'appellant.

Maureen McGuire et *Cheryl Schlecker*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le présent appel de plein droit prend appui sur la dissidence du juge Berger

the Court of Appeal of Alberta. The learned Justice of Appeal was of the view that trial counsel's conduct of the case (not counsel before us) was "woefully incompetent" and that "it cannot be safely concluded that the appellant received a fair trial": reasons on appeal, at para. 153 (2015 ABCA 141, 600 A.R. 66).

[2] We are all of the view that the appeal must be dismissed. To succeed in setting aside a trial verdict on the basis of the ineffective assistance of counsel, the appellant must show "first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and second, that a miscarriage of justice resulted": *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, at para. 26. Aside from finding that "[c]ounsel's ineffectiveness pertains to critical aspects of the trial", the learned dissenting Justice did not indicate how the instances which he identified of counsel's incompetence had occasioned a miscarriage of justice: reasons on appeal, at para. 153.

[3] As this Court noted in *G.D.B.*, miscarriages of justice may take many forms in the context of ineffective assistance of counsel. While the Court of Appeal addressed a wide range of issues, we need comment only on one: we are not persuaded that there was any miscarriage of justice in any of its forms in this case.

[4] The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Barr Picard Knisely, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

de la Cour d'appel de l'Alberta. Selon ce dernier, la conduite de l'affaire par l'avocat qui représentait l'appelant au procès (et non devant notre Cour) témoigne d'une [TRADUCTION] « incompétence lamentable » et « il est impossible de conclure avec certitude que l'appelant a bénéficié d'un procès équitable » : motifs de la Cour d'appel, par. 153 (2015 ABCA 141, 600 A.R. 66).

[2] Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté. Pour obtenir l'annulation du verdict de première instance en plaidant l'assistance ineffective de son avocat, l'appelant doit démontrer, « dans un premier temps, que les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire en a résulté » : *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, par. 26. À l'exception de sa conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « l'assistance ineffective de l'avocat port[ait] sur des aspects cruciaux du procès », le juge dissident n'a donné aucune indication sur la manière dont les exemples d'incompétence de l'avocat qu'il a constatés ont entraîné une erreur judiciaire : motifs de la Cour d'appel, par. 153.

[3] Comme l'a souligné notre Cour dans *G.D.B.*, les erreurs judiciaires peuvent prendre de nombreuses formes en cas d'assistance ineffective de l'avocat. Bien que la Cour d'appel ait examiné un large éventail de questions, une seule requiert des commentaires de notre part : nous ne sommes pas convaincus qu'il y a eu erreur judiciaire sous quelque forme que ce soit en l'espèce.

[4] Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Barr Picard Knisely, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Frédéric Gagnon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GAGNON

2016 SCC 6

File No.: 36581.

2016: February 23.

Present: Cromwell, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Detention of accused by police unlawful — Weighing of relevant factors not favouring exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Doyon, Kasirer and Vaclair JJ.A.), 2015 QCCA 1138, [2015] AZ-51190659, [2015] J.Q. n° 6206 (QL), 2015 CarswellQue 6218 (WL Can.), affirming the accused's conviction. Appeal dismissed.

Mélanie Martel and Denis Barrette, for the appellant.

Simon Blais and Benoît Lauzon, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] CROMWELL J. — This is an appeal as of right. We all agree, essentially for the reasons given by Doyon J.A. of the Quebec Court of Appeal, that it should be dismissed. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Frédéric Gagnon *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. GAGNON

2016 CSC 6

N° du greffe : 36581.

2016 : 23 février.

Présents : Les juges Cromwell, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Détention de l'accusé par les policiers illégale — Mise en balance des facteurs pertinents ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Doyon, Kasirer et Vaclair), 2015 QCCA 1138, [2015] AZ-51190659, [2015] J.Q. n° 6206 (QL), 2015 CarswellQue 6218 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Mélanie Martel et Denis Barrette, pour l'appelant.

Simon Blais et Benoît Lauzon, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE CROMWELL — Le présent pourvoi est formé de plein droit. Nous sommes tous d'avis de le rejeter, essentiellement pour les motifs formulés par le juge Doyon de la Cour d'appel du Québec. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Mélanie Martel, Joliette; Ouellet Nadon & Associées, Montréal.

Procureurs de l'appelant : Mélanie Martel, Joliette; Ouellet Nadon & Associées, Montréal.

Solicitor for the respondent: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Laval and Montréal.

Procureur de l'intimée : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Laval et Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Michael Bruce Newman *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NEWMAN

2016 SCC 7

File No.: 36524.

2016: February 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — First degree murder — Elements of offence — Kidnapping and forcible confinement — Accused prevented victim from escaping his apartment and killed him — Act of forcible confinement distinct and independent from act of killing — Conviction for first degree murder entered by trial judge reinstated — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5)(e).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Frankel and Smith JJ.A.), 2015 BCCA 237, 324 C.C.C. (3d) 388, 373 B.C.A.C. 58, 641 W.A.C. 58, [2015] B.C.J. No. 1069 (QL), 2015 CarswellBC 1425 (WL Can.), substituting a conviction for second degree murder to the conviction for first degree murder entered by Ehrcke J., 2013 BCSC 592, [2013] B.C.J. No. 650 (QL), 2013 CarswellBC 830 (WL Can.). Appeal allowed.

John M. Gordon, Q.C., for the appellant.

Richard S. Fowler, Q.C., and *Eric Purtzki*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

[1] THE COURT — This is an appeal as of right. We are of the view that the appeal should be allowed. On

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Michael Bruce Newman *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. NEWMAN

2016 CSC 7

N° du greffe : 36524.

2016 : 25 février.

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

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

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Éléments de l'infraction — Enlèvement et séquestration — Victime empêchée de s'enfuir de son appartement par l'accusé et tuée par ce dernier — Acte de séquestration constituant un acte distinct et indépendant de l'acte de tuer — Rétablissement de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge du procès — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5)e.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Frankel et Smith), 2015 BCCA 237, 324 C.C.C. (3d) 388, 373 B.C.A.C. 58, 641 W.A.C. 58, [2015] B.C.J. No. 1069 (QL), 2015 CarswellBC 1425 (WL Can.), qui a substitué une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré à la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge Ehrcke, 2013 BCSC 592, [2013] B.C.J. No. 650 (QL), 2013 CarswellBC 830 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

John M. Gordon, c.r., pour l'appelante.

Richard S. Fowler, c.r., et *Eric Purtzki*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu oralement par

[1] LA COUR — Il s'agit d'un appel de plein droit. Nous sommes d'avis que l'appel doit être accueilli.

the evidence, it was open to the trial judge to conclude that the act of forcible or unlawful confinement, which occurred when the respondent prevented the victim from escaping through the front door of the apartment, was distinct and independent.

[2] The trial judge's conviction for first degree murder is reinstated.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Fowler and Smith, Vancouver.

Eu égard à la preuve, il était loisible au juge du procès de conclure que l'acte de séquestration, survenu lorsque l'intimé a empêché la victime de s'échapper par la porte avant de l'appartement, constituait un acte distinct et indépendant.

[2] La déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge du procès est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Fowler and Smith, Vancouver.

**Commission scolaire de Laval and
Fédération des commissions
scolaires du Québec** *Appellants*

v.

**Syndicat de l'enseignement de la région
de Laval and Fédération autonome
de l'enseignement** *Respondents*

and

Centrale des syndicats du Québec
Intervener

**INDEXED AS: COMMISSION SCOLAIRE DE LAVAL v.
SYNDICAT DE L'ENSEIGNEMENT DE LA RÉGION
DE LAVAL**

2016 SCC 8

File No.: 35898.

2015: October 14; 2016: March 18.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Labour relations — Dismissal — Arbitration — Grievances — Collective agreement stipulating that decision to dismiss teacher could be made only after “thorough deliberations” by school board’s executive committee — Executive committee deciding to dismiss teacher by way of resolution adopted after deliberations held in camera — Arbitrator allowing examination of members of executive committee on motives for their decision — Whether principle that motives are “unknowable” and deliberative secrecy apply to public employer that decides to take disciplinary action against employee.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Arbitration — Inquiry — Interlocutory decision allowing examination of members of decision-making authority of public employer on motives for their decision to dismiss employee — Objections to examination — Whether questions related to principle that motives are “unknowable” and deliberative secrecy that were raised before arbitrator are sufficiently important to legal system

**Commission scolaire de Laval et
Fédération des commissions
scolaires du Québec** *Appelantes*

c.

**Syndicat de l'enseignement de la région
de Laval et Fédération autonome
de l'enseignement** *Intimés*

et

Centrale des syndicats du Québec
Intervenante

**RÉPERTORIÉ : COMMISSION SCOLAIRE DE LAVAL c.
SYNDICAT DE L'ENSEIGNEMENT DE LA RÉGION
DE LAVAL**

2016 CSC 8

N° du greffe : 35898.

2015 : 14 octobre; 2016 : 18 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations du travail — Congédiement — Arbitrage — Grievs — Convention collective stipulant que le congédiement d'un enseignant ne peut être décidé qu'après « mûres délibérations » du comité exécutif de la commission scolaire — Comité exécutif ayant décidé d'un congédiement par voie de résolution adoptée à la suite de délibérations tenues à huis clos — Arbitre permettant l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur les motifs de leur décision — Le principe de l'« inconnaisabilité des motifs » et le secret du délibéré s'appliquent-ils à un employeur public qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage — Instruction — Sentence interlocutoire permettant l'interrogatoire des membres d'un organe décisionnel d'un employeur public sur les motifs de leur décision de congédier un salarié — Objections à l'interrogatoire — Les questions relatives au principe de l'« inconnaisabilité des motifs » et au secret du délibéré soulevées devant l'arbitre sont-elles d'une importance

that standard applicable to judicial review of interlocutory decision must be correctness.

In June 2009, B was summoned to attend a special meeting of the executive committee of the Commission scolaire de Laval (“Board”), his employer. The committee had to determine whether B’s judicial record was relevant to his functions as a teacher and, if it was, decide whether to resiliate his employment contract. After hearing B in a partially in camera meeting (from which the public was excluded), the executive committee ordered a totally in camera meeting (from which the teacher and his union representative were excluded) in order to deliberate. Upon completion of these two in camera meetings, the committee, sitting in public once again, proceeded to adopt a resolution that terminated B’s employment contract.

The Syndicat de l’enseignement de la région de Laval (“Union”) filed a grievance with respect to B’s dismissal, alleging, *inter alia*, that the procedure for dismissal provided for in the collective agreement had not been followed. The collective agreement stipulated that the employment relationship could be terminated “only after thorough deliberations at a meeting of the board’s council of commissioners or executive committee called for that purpose”. In the course of the inquiry into the grievance, the Union summoned as its first witnesses three members of the executive committee who had been present for the in camera deliberations of June 2009. The Board objected to having them testify, arguing that the motives of individual members of the committee were irrelevant and that deliberative secrecy shielded the members from being examined on what had been said in camera. The Board also submitted that the principle that motives are “unknowable” that had been stated in *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3, precludes the examination of the members of any collective body on the motives that underlie a decision made by way of a written resolution. The arbitrator dismissed these objections and allowed the examination of the executive committee’s members.

The Superior Court, hearing a motion for judicial review of the arbitrator’s interlocutory decision, applied the standard of correctness and granted the motion, barring any testimony by members of the executive committee except as regards the formal process that led to their decision that was announced at a public meeting. The majority of the Court of Appeal, also applying the standard of correctness, restored the arbitrator’s decision and allowed the examination of the executive committee’s members, subject to the usual limits of what is relevant.

telle pour le système juridique que le contrôle judiciaire de la sentence interlocutoire doit être assujéti à la norme de la décision correcte?

En juin 2009, B est convoqué à une séance extraordinaire du comité exécutif de la Commission scolaire de Laval (« Commission »), son employeur. Le comité exécutif doit déterminer s’il existe un lien entre les antécédents judiciaires de B et ses fonctions d’enseignant et, le cas échéant, prendre une décision sur la résiliation de son contrat de travail. Après avoir entendu B lors d’un huis clos partiel (excluant le public), le comité exécutif décrète un huis clos total (excluant l’enseignant et son représentant syndical) pour délibérer. Au terme de ces huis clos partiel et total, le comité, siégeant à nouveau de façon publique, procède à l’adoption d’une résolution qui met fin au contrat de travail de B.

Le Syndicat de l’enseignement de la région de Laval (« Syndicat ») dépose un grief contestant le congédiement de B, alléguant notamment que la procédure de congédiement prévue à la convention collective n’a pas été suivie. Selon la convention collective, la résiliation du lien d’emploi « ne peut se faire qu’après mûres délibérations à une session du conseil des commissaires ou du comité exécutif de la commission convoquée à cette fin ». Au cours de l’instruction du grief, le Syndicat assigne à titre de premiers témoins trois membres du comité exécutif présents lors des délibérations tenues à huis clos en juin 2009. La Commission s’oppose à ces témoignages, faisant valoir que les motivations individuelles des membres du comité ne sont pas pertinentes et que le secret du délibéré empêche leur interrogatoire sur ce qui s’est dit à huis clos. La Commission prétend aussi que le principe de l’« inconnaissabilité des motifs » établi dans l’arrêt *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, empêche l’interrogatoire des membres de tout organe collectif sur les motifs qui sous-tendent une décision prise par voie de résolution écrite. L’arbitre écarte ces objections et permet l’interrogatoire des membres du comité exécutif.

Saisie d’une requête en révision judiciaire de la sentence interlocutoire de l’arbitre, la Cour supérieure applique la norme de la décision correcte et accueille la requête aux fins d’interdire tout témoignage des membres du comité exécutif, sauf sur le processus formel qui a conduit à leur décision communiquée en séance publique. Les juges majoritaires de la Cour d’appel, appliquant également la norme de la décision correcte, rétablissent la décision de l’arbitre et permettent l’interrogatoire des membres du comité exécutif, dans les limites usuelles de la pertinence.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis and Gascon JJ.: The standard applicable to the arbitrator's interlocutory decision is reasonableness. Whether the examination of the members of the Board's executive committee should be allowed is ultimately an evidentiary issue. The arbitrator has exclusive jurisdiction over such matters, and he allowed the examination of the executive committee's members on the basis that their testimony would be helpful to him in determining whether the collective agreement and the legislation had been complied with. This conclusion flowed from his interpretation of the collective agreement between the parties and of the *Education Act*. The presumption that when an administrative tribunal interprets or applies its home statute, the standard of review applicable to its decision is reasonableness therefore applies in this case. This presumption is reinforced by the fact that the usual standard for judicial review of decisions of grievance arbitrators is reasonableness.

The issues in this case are not included in the narrow class of issues for which the standard is correctness. That standard can apply to questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and are outside the decision maker's area of expertise. Questions of this nature are rare and tend to be limited to situations that are detrimental to consistency in the country's fundamental legal order. In this case, in light of the arbitrator's broad jurisdiction over evidence and procedure, there is no question of law of central importance that is outside his area of expertise. The questions of evidence and procedure that arise here with respect to the principle that motives are "unknowable" and to deliberative secrecy in the context of an employer's collective decision-making authority are not outside the arbitrator's area of expertise. Nor does the application of that principle and of deliberative secrecy to a fact situation characteristic of a dismissal amount to a question that is detrimental to consistency in the country's fundamental legal order. Once this is established, maintaining that the concepts at issue do not fall solely within the arbitrator's expertise in the area or jurisdiction over the matter, or that one of them is a general principle that applies to other legal fields, is not enough to justify dispensing with the deferential standard that is required in such a case.

In light of the information available to him at the time of the summonses, and of the content of the collective agreement and the applicable legislation, the arbitrator

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis et Gascon : La sentence interlocutoire de l'arbitre est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Permettre l'interrogatoire des membres du comité exécutif de la Commission reste en définitive une question d'administration de la preuve. Une telle détermination relève de la compétence exclusive de l'arbitre, lequel a permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif au motif que leurs témoignages seront utiles à la détermination du respect de la convention collective et de la loi. Cette conclusion découle de son interprétation de la convention collective liant les parties ainsi que de la *Loi sur l'instruction publique*. La présomption voulant que la décision d'un tribunal administratif interprétant ou appliquant sa loi habilitante est assujettie au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable s'applique donc en l'espèce. Cette présomption est renforcée par le fait que la révision judiciaire des sentences rendues par les arbitres de grief est généralement assujettie à la norme de la décision raisonnable.

Les questions que soulève le litige ne font pas partie de la catégorie restreinte de questions assujetties à la norme de la décision correcte. Cette norme peut s'appliquer aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui se situent hors du domaine d'expertise du décideur. Les questions de cette nature restent rares et se limitent le plus souvent à des situations qui mettent en cause la cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. En l'espèce, il n'y a aucune question de droit d'importance capitale qui soit hors du champ d'expertise de l'arbitre étant donné sa large compétence en matière de preuve et de procédure. Les questions de preuve et de procédure qui se soulèvent ici au regard du principe de l'« inconnaisabilité des motifs » et du secret du délibéré d'un organe décisionnel collectif d'un employeur ne sont pas étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre. L'application de ce principe et de ce secret à une situation factuelle propre à un congédiement ne se qualifie pas non plus de question qui met en cause la cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. Une fois cela acquis, il ne suffit pas de soutenir que les concepts traités ne relèvent pas uniquement de l'expertise ou de la compétence de l'arbitre en la matière, ou que l'un de ceux-ci constitue un principe général applicable à d'autres domaines du droit, pour écarter la norme de déférence qui s'impose dans un tel cas.

Devant l'information à sa disposition au moment des assignations et la teneur de la convention collective et des lois applicables, l'arbitre a permis l'interrogatoire

allowed the examination of the members of the Board's executive committee in the grievance proceeding before him. It is this decision that is at issue in the judicial review proceedings, and it was reasonable. Neither the argument that the motives are "unknowable" nor that of deliberative secrecy counters this conclusion.

The principle that the motives of a legislative body are "unknowable" and deliberative secrecy do not apply to a public employer, the Board in this case, that decides to take disciplinary action against an employee, even if an in camera meeting is ordered. Any employee, whether in the public or the private sector, has a right to contest disciplinary action taken against him or her and can, in doing so, raise any relevant evidence. For this, the employee may examine the employer's representatives on the reasons for the action and on the decision-making process that led to it.

It is wrong to say that *Clearwater* established a rule of relevance that applies to every collective decision made by a decision-making body by means of an official document regardless of the nature of the decision or of the body making it. Rather, the "unknowable" motives in question are those that led a legislative body to adopt provisions of a legislative nature, that is, to carry out acts of a public nature. In this case, the executive committee's decision was made in a completely different context. Even though the Board is a legal person established in the public interest, it was acting as an employer when it decided to dismiss teacher B by way of a resolution of its executive committee. That decision had an effect on the employment contract between B and the Board and was made in the context of a process provided for in the collective agreement between the parties. It was not a decision of a legislative, regulatory, policy or discretionary nature. Rather, it was made in the specific context of a contractual relationship. A rule of relevance based on the public nature of an impugned decision therefore does not apply here. It was reasonable for the arbitrator to rule that he needed to know what had taken place in camera in order to determine whether the executive committee's deliberations had been thorough. His decision on this point was consistent with those of several grievance arbitrators who had in the past allowed the examination of school board officials regarding in camera deliberations in disciplinary matters. Given the recognized jurisdiction of arbitrators over evidence and procedure, deference must be shown.

As for deliberative secrecy, it was reasonable for the arbitrator to reject this argument, too. When the executive committee decided to dismiss B after deliberating in camera, it was not performing an adjudicative function and

des membres du comité exécutif de la Commission dans le cadre du grief dont il était saisi. C'est cette décision qui fait l'objet de la révision judiciaire au cœur du débat et elle était raisonnable. Ni l'argument de l'« inconnaisabilité des motifs », ni celui du secret du délibéré ne font échec à cette conclusion.

Le principe de l'« inconnaisabilité des motifs » d'un corps législatif et le secret du délibéré ne s'appliquent pas à un employeur public, en l'occurrence la Commission, qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié, et ce, même si un huis clos est décrété. Que son employeur soit du secteur public ou privé, un salarié est en droit de contester la mesure disciplinaire qu'on lui impose en s'appuyant sur tout élément de preuve pertinent. Cela inclut l'interrogatoire des représentants de son employeur sur les raisons à l'appui de la mesure et sur le processus décisionnel qui y a mené.

Il est inexact d'affirmer que l'arrêt *Clearwater* établit une règle de pertinence applicable à toute décision collective prise par un organe décisionnel dans un écrit officiel, peu importe la nature de la décision ou du corps qui l'adopte. Les motifs « inconnaisables » sont plutôt ceux qui sont propres à un corps législatif lorsqu'il adopte des dispositions de nature législative, c'est-à-dire lorsqu'il pose des gestes de nature publique. Or, en l'espèce, la décision du comité exécutif s'inscrit dans un tout autre contexte. Même si la Commission est une personne morale de droit public, elle agissait à titre d'employeur en prenant la décision de congédier l'enseignant B par résolution de son comité exécutif. Cette décision a eu un effet sur le contrat de travail liant B à la Commission et a été prise dans le cadre d'un processus prévu par la convention collective qui lie les parties. Elle n'est pas de nature législative, réglementaire, politique ou discrétionnaire. Elle s'inscrit plutôt précisément dans le cadre d'une relation contractuelle. Une règle de pertinence basée sur la nature publique de la décision contestée ne trouve donc pas application ici. L'arbitre a agi de manière raisonnable en statuant qu'il avait besoin de savoir ce qui s'est passé à huis clos pour déterminer s'il y a eu mûres délibérations de la part du comité exécutif. Il suivait en cela plusieurs arbitres de grief qui, par le passé, ont accepté que soient interrogés les dirigeants d'une commission scolaire au sujet de délibérations tenues à huis clos en matière disciplinaire. Vu la compétence reconnue de l'arbitre en matière de preuve et de procédure, la déférence s'impose.

Quant au secret du délibéré, l'arbitre a là encore rendu une décision raisonnable en l'écartant. En prenant la décision de congédier B après avoir délibéré à huis clos, le comité exécutif n'exerçait pas une fonction juridictionnelle

was not acting as a quasi-judicial decision maker. Rather, it was acting as an employer dismissing an employee. Its decision was therefore one of a private nature that falls under employment law, not one of a public nature to which the constitutional principles of judicial independence and separation of powers would apply. As a result, the discussions held by the committee's members in camera are not shielded by deliberative secrecy.

Finally, limits should not be placed in advance on the questions that may be asked of the executive committee's members. Assessing the relevance of evidence falls within the exclusive jurisdiction of the arbitrator. It is not open to a reviewing court to speculate about the types of questions that could be relevant before the examination has even begun. It will be up to the arbitrator to decide what is relevant on the basis of the questions that are eventually asked and to determine which of them really further the resolution of the case. If a court must intervene, it will do so after the arbitrator has ruled on a given point.

Per Wagner, Côté and Brown JJ.: There is disagreement with the majority as regards the applicable standard of judicial review. There are times when a question concerning an area over which the arbitrator generally has full authority is of such a nature as to affect the administration of justice as a whole and relates to principles in respect of which the arbitrator has no particular expertise in that they are not specific to the arbitrator's specialized role. Where the question relates not simply to the rules of evidence in general, but to the scope of such basic rules as those relating to the immunities from disclosure and deliberative secrecy, a court reviewing an arbitrator's decision in this regard must be able to go further than merely inquiring into the reasonableness of the decision. Where necessary, it must also be able, absent clear instructions to the contrary, to substitute its own view for that of the arbitrator if the arbitrator's decision is incorrect.

The applicable standard of review cannot depend on how a court will ultimately answer the question, as that could make it even more difficult to predict what the result of the analysis will be. Instead, what is important is the nature of the question being raised. In this case, despite the existence of a privative clause and even though the appeal arises in the context of the hearing of the evidence, over which the arbitrator has full authority, the questions that have been raised are general questions of law that, by their nature, are of central importance to the administration of

et n'agissait pas en tant que décideur quasi judiciaire. Le comité agissait plutôt à titre d'employeur congédiant un salarié. Il s'agit là d'une décision de nature privée relevant du droit du travail, et non d'une décision de nature publique mettant en cause les principes constitutionnels d'indépendance judiciaire et de séparation des pouvoirs. À ce titre, le comité exécutif ne bénéficie pas de la protection du secret du délibéré pour les discussions que ses membres tiennent à huis clos.

Enfin, il n'y a pas lieu de fixer d'avance des limites aux questions qui pourront être posées aux membres du comité exécutif. L'appréciation de la pertinence de la preuve relève de la compétence exclusive de l'arbitre. Il n'appartient pas aux tribunaux de révision de conjecturer sur les questions qui seront potentiellement pertinentes avant même qu'un interrogatoire ne commence. Il reviendra à l'arbitre de trancher les enjeux de pertinence selon les questions qui seront éventuellement posées et de déterminer celles qui font réellement avancer le débat. Si une intervention judiciaire est requise, elle se fera, le cas échéant, une fois que l'arbitre se sera prononcé sur un sujet précis.

Les juges Wagner, Côté et Brown : Il y a désaccord avec la majorité quant à la norme de contrôle judiciaire applicable. Il arrive qu'une question relative à un domaine dans lequel l'arbitre est généralement le maître soit de nature à affecter l'administration de la justice dans son ensemble et qu'elle se rapporte à des principes à l'égard desquels l'arbitre ne dispose d'aucune expertise particulière en ce sens que ces principes ne relèvent pas de la mission spécialisée qui est la sienne. Lorsque la question en cause ne concerne pas simplement l'administration de la preuve en général, mais plutôt la portée de règles aussi fondamentales que celles relatives aux immunités de divulgation et au secret du délibéré, une cour de justice appelée à contrôler la décision prise par un arbitre à cet égard doit pouvoir aller plus loin que d'uniquement déterminer si cette décision est raisonnable. Lorsque cela est nécessaire, elle doit aussi pouvoir substituer son opinion à celle de l'arbitre en cas de décision incorrecte, à moins d'indications claires à l'effet contraire.

La norme de contrôle applicable ne saurait dépendre de la réponse ultimement donnée par une cour de justice à la question en cause, sans risquer de rendre le résultat de l'analyse encore plus imprévisible. C'est plutôt la nature de la question soulevée qui importe. En l'espèce, malgré la présence d'une clause privative et même si le pourvoi s'inscrit dans un contexte d'administration de la preuve dont l'arbitre est maître, les questions en cause sont des questions de droit générales qui, par leur nature, revêtent une importance centrale pour l'administration de la justice

justice as a whole and in respect of which the arbitrator has no particular expertise. Such questions require uniform and consistent answers, which means that both the majority and the dissenting judges of the Court of Appeal, like the Superior Court judge, were right to hold that the applicable standard of review in this case is correctness. However, the result is the same regardless of which standard applies.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3; **applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Montréal (City) v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage v. Morency*, 2000 SCC 62, [2000] 2 S.C.R. 913; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent v. Commission scolaire des Monts-et-Marées* (2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481; *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer v. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île* (2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf C.E.Q. v. Commission scolaire de Portneuf* (1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722; *Association des enseignants de Le Royer v. Commission*

dans son ensemble et à l'égard desquelles l'arbitre ne dispose d'aucune expertise particulière. De telles questions doivent être tranchées de manière uniforme et cohérente, si bien que les juges tant majoritaires que dissidents de la Cour d'appel, à l'instar du juge de la Cour supérieure, ont eu raison de conclure que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision correcte. Toutefois, peu importe la norme qui s'applique, le résultat est le même.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec les arrêts : *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3; **arrêts appliqués :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés :** *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage c. Morency*, 2000 CSC 62, [2000] 2 R.C.S. 913; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent c. Commission scolaire des Monts-et-Marées* (2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481; *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer c. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île* (2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf*

scolaire régionale Le Royer (1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43; *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), L.R. 5 H.L. 418; *O'Rourke v. Commissioner for Railways* (1890), 15 App. Cas. 371; *Ward v. Shell-Mex*, [1952] 1 K.B. 280; *Re Knight Lumber Co.* (1959), 22 D.L.R. (2d) 92; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Noble China Inc. v. Lei* (1998), 42 O.R. (3d) 69; *Comité de révision de l'aide juridique v. Denis*, 2007 QCCA 126; *Cherubini Metal Works Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134; *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale v. Ferland*, [2001] R.J.Q. 2882; *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *North Island Laurentian Teachers' Union P.A.P.T. v. Commission scolaire Laureval* (1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262; *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)*, 2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453; *Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN v. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270; *Sûreté du Québec v. Lussier*, [1994] R.D.J. 470; *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield v. Gauthier Cashman*, [1984] R.D.J. 385; *Lethbridge Regional Police Service v. Lethbridge Police Association*, 2013 ABCA 47, 542 A.R. 252; *Canadian Nuclear Laboratories v. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772*, 2015 ONSC 3436; *Blass v. University of Regina Faculty Assn.*, 2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262.

By Côté J.

Distinguished: *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; **referred to:** *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3; *Tremblay v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77.

C.E.Q. c. Commission scolaire de Portneuf (1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722; *Association des enseignants de Le Royer c. Commission scolaire régionale Le Royer* (1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43; *Duke of Buccleuch c. Metropolitan Board of Works* (1872), L.R. 5 H.L. 418; *O'Rourke c. Commissioner for Railways* (1890), 15 App. Cas. 371; *Ward c. Shell-Mex*, [1952] 1 K.B. 280; *Re Knight Lumber Co.* (1959), 22 D.L.R. (2d) 92; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Noble China Inc. c. Lei* (1998), 42 O.R. (3d) 69; *Comité de révision de l'aide juridique c. Denis*, 2007 QCCA 126; *Cherubini Metal Works Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134; *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale c. Ferland*, [2001] R.J.Q. 2882; *Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *North Island Laurentian Teachers' Union P.A.P.T. c. Commission scolaire Laureval* (1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262; *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)*, 2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453; *Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN c. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270, [2011] R.J.D.T. 19; *Sûreté du Québec c. Lussier*, [1994] R.D.J. 470; *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield c. Gauthier Cashman*, [1984] R.D.J. 385; *Lethbridge Regional Police Service c. Lethbridge Police Association*, 2013 ABCA 47, 542 A.R. 252; *Canadian Nuclear Laboratories c. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772*, 2015 ONSC 3436; *Blass c. University of Regina Faculty Assn.*, 2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262.

Citée par la juge Côté

Distinction d'avec l'arrêt : *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; **arrêts mentionnés :** *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77.

Statutes and Regulations Cited

- Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 18.2.
- Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47.
- Education Act*, CQLR, c. I-13.3, ss. 34.3, 143, 179, 258.1 para. 1(1), 258.4, 261.0.1 to 261.0.6 [ad. 2005, c. 16, s. 11], 261.0.2 [*idem*], 261.0.3 [*idem*], 261.0.7 [*idem*].
- Labour Code*, CQLR, c. C-27, ss. 1(f), 100 et seq., 100.2, 100.12(a), (f), 139, 139.1, 140.

Authors Cited

- Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 48).
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
- Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2012.
- Quebec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Verification of Judicial Records: Information Guide for School Boards and Private Schools in Québec*. Québec: The Ministère, 2011.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. by Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Gagnon and Savard J.J.A.), 2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95, [2014] AZ-51056975, [2014] J.Q. n° 2352 (QL), 2014 CarswellQue 2355 (WL Can.), setting aside a decision of Delorme J., 2012 QCCS 248, [2012] AZ-50826061, [2012] J.Q. n° 621 (QL), 2012 CarswellQue 774 (WL Can.). Appeal dismissed.

Yann Bernard, René Paquette, Geneviève Beaudin and Cassandra Church, for the appellants.

Lois et règlements cités

- Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 18.2.
- Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 1f), 100 et suiv., 100.2, 100.12a), f), 139, 139.1, 140.
- Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3, art. 34.3, 143, 179, 258.1 al. 1(1), 258.4, 261.0.1 à 261.0.6 [aj. 2005, c. 16, art. 11], 261.0.2 [*idem*], 261.0.3 [*idem*], 261.0.7 [*idem*].
- Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47.

Doctrine et autres documents cités

- Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed., Toronto, Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 48).
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.
- Morin, Fernand, et autres. *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012.
- Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *La vérification des antécédents judiciaires : Guide à l'intention des commissions scolaires et des établissements d'enseignement privés du Québec*, Québec, Le ministère, 2011.
- Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
- Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. by Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, Gagnon et Savard), 2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95, [2014] AZ-51056975, [2014] J.Q. n° 2352 (QL), 2014 CarswellQue 2355 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Delorme, 2012 QCCS 248, [2012] AZ-50826061, [2012] J.Q. n° 621 (QL), 2012 CarswellQue 774 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Yann Bernard, René Paquette, Geneviève Beaudin et Cassandra Church, pour les appelantes.

Justine Dauphinais-Sauvé and Audrey Limoges-Gobeil, for the respondent Syndicat de l’enseignement de la région de Laval.

Stéphane Forest and Gaétan Lévesque, for the respondent Fédération autonome de l’enseignement.

Claudine Morin, Nathalie Léger and Amy Nguyen, for the intervener.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis and Gascon JJ. delivered by

GASCON J. —

I. Introduction

[1] Any employee, whether in the public or the private sector, has a right to contest disciplinary action taken against him or her and can, in doing so, raise any relevant evidence. For this, the employee may examine the employer’s representatives on the reasons for the action and on the decision-making process that led to it.

[2] However, public law immunities protect decisions of an adjudicative, legislative, regulatory, policy or purely discretionary nature made by public bodies. As a result, there are sometimes limits on the right to examine members of the decision-making authorities of such bodies on the considerations on which their decisions are based.

[3] The interplay of these rights and immunities can lead to conflict. This appeal involves one such conflict. At issue is the right of a public body’s employee to examine members of a decision-making authority of his or her employer on the motives for their decision to dismiss the employee after deliberations held in camera.

[4] The respondent Syndicat de l’enseignement de la région de Laval (“Union”) filed a grievance with respect to the dismissal of a teacher. In the course of the inquiry into the grievance, the appellant Commission scolaire de Laval (“Board”) objected to the examination of three commissioners who were

Justine Dauphinais-Sauvé et Audrey Limoges-Gobeil, pour l’intimé le Syndicat de l’enseignement de la région de Laval.

Stéphane Forest et Gaétan Lévesque, pour l’intimée la Fédération autonome de l’enseignement.

Claudine Morin, Nathalie Léger et Amy Nguyen, pour l’intervenante.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis et Gascon a été rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Introduction

[1] Que son employeur soit du secteur public ou privé, un salarié est en droit de contester la mesure disciplinaire qu’on lui impose en s’appuyant sur tout élément de preuve pertinent. Cela inclut l’interrogatoire des représentants de son employeur sur les raisons à l’appui de la mesure et sur le processus décisionnel qui y a mené.

[2] En droit public, des immunités protègent par contre les décisions de nature juridictionnelle, législative, réglementaire, politique ou purement discrétionnaire des corps publics. Ainsi, des limites balisent parfois le droit d’interroger les membres de leurs organes décisionnels sur les considérations qui sous-tendent leurs décisions.

[3] L’interaction entre ces droits et ces immunités peut mener à des conflits. Ce pourvoi l’illustre. Il porte sur le droit d’un salarié d’un corps public d’interroger les membres d’un organe décisionnel de son employeur sur les motifs de leur décision de le congédier à la suite de délibérations tenues à huis clos.

[4] L’intimé Syndicat de l’enseignement de la région de Laval (« Syndicat ») a déposé un grief contestant le congédiement d’un enseignant. Lors de l’instruction du grief, l’appelante Commission scolaire de Laval (« Commission ») s’est opposée à l’interrogatoire de trois commissaires membres de

members of its executive committee, which had decided in camera to dismiss the teacher. In the Board's view, the motives of individual members of a collective body that underlie a decision thus made by the body by way of a resolution are "unknowable", and therefore irrelevant. In addition, the executive committee's members were shielded by deliberative secrecy from being compelled to testify regarding their in camera deliberations.

[5] The arbitrator dismissed the Board's objections and allowed the examination of the executive committee's members regarding their deliberations and their decision to dismiss the teacher. On a motion for judicial review, the Superior Court quashed the arbitrator's decision and barred any testimony by members of the executive committee except as regards the formal process that led to their decision that was announced at a public meeting. The majority of the Court of Appeal restored the arbitrator's decision and allowed the examination of the executive committee's members, subject to the usual limits of what is relevant.

[6] I would dismiss the appeal. The principle that the motives of a legislative body are "unknowable" and deliberative secrecy do not apply to a public employer, the Board in this case, that decides to take disciplinary action against an employee, even if an in camera meeting is ordered. The three members of the Board's executive committee can be examined, subject to the limits of what is relevant and to the other rules applicable to the inquiry into the grievance. The arbitrator has exclusive jurisdiction to determine whether any questions that may be asked are relevant.

II. Facts

[7] The Board is a legal person established in the public interest under the *Education Act*, CQLR, c. I-13.3 ("EA"). The Union, which is certified under the *Labour Code*, CQLR, c. C-27 ("L.C."), represents a number of the Board's employees, including B, a vocational training instructor employed by the Board since March 2000.

son comité exécutif qui a pris à huis clos la décision de congédier l'enseignant. Selon la Commission, les motifs individuels qui sous-tendent une décision prise ainsi par un organe collectif par voie de résolution seraient « inconnaisables », et donc non pertinents. En outre, le secret du délibéré rendrait les membres du comité exécutif non contraignables pour témoigner sur le contenu de leurs délibérations à huis clos.

[5] L'arbitre a rejeté les objections de la Commission et permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur leurs délibérations et sur leur décision de congédier l'enseignant. Saisie d'une requête en révision judiciaire, la Cour supérieure a cassé la décision de l'arbitre et interdit tout témoignage des membres du comité exécutif, sauf sur le processus formel qui a conduit à leur décision communiquée en séance publique. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rétabli la décision de l'arbitre et permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif, dans les limites usuelles de la pertinence.

[6] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Le principe de l'« inconnaisabilité des motifs » d'un corps législatif et le secret du délibéré ne s'appliquent pas à un employeur public, en l'occurrence la Commission, qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié, et ce, même si un huis clos est décrété. L'interrogatoire des trois membres du comité exécutif de la Commission peut avoir lieu, dans les limites de la pertinence et des autres règles applicables à l'instruction du grief. La compétence de juger de la pertinence des questions qui seront éventuellement posées appartient exclusivement à l'arbitre.

II. Les faits

[7] La Commission est une personne morale de droit public constituée en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3 (« LIP »). Le Syndicat est accrédité en vertu du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27 (« C.t. »), et représente plusieurs salariés de la Commission, dont B, un enseignant en formation professionnelle à son emploi depuis mars 2000.

[8] In the winter of 2009, B's principal asked him to send a declaration concerning his judicial record to the Board's human resources unit. As a result of amendments made to the *EA* in 2006 (S.Q. 2005, c. 16), a school board must "ensure" that "persons who work with minor students and persons who are regularly in contact with minor students . . . have no judicial record relevant to their functions within that . . . board" (s. 261.0.2). The *EA* provides for a mechanism enabling the board to require a job applicant or an employee to send it a declaration concerning his or her judicial record (ss. 261.0.1 to 261.0.6). Where a school board notes that a person holding a teaching licence has a record it considers relevant to that person's functions, it must notably inform the Minister of that fact (s. 261.0.7), and the Minister may refuse to renew the licence or may suspend or revoke it or attach conditions to it (s. 34.3).

[9] The *EA*'s scheme for verifying records provides an exception for an offence for which a "pardon" has been obtained (s. 34.3 para. 1(1) and s. 258.1 para. 1(1)). The *EA* thus reflects the protection provided for in s. 18.2 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 ("*Quebec Charter*"):

18.2. No one may dismiss, refuse to hire or otherwise penalize a person in his employment owing to the mere fact that he was convicted of a penal or criminal offence, if the offence was in no way connected with the employment or if the person has obtained a pardon for the offence.

[10] The word "pardon" as used in s. 18.2 of the *Quebec Charter* includes the "pardon" provided for at the time in the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47 ("*CRA*"): *Montréal (City) v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698, at para. 14. Moreover, as is authorized by s. 258.4 *EA*, the Minister prepared a guide entitled *Verification of Judicial Records: Information Guide for School Boards and Private Schools in Québec* (2011), to which the appellants refer in their factum. This guide deals, among other subjects, with pardons (p. 13).

[8] À l'hiver 2009, le directeur de B lui demande de transmettre au service des ressources humaines de la Commission une déclaration relative à ses antécédents judiciaires. En vertu de modifications apportées à la *LIP* en 2006 (L.Q. 2005, c. 16), une commission scolaire doit « s'assure[r] » que « les personnes qui œuvrent auprès de ses élèves mineurs et celles régulièrement en contact avec eux [. . .] n'ont pas d'antécédents judiciaires en lien avec leurs fonctions au sein de cette commission » (art. 261.0.2). La *LIP* prévoit un mécanisme de demande d'une déclaration du candidat à l'embauche ou du salarié quant à l'existence d'antécédents judiciaires (art. 261.0.1 à 261.0.6). Dès qu'une commission scolaire constate que le titulaire d'une autorisation d'enseigner possède des antécédents qui, selon elle, sont en lien avec ses fonctions, elle doit notamment en informer le ministre (art. 261.0.7), qui peut refuser de renouveler, suspendre, révoquer ou maintenir sous conditions l'autorisation d'enseigner (art. 34.3).

[9] Le régime de vérification des antécédents de la *LIP* prévoit des exceptions pour les infractions ayant fait l'objet d'un « pardon » (art. 34.3 al. 1(1) et art. 258.1 al. 1(1)). La *LIP* reflète ainsi la protection prévue à l'art. 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* ») :

18.2. Nul ne peut congédier, refuser d'embaucher ou autrement pénaliser dans le cadre de son emploi une personne du seul fait qu'elle a été déclarée coupable d'une infraction pénale ou criminelle, si cette infraction n'a aucun lien avec l'emploi ou si cette personne en a obtenu le pardon.

[10] Le mot « pardon » utilisé à l'art. 18.2 de la *Charte québécoise* comprend la « réhabilitation » prévue à l'époque par la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, c. C-47 (« *LCJ* ») : *Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698, par. 14. Comme l'autorise l'art. 258.4 *LIP*, le ministre a d'ailleurs élaboré un guide intitulé *La vérification des antécédents judiciaires : Guide à l'intention des commissions scolaires et des établissements d'enseignement privés du Québec* (2011), auquel les appelantes renvoient dans leur mémoire.

Thus, under the *EA*, a teacher who obtained a pardon under the *CRA* is exempted from application of the provisions on the verification of judicial records and on notifying the Minister of the existence of such a record.

[11] In March 2009, in response to his principal's request, B indicated that he had been convicted of possession of a prohibited weapon in March 1980, possession of narcotics for the purpose of trafficking in December 1980 and July 1995, and possession of proceeds of crime in June 1996. It is also alleged that B informed the Board's human resources unit that he had applied for a pardon under the *CRA* and that he expected to obtain one in about June 2009. Moreover, the Union submitted that the principal of the training centre at which B taught had been aware of B's record on hiring him nine years earlier.

[12] After examining the declaration with respect to B's judicial record, the director of the human resources unit expressed the opinion that B's record was relevant to his functions as a teacher. A review committee reached the same conclusion. Under the *EA* (s. 261.0.3), however, the final decision on whether an employee's record is relevant to his or her functions must be made by the Board's authorities, that is, by its council of commissioners or its executive committee (ss. 143 and 179).

[13] On June 29, 2009, B was summoned to attend a special meeting of the Board's executive committee. The committee had to determine whether B's judicial record was relevant to his functions and, if it was, decide whether to resiliate his employment contract. B attended the meeting with a union representative. After hearing B in a [TRANSLATION] "partially in camera meeting" (from which the public was excluded), the executive committee ordered a "totally in camera meeting" (from which the teacher and his representative were excluded) in order to deliberate. Upon completion of these two in camera meetings

Ce guide traite entre autres de la réhabilitation, « communément appelée "pardon" » (p. 13). Ainsi, sous le régime de la *LIP*, l'obtention d'une réhabilitation en vertu de la *LCJ* exempte l'enseignant de l'application des dispositions portant sur la vérification des antécédents judiciaires et sur la notification au ministre de leur existence.

[11] En mars 2009, en réponse à la demande de son directeur, B indique avoir été reconnu coupable de possession d'une arme prohibée en mars 1980, de possession de stupéfiants en vue d'un trafic en décembre 1980 et juillet 1995, ainsi que de possession des produits de la criminalité en juin 1996. B aurait aussi avisé le service des ressources humaines de la Commission qu'il avait présenté une demande de réhabilitation en vertu de la *LCJ* et qu'il pensait l'obtenir vers juin 2009. Selon le Syndicat, le directeur du centre de formation où B enseignait était en outre au courant de l'existence de ces antécédents lors de l'embauche de ce dernier, neuf ans auparavant.

[12] Après examen de la déclaration faisant état de ces antécédents judiciaires, le directeur du service des ressources humaines se dit d'avis qu'il existe un lien entre ceux-ci et les fonctions d'enseignant de B. Un comité de réévaluation qui se penche sur la question conclut dans le même sens. Selon la *LIP* (art. 261.0.3), la décision finale sur l'existence d'un lien entre les antécédents d'un employé et les fonctions qu'il occupe appartient cependant aux instances de la Commission, soit le conseil des commissaires ou son comité exécutif (art. 143 et 179).

[13] Le 29 juin 2009, B est convoqué à une séance extraordinaire du comité exécutif de la Commission. Celui-ci doit déterminer s'il existe un lien entre les antécédents de B et ses fonctions et, le cas échéant, prendre une décision sur la résiliation de son contrat de travail. B se présente à la séance accompagné d'un représentant syndical. Après avoir entendu B lors d'un « huis clos partiel » (excluant le public), le comité exécutif décrète un « huis clos total » (excluant l'enseignant et son représentant) pour délibérer. Au terme de ces huis clos partiel et total d'une durée globale de 27 minutes, le comité, siégeant à nouveau de

that lasted a total of 27 minutes, the committee, sitting in public once again, proceeded to adopt resolution No. 238, which terminated B's employment contract.

[14] This resolution listed the offences of which B had been convicted, noted [TRANSLATION] "the provisions of the [EA] concerning judicial records of persons who work with minors" and mentioned the recommendations of the human resources unit and the director general that B's record was relevant to his functions. The executive committee unanimously decided that "the employment relationship between the teacher [B] and the Board [is] resiliated as of this day on the ground of incapacity". In the Board's view, the fact that a teacher has a judicial record that is relevant to his or her functions makes the teacher legally incapable of performing those functions.

[15] On July 2, the Union filed a grievance on B's behalf to contest his dismissal. It alleged that [TRANSLATION] "[t]he procedure for dismissal provided for in the collective agreement was not followed" and that "[t]he board has contravened . . . the [EA] and the Quebec Charter". The Board and the Union are bound by both provincial and local collective agreements. The local agreement provides that the Board may dismiss a teacher for one of the following reasons only: [TRANSLATION] ". . . incapacity, failure to discharge his or her duties, insubordination, misconduct or immorality" (clause 5-7.02). It adds that the employment relationship may be terminated "only after thorough deliberations at a meeting of the board's council of commissioners or executive committee called for that purpose" (clause 5-7.06).

[16] On July 3, the day after the grievance was filed and four days after the employment relationship was terminated, the National Parole Board granted B a pardon under the *CRA*.

[17] The inquiry into the grievance began before arbitrator Jacques Doré on May 12, 2010 and on November 3 and 24 of that same year. After the Board had completed its evidence, the Union began

façon publique, procède à l'adoption de la résolution n° 238 qui met fin au contrat de travail de B.

[14] Cette résolution fait état des condamnations de B, souligne « les dispositions de la [LIP] portant sur les antécédents judiciaires des personnes œuvrant auprès des mineurs » et mentionne les recommandations du service des ressources humaines et de la direction générale voulant que les antécédents judiciaires de B soient en lien avec ses fonctions. Le comité exécutif décide à l'unanimité que « le lien d'emploi de l'enseignant [B] auprès de la Commission [est] résilié à compter de ce jour au motif d'incapacité ». Selon la Commission, le fait pour un enseignant d'avoir des antécédents judiciaires en lien avec ses fonctions le rend juridiquement incapable d'assumer celles-ci.

[15] Dès le 2 juillet, le Syndicat dépose un grief pour le compte de B contestant son congédiement. Le Syndicat allègue que « [l]a procédure de congédiement prévue à la convention collective n'a pas été suivie » et que « [l]a commission contrevient [. . .] à la [LIP] ainsi qu'à la Charte québécoise ». La Commission et le Syndicat sont liés par une convention collective négociée au niveau provincial et par une convention collective locale. Selon cette dernière, la Commission peut congédier un enseignant uniquement pour une des causes suivantes : « . . . incapacité, négligence à remplir ses devoirs, insubordination, inconduite ou immoralité » (clause 5-7.02). De plus, la résiliation du lien d'emploi « ne peut se faire qu'après mûres délibérations à une session du conseil des commissaires ou du comité exécutif de la commission convoquée à cette fin » (clause 5-7.06).

[16] Le 3 juillet, soit le lendemain du dépôt du grief et quatre jours après la résiliation du lien d'emploi, la Commission nationale des libérations conditionnelles octroie à B une réhabilitation en vertu de la *LCJ*.

[17] L'instruction du grief débute devant l'arbitre Jacques Doré le 12 mai 2010 et les 3 et 24 novembre de la même année. Une fois la preuve de la Commission close, le Syndicat commence la présentation

its own by summoning as its first witnesses three members of the executive committee who had been present for the in camera deliberations of June 29, 2009. The Board objected to having them testify, arguing that the motives of individual members of the committee were irrelevant and that deliberative secrecy shielded the members from being examined on what had been said in camera. It asked the arbitrator to limit the scope of the three members' testimony such that they would not be questioned about the in camera deliberations. The Union countered that this testimony would be relevant, admissible and necessary, given that it intended to [TRANSLATION] "contes[t] both the procedure followed and the ground relied on by the employer". The respondent Fédération autonome de l'enseignement ("FAE") intervened in support of the Union's position. The appellant Fédération des commissions scolaires du Québec ("FCSQ") also intervened, asking that the summonses be quashed.

III. Judicial History

A. *Arbitrator's Interlocutory Decision*

[18] The arbitrator rejected the arguments of the Board and the FCSQ and allowed the examination of the members of the executive committee on what had been said in camera. In order to determine in particular whether the committee's deliberations had been [TRANSLATION] "thorough" as required by the collective agreement, he considered it necessary to know their substance, including what had "happened in camera in terms of the information transmitted orally and in writing in the discussions between the members, as well as any objections that were raised, etc." (para. 17). This was especially true given his observation that according to the parties' submissions, the "thorough deliberations" had taken place in camera (para. 14). He noted that "[t]he adjective 'thorough' was not added by the parties to the agreement solely to 'make things look nice'", that it "means something" and that it "adds a dimension to the deliberations" (para. 16).

[19] In the arbitrator's opinion, the fact that a body deliberates in camera does not necessarily mean that it benefits from deliberative secrecy. As well, the fact

de la sienne en assignant à titre de premiers témoins trois membres du comité exécutif présents lors des délibérations tenues à huis clos du 29 juin 2009. La Commission s'oppose à ces témoignages, faisant valoir que les motivations individuelles des membres du comité ne sont pas pertinentes et que le secret du délibéré empêche leur interrogatoire sur ce qui s'est dit à huis clos. Elle demande à l'arbitre de restreindre les témoignages des trois membres du comité afin qu'aucune question ne leur soit posée sur les délibérations tenues à huis clos. Le Syndicat rétorque que ces témoignages sont pertinents, admissibles et nécessaires compte tenu de son intention de « conteste[r] tant la procédure suivie que le motif invoqué par l'employeur ». L'intimée Fédération autonome de l'enseignement (« FAE ») intervient pour appuyer la position du Syndicat. L'appelante Fédération des commissions scolaires du Québec (« FCSQ ») intervient aussi et demande pour sa part que les assignations soient cassées.

III. Historique judiciaire

A. *Sentence interlocutoire de l'arbitre*

[18] L'arbitre rejette les arguments de la Commission et de la FCSQ et permet l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur ce qui s'est dit à huis clos. Afin de déterminer notamment si les délibérations du comité ont été « mûres » comme l'exige la convention collective, il estime qu'il faut en connaître la teneur, y compris ce qui « s'est passé à huis-clos en regard des informations transmises de vive voix et par écrit, aux discussions qui ont eu lieu entre les membres, voire aux objections qui ont été soulevées, etc. » (par. 17). Cela est d'autant plus vrai que, selon l'arbitre, il ressort des prétentions des parties que les « mûres délibérations » ont eu lieu à huis clos (par. 14). Il note que « [l']adjectif "mûres" n'a pas été ajouté par les parties à l'entente uniquement pour "faire joli" », qu'il « a un sens » et qu'il « ajoute une dimension aux délibérations » (par. 16).

[19] Pour l'arbitre, délibérer à huis clos ne signifie pas forcément bénéficier du secret du délibéré. Aussi, la possibilité pour le comité exécutif de décider de

that the executive committee can decide unilaterally to sit in camera should not enable its members to shield themselves from scrutiny by a grievance arbitrator (paras. 18-21). However, he said that he would be prepared to hear the testimony of the executive committee's members in camera, if he received a request to that effect, to ensure that they would be able to speak as freely as in their deliberations (para. 22).

B. *Quebec Superior Court (2012 QCCS 248)*

[20] Delorme J., hearing a motion for judicial review of the arbitrator's interlocutory decision, found that the application of deliberative secrecy is a [TRANSLATION] "question of law that is outside the arbitrator's particular area of expertise and is of interest to all school boards" (para. 19 (CanLII)). He accordingly applied the standard of review of correctness (paras. 17-21).

[21] Delorme J. cited *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, to the effect that deliberative secrecy is the rule for administrative tribunals, but that it can be lifted if a litigant presents valid reasons for believing that the tribunal's process was tainted by procedural errors (paras. 27-28 and 31). He added that this Court had held in *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3, that the intentions of members of a municipal council are irrelevant to the determination of whether a resolution adopted by the council is valid. In Delorme J.'s opinion, these principles apply to a school board's decision to resiliate an employment contract (paras. 30-31). He found that the executive committee's decision to deliberate in camera had rendered its deliberations confidential, adding that, although the committee is not required to hold its meetings in public, it has provided in its rules of procedure that they are to be open to the public [TRANSLATION] "unless it decides otherwise" (para. 24). Because the committee chose to deliberate in camera pursuant to its rules of procedure, that choice must be respected (para. 26).

[22] Delorme J. concluded that the examination could not concern [TRANSLATION] "the underlying

façon unilatérale de siéger à huis clos ne devrait pas permettre à ses membres de se soustraire au contrôle des arbitres de grief (par. 18-21). Il se dit toutefois disposé à entendre les témoignages des membres du comité exécutif à huis clos si on le lui demande, afin que ceux-ci puissent jouir de la même liberté de parole que lors de leurs délibérations (par. 22).

B. *Cour supérieure du Québec (2012 QCCS 248)*

[20] Saisi d'une requête en révision judiciaire de la sentence interlocutoire de l'arbitre, le juge Delorme considère que l'application du secret du délibéré constitue une « question de droit qui est étrangère au domaine d'expertise particulier de l'arbitre et qui présente un intérêt pour l'ensemble des commissions scolaires » (par. 19 (CanLII)). Il applique donc la norme de contrôle de la décision correcte (par. 17-21).

[21] Le juge cite l'arrêt *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, selon lequel le secret du délibéré des tribunaux administratifs serait la règle, bien que ce secret puisse être levé si un justiciable démontre l'existence de raisons sérieuses de croire que le processus suivi est entaché de vices de procédure (par. 27-28 et 31). Il ajoute que, selon l'arrêt *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, les intentions des membres d'un conseil municipal ne sont pas pertinentes pour juger de la validité d'une résolution adoptée par le conseil. Pour le juge, ces principes s'appliquent à la décision d'une commission scolaire de résilier un contrat de travail (par. 30-31). Il estime que la décision du comité exécutif de délibérer à huis clos rend les délibérations confidentielles. Le juge souligne que même si les séances du comité exécutif n'ont pas à être tenues publiquement, ce comité a adopté des règles de procédure qui prévoient que ses séances se tiennent en public, « à moins qu'il n'en décide autrement » (par. 24). Puisque le comité a choisi de délibérer à huis clos en vertu de ses règles de procédure, ce choix doit être respecté (par. 26).

[22] Le juge conclut que l'interrogatoire ne peut porter sur « les motifs au fond ou leur élaboration

reasons or the development of those reasons in the minds of the executive committee’s members” (para. 44). The latter could be compelled to testify only about the “formal process that led to the decision made in the public meeting” (*ibid.*).

C. *Quebec Court of Appeal (2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95)*

[23] The majority of the Court of Appeal, per Bich J.A., allowed the appeals of the Union and the FAE and restored the arbitrator’s interlocutory decision. They, like Delorme J., applied the standard of correctness. In their view, the principle that motives are “unknowable” and deliberative secrecy, on which the Board and the FCSQ relied, are questions of central importance to the legal system as a whole that are outside the arbitrator’s specialized area of expertise and require a uniform and consistent answer to ensure legal order (paras. 39-53).

[24] This being said, Bich J.A. held in light of *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, and *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that a decision with respect to employment, and more specifically with respect to dismissal, made by a public body falls under employment law, whether individual or collective, and not under public law (para. 76). In her opinion, the rule from *Clearwater* does not apply in the case at bar. According to that rule, which is merely a restatement of the principle of relevance, the motives of the members of a public body’s decision-making authority in performing functions of a legislative, regulatory, policy or purely discretionary nature are irrelevant to the determination of whether a decision made in such a context is valid (para. 89). However, the Board is not performing such functions in deciding, as in B’s case, to dismiss an employee (para. 92).

[25] Furthermore, Bich J.A. held that deliberative secrecy does not apply in the instant case, since the executive committee is not an authority that performs adjudicative functions (para. 124). Also, the fact that the executive committee decided unilaterally to meet

dans la pensée des membres du comité exécutif » (par. 44). Ils ne sont contraignables que pour témoigner sur le « processus formel qui a conduit à la décision prise en séance publique » (*ibid.*).

C. *Cour d’appel du Québec (2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95)*

[23] Les juges majoritaires de la Cour d’appel, sous la plume de la juge Bich, accueillent les appels du Syndicat et de la FAE et rétablissent la sentence interlocutoire de l’arbitre. Comme le premier juge, elles appliquent la norme de la décision correcte. Le principe de l’« inconnaissabilité des motifs » et le secret du délibéré qu’invoquent la Commission et la FCSQ seraient des sujets d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, étrangers au domaine d’expertise spécialisé de l’arbitre et exigeant une réponse uniforme et cohérente afin d’assurer l’ordre juridique (par. 39-53).

[24] Cela dit, à la lumière des arrêts *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, et *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la juge Bich estime que la décision d’un corps public en matière d’emploi, et plus spécifiquement en matière de congédiement, relève du droit du travail individuel ou collectif, et non du droit public (par. 76). Elle considère que la règle de l’arrêt *Clearwater* ne s’applique pas en l’espèce. Cette règle, qui ne fait que reprendre le principe de la pertinence, veut que les motifs des membres d’un organe décisionnel d’un corps public, dans l’exercice de ses fonctions législatives, réglementaires, politiques ou purement discrétionnaires, ne sont pas pertinents pour déterminer la validité d’une décision prise dans ce cadre (par. 89). Or, quand la Commission prend la décision de congédier un salarié comme dans le cas de B, elle n’exerce pas de telles fonctions (par. 92).

[25] Par ailleurs, selon la juge Bich, le secret du délibéré ne s’applique guère plus au cas à l’étude, car le comité exécutif n’est pas ici une instance qui exerce des fonctions juridictionnelles (par. 124). En outre, la décision unilatérale du comité exécutif de

in camera is not in itself sufficient to shield its members from being compellable (paras. 102-19).

[26] Bich J.A. noted that the rule of relevance is of general application, including in a proceeding before a grievance arbitrator (para. 59). It is settled law that [TRANSLATION] “the circumstances of and grounds for” a dismissal are relevant to a challenge to the dismissal (paras. 64 and 67). Moreover, clause 5-7.13 of the local collective agreement gives the arbitrator a very broad power to examine the dismissal “from every angle, having regard both to procedure and to substance” (para. 129). This does not, in Bich J.A.’s view, mean “that there are no limits to the questions that can be put to the commissioners who have been summoned” (para. 142). What each decision maker thought at each minute of the deliberations will undoubtedly not be relevant. But it is the arbitrator who must decide whether particular questions are relevant and will further the inquiry into the grievance (para. 143). Bich J.A. noted that if an appellate court were to determine the exact meaning of the expression “thorough deliberations”, it would usurp the grievance arbitrator’s exclusive jurisdiction to interpret the collective agreement (para. 133).

[27] Gagnon J.A., dissenting, would have dismissed the appeals and affirmed Delorme J.’s judgment. Unlike Delorme J., however, he would have quashed the summonses of the executive committee’s members rather than limiting their testimony to the formal process (para. 214). Applying the standard of correctness, Gagnon J.A. concluded that *Clearwater* applies to the decisions of any public collective decision maker, whether acting in a private or public capacity, provided that the communicated decision officially expresses the public body’s will (paras. 172-73). Resolution No. 238 of the Board’s executive committee is one such decision. It speaks for itself and sets out the grounds for dismissal (paras. 177-79). Thus, although the executive committee’s members are in principle compellable (para. 152), given the absence of any allegation of bad faith, examining them would be irrelevant to the determination of whether the dismissal was valid (paras. 174 and 180).

tenir sa séance à huis clos n’est pas en elle-même suffisante pour rendre ses membres incontestables (par. 102-119).

[26] La juge Bich rappelle que la règle de la pertinence est d’application générale, y compris devant les arbitres de grief (par. 59). Or, il est établi que « les circonstances et les motifs » d’un congédiement sont pertinents pour contester celui-ci (par. 64 et 67). D’ailleurs, la clause 5-7.13 de la convention collective locale confère à l’arbitre le pouvoir très large d’examiner le congédiement « sous toutes ses coutures, tant au regard de la procédure que du fond » (par. 129). Cela ne signifie pas, selon la juge Bich, « que l’on peut adresser n’importe quelle question aux commissaires qui ont été assignés » (par. 142). Ce que chacun des décideurs pensait à chaque minute des échanges ne sera sans doute pas pertinent. C’est cependant l’arbitre qui devra décider si les questions posées sont pertinentes et font avancer le débat (par. 143). La juge Bich note qu’un tribunal d’appel qui déterminerait le sens précis à donner à l’expression « mûres délibérations » empiéterait sur la compétence exclusive de l’arbitre de grief d’interpréter la convention collective (par. 133).

[27] Le juge Gagnon, dissident, aurait pour sa part rejeté les appels et confirmé le jugement du juge Delorme. Contrairement à ce dernier, il aurait toutefois cassé les assignations des membres du comité exécutif plutôt que de restreindre leurs témoignages au processus formel suivi (par. 214). Appliquant la norme de la décision correcte, le juge Gagnon conclut que l’arrêt *Clearwater* régit les décisions de tout organe décisionnel collectif public, qu’il agisse à titre privé ou public, dès lors que la décision communiquée exprime officiellement la volonté du corps public (par. 172-173). La résolution n° 238 du comité exécutif de la Commission constitue une telle décision. Elle parle d’elle-même et fait état des causes du congédiement (par. 177-179). Partant, bien que les membres du comité exécutif soient en principe contraignables (par. 152), en l’absence de toute allégation de mauvaise foi, il n’est pas pertinent de les interroger pour statuer sur le bien-fondé du congédiement (par. 174 et 180).

[28] Gagnon J.A. stressed that the employer is not required to show that the deliberations leading up to the adoption of a resolution for dismissal were adequate (para. 162). In his view, the expression [TRANSLATION] “thorough deliberations” is not “a formal qualitative standard” that will, if it is not met, cause a dismissal to be invalid (para. 188). At any rate, he observed, it can be seen from the evidence that the decision to dismiss “was not made lightly” (para. 206).

IV. Issues

[29] The central issue of the appeal is whether the Union may examine the three commissioners, members of the Board’s executive committee, and what the scope of such examinations would be. It will require the Court to determine whether the principle that the motives of a legislative body are “unknowable” and deliberative secrecy are applicable to the facts of this case. It will also be necessary to establish, if the examinations are allowed, what limits will apply to them as a result of the rule of relevance. Before doing this, I must begin by identifying the standard of review that applies to the arbitrator’s decision.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[30] Unlike the judges of the Court of Appeal and the Superior Court, I find that the standard applicable to the arbitrator’s interlocutory decision is reasonableness. Whether the examination of the members of the Board’s executive committee should be allowed is ultimately an evidentiary issue. The arbitrator has exclusive jurisdiction over such matters. In my opinion, a desire, like that of the appellants, to attribute an excessive scope to this Court’s decisions in *Clearwater* and *Tremblay* does not transform this determination into a question of law that is of central importance to the legal system and is outside the arbitrator’s area of expertise, such that the standard of correctness should apply.

[28] Le juge Gagnon souligne que l’employeur n’a pas le fardeau de démontrer le caractère adéquat des délibérations qui ont précédé l’adoption d’une résolution de congédiement (par. 162). Selon lui, l’expression « mûres délibérations » ne constitue pas « une norme formelle de nature qualitative » dont le non-respect invaliderait un congédiement (par. 188). De toute façon, à ses yeux, la preuve démontre que la décision de congédier « ne s’est pas prise à la légère » (par. 206).

IV. Les questions en litige

[29] La question centrale du pourvoi est celle de savoir si et dans quelle mesure les trois commissaires membres du comité exécutif de la Commission peuvent être interrogés par le Syndicat. Cela nécessite de statuer sur l’applicabilité du principe de l’« inconnaisabilité des motifs » d’un corps législatif et du secret du délibéré aux faits de l’espèce. Il faut également cerner, le cas échéant, les contraintes que la règle de la pertinence impose à ces interrogatoires. Avant de m’y attarder, je dois d’abord déterminer quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de l’arbitre.

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[30] Contrairement aux juges de la Cour d’appel et de la Cour supérieure, j’estime que la sentence interlocutoire de l’arbitre est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Permettre l’interrogatoire des membres du comité exécutif de la Commission reste en définitive une question d’administration de la preuve. Une telle détermination relève de la compétence exclusive de l’arbitre. À mon avis, le fait de vouloir conférer, à l’instar des appelantes, une portée démesurée aux arrêts de la Cour dans *Clearwater* et *Tremblay* ne transforme pas cette détermination en une question de droit d’importance capitale pour le système juridique, étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre, au point de devoir l’assujettir à la norme de la décision correcte.

[31] By virtue of the powers conferred on him or her by s. 100.2 *L.C.*, a grievance arbitrator has full authority and exclusive jurisdiction over evidence and procedure in the arbitration process: *Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque*, [1993] 1 S.C.R. 471, at pp. 487 and 491. In disciplinary matters, the arbitrator has jurisdiction to rule both on the procedure followed and on the substance of the impugned measure: s. 100.12(f) *L.C.*; F. Morin and R. Blouin, with the assistance of J.-Y. Brière and J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6th ed. 2012), at pp. 587-88; D. J. M. Brown and D. M. Beatty, with the assistance of C. E. Deacon, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 7-162 to 7-163. He or she also has exclusive jurisdiction to interpret the collective agreement between the parties: ss. 100 and 1(f) *L.C.*; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at paras. 50 and 58; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, at p. 552. The arbitrator in the instant case was asked to interpret, in particular, the expression [TRANSLATION] “thorough deliberations” used in clause 5-7.06 of the agreement between the Board and the Union. In his decision, he concluded that he would have to hear the testimony of the executive committee’s members in order to determine whether clauses 5-7.02 and 5-7.06 of that agreement had been complied with when B was dismissed. Clause 5-7.13 provides that he “may annul the . . . decision if the prescribed procedure was not followed or if the grounds for dismissal were unfounded or did not constitute a sufficient basis for dismissal”.

[32] In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, the Court stated that when an administrative tribunal interprets or applies its home statute, there is a presumption that the standard of review applicable to its decision is reasonableness: paras. 39 and 41; see also *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 35; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paras. 26 et 28; *Dunsmuir*, at para. 54. That presumption applies in the case at bar. The arbitrator’s decision to allow the Union to examine the executive committee’s members was based on his conclusion

[31] En vertu des pouvoirs qui lui sont dévolus par l’art. 100.2 *C.t.*, l’arbitre de grief est maître de la preuve et de la procédure lors de l’arbitrage et il a compétence exclusive à cet égard : *Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471, p. 487 et 491. En matière disciplinaire, il est compétent pour statuer tant sur la procédure suivie que sur le fond de la mesure attaquée : al. 100.12f) *C.t.*; F. Morin et R. Blouin, avec la collaboration de J.-Y. Brière et J.-P. Villaggi, *Droit de l'arbitrage de grief* (6^e éd. 2012), p. 587-588; D. J. M. Brown et D. M. Beatty, avec la collaboration de C. E. Deacon, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 7-162 à 7-163. Il a également compétence exclusive pour interpréter la convention collective liant les parties : art. 100 et al. 1f) *C.t.*; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 50 et 58; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, p. 552. Ici, l’arbitre était notamment appelé à interpréter l’expression « mûres délibérations » de la clause 5-7.06 de la convention liant la Commission et le Syndicat. Dans sa sentence, il a conclu qu’il était nécessaire d’entendre les témoignages des membres du comité exécutif afin de statuer sur le respect des clauses 5-7.02 et 5-7.06 de cette convention lors du congédiement de B. Aux termes de la clause 5-7.13, il « peut annuler la décision [. . .] si la procédure prescrite n’a pas été suivie ou si les motifs de renvoi ne sont pas fondés ou ne constituent pas une raison suffisante de renvoi ».

[32] Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, la Cour indique qu’il existe une présomption voulant que la décision d’un tribunal administratif interprétant ou appliquant sa loi habilitante est assujettie au contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable : par. 39 et 41; voir aussi *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26 et 28; *Dunsmuir*, par. 54. Cette présomption s’applique en l’espèce. La décision de l’arbitre de permettre l’interrogatoire des membres du comité exécutif par le

that their testimony would be helpful to him in determining whether the collective agreement and the legislation had been complied with. This conclusion flowed from his interpretation of the local agreement between the parties and of the *EA*. His home statute, the *Labour Code*, provides that an arbitrator may “interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance” (s. 100.12(a)). The Court has held that a reviewing court owes the greatest possible deference to an interpretation of provisions of the *EA* by a grievance arbitrator in an educational setting: *Syndicat de l’enseignement du Grand-Portage v. Morency*, 2000 SCC 62, [2000] 2 S.C.R. 913, at para. 1.

[33] The presumption is reinforced by the fact that the Court has held that the usual standard for judicial review of decisions of grievance arbitrators is reasonableness: *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 7; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 8; *Dunsmuir*, at para. 68. The Court added in *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, that this standard is equally appropriate where the arbitrator applies or adapts, for example, common law and equitable doctrines that emanate from the courts (paras. 5-6, 31 and 44-45). This is because the grievance arbitrator is part of a discrete and special administrative scheme under which the decision maker has specialized expertise. In Quebec, moreover, the grievance arbitrator is protected by general full privative clauses: ss. 139, 139.1 and 140 *L.C.*; *United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323, at para. 89.

[34] The presumption from *Alberta Teachers* has not been rebutted in the instant case. The issues in this case are not included in the narrow class of issues identified in *Dunsmuir* for which the applicable

Syndicat est basée sur sa conclusion que leurs témoignages seront utiles à la détermination du respect de la convention collective et de la loi. Cette conclusion découle de son interprétation de la convention locale liant les parties ainsi que de la *LIP*. Sa loi habilitante, le *Code du travail*, prévoit que l’arbitre peut « interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d’un grief » (al. 100.12a)). La Cour a établi que l’interprétation faite par un arbitre de grief en milieu scolaire de dispositions de la *LIP* doit recevoir le plus haut degré de déférence des tribunaux de révision : *Syndicat de l’enseignement du Grand-Portage c. Morency*, 2000 CSC 62, [2000] 2 R.C.S. 913, par. 1.

[33] Cette présomption est renforcée par le fait que, selon la jurisprudence, la révision judiciaire des sentences rendues par les arbitres de grief est généralement assujettie à la norme de la décision raisonnable : *Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 7; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 8; *Dunsmuir*, par. 68. Dans *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, la Cour précise que cette norme de contrôle prévaut tout autant lorsque l’arbitre applique ou adapte par exemple des doctrines de common law et d’equity émanant des tribunaux (par. 5-6, 31 et 44-45). Cela s’explique par le fait que l’arbitrage de grief constitue un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spécialisée. Au Québec, les arbitres de grief bénéficient du reste de clauses privatives générales intégrales : art. 139, 139.1 et 140 *C.t.*; *Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323, par. 89.

[34] La présomption établie par l’arrêt *Alberta Teachers* n’est pas réfutée ici. Les questions que soulève le litige ne font pas partie de la catégorie restreinte de questions pour lesquelles l’arrêt *Dunsmuir*

standard is correctness. As the Court explained in *Dunsmuir*, that standard can apply to questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and are outside the decision maker's area of expertise (paras. 55 and 60). Such questions must sometimes be dealt with uniformly by courts and administrative tribunals “[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole” (para. 60). However, questions of this nature are rare and tend to be limited to situations that are detrimental to “consistency in the fundamental legal order of our country”: *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Mowat*”), at para. 22; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paras. 26-27; see also *Dunsmuir*, at para. 55.

[35] Bich J.A. maintained that the questions related to the principle that motives are “unknowable” and deliberative secrecy are of central importance to the legal system because they concern [TRANSLATION] “all decisions made by public (or even private) bodies that act through collective decision-making authorities” (para. 49). In her opinion, they are questions that could be raised not only before arbitrators or administrative tribunals, but also in any court of law. She stressed that these questions do not form part of “the arbitrator’s specialized area of adjudicative expertise” (para. 51). With respect, this characterization seems to disregard what the appellants are actually asking for and what the arbitrator ultimately decided.

[36] The arbitrator was asked, in the context of his interpretation of the *Labour Code*, the *EA* and the collective agreement between the parties, to decide on the application of well-known and uncontroversial rules and principles. On the one hand, while it is true that this Court has never applied *Clearwater* to facts like the ones in the case at bar, the scope of that case was clearly defined by Binnie J., who stated that the “rule” in question related to whether the testimony of members of a legislative body would be relevant (para. 45). In their respective reasons, both

prévoit l’application de la norme de la décision correcte. Selon *Dunsmuir*, cette norme peut s’appliquer aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui se situent hors du domaine d’expertise du décideur (par. 55 et 60). De telles questions doivent parfois être traitées de façon uniforme par les tribunaux judiciaires et administratifs, « étant donné [leurs] répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble » (par. 60). Cependant, les questions de cette nature restent rares et se limitent le plus souvent à des situations qui mettent en cause la « cohérence de l’ordre juridique fondamental du pays » : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 22; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 26-27; voir aussi *Dunsmuir*, par. 55.

[35] La juge Bich soutient que les questions relatives au principe de l’« inconnaisabilité des motifs » et au secret du délibéré revêtent une importance capitale pour le système juridique parce qu’elles touchent « l’ensemble des décisions prises par les corps publics (voire même privés) agissant par l’entremise d’organes décisionnels collectifs » (par. 49). Elle opine que ce sont des questions susceptibles d’être soulevées non seulement devant des arbitres ou des tribunaux administratifs, mais aussi devant toute cour de justice. Elle souligne que ces questions ne font pas partie du « champ spécialisé de l’expertise juridictionnelle de l’arbitre » (par. 51). Avec égards, j’estime que cette qualification fait abstraction de ce que les appelantes demandent en réalité et de ce que l’arbitre a en définitive décidé.

[36] Dans le contexte de son interprétation du *Code du travail*, de la *LIP* et de la convention collective liant les parties, l’arbitre était appelé à statuer sur l’application de règles et de principes bien connus et non controversés. D’une part, même si la Cour n’a jamais appliqué l’arrêt *Clearwater* à des faits semblables à ceux de l’espèce, la portée de cette décision est clairement délimitée par les propos du juge Binnie qui indiquent que la « règle » en cause vise la pertinence des témoignages des membres d’un corps législatif (par. 45). Dans leurs

Delorme J. (at para. 29) and Bich J.A. (at para. 46) referred to “relevance” to characterize what must be considered as a result of *Clearwater*. Because the arbitrator has full authority over evidence and procedure in an inquiry into a grievance, it is up to the arbitrator to apply the rule of relevance to the facts of the case in such a way as he or she deems helpful for the purpose of ruling on the grievance. This is exactly what the arbitrator did in the instant case in concluding that what took place in the executive committee’s in camera deliberations was relevant. A reviewing court owes deference to the arbitrator’s decision. Moreover, the appellants themselves recognize in this Court that their arguments against allowing the commissioners to be called to testify about those deliberations are based on the question whether that testimony would be relevant. With this in mind, applying the standard of correctness cannot be justified.

[37] On the other hand, as regards deliberative secrecy, its scope is well known. The appellants are not asking that this scope be expanded. Bich J.A. agreed on this point when she wrote that the appellants [TRANSLATION] “are employing a concept here that does not apply in the circumstances” (para. 123). As a result, all the arbitrator had to do in this regard was to apply a known rule in order to decide whether deliberative secrecy shielded the executive committee’s deliberations in the context of B’s dismissal. In light of the arbitrator’s broad jurisdiction over evidence and procedure, this does not amount to a question of law of central importance that is outside his area of expertise.

[38] Although my colleague Côté J. does not call the reasonableness of the arbitrator’s decision into question, she finds that the standard of correctness should apply to it instead. On this point, her concurring reasons stray, in my humble opinion, from the Court’s decisions in *Nor-Man, Alberta Teachers* and *Dunsmuir*, among others. The questions of evidence and procedure that arise here with respect to the principle that motives are “unknowable” and to deliberative secrecy in the context of an employer’s collective decision-making authority are not outside the arbitrator’s area of expertise. Nor does the application of that principle and of deliberative secrecy to

motifs respectifs, tant le juge Delorme (par. 29) que le juge Bich (par. 46) renvoient à cette notion de pertinence pour qualifier le débat qui découle de cet arrêt. Puisque l’arbitre est maître de la preuve et de la procédure lors de l’instruction d’un grief, il lui appartient d’appliquer la règle de la pertinence aux faits du dossier selon ce qu’il considère utile pour trancher le grief. C’est précisément ce que l’arbitre a fait ici en concluant à la pertinence du contenu des délibérations tenues à huis clos par le comité exécutif. Cette décision bénéficie de la déférence du tribunal siégeant en révision. D’ailleurs, les appelantes reconnaissent elles-mêmes devant nous que leurs arguments sur l’inadmissibilité des témoignages relatifs à ces délibérations sont fondés sur une évaluation de la pertinence de ces témoignages. Dans ce contexte, une révision selon la norme de la décision correcte ne se justifie pas.

[37] D’autre part, quant au secret du délibéré cette fois, les balises de son champ d’application sont bien connues. Les appelantes ne demandent pas de les élargir. La juge Bich en convient quand elle écrit à ce sujet que ces dernières « usent ici d’un concept qui ne s’applique pas aux circonstances » (par. 123). Aussi, à ce chapitre, l’arbitre n’avait qu’à appliquer une règle connue pour décider si le secret du délibéré protégeait ou non les délibérations du comité exécutif dans le cadre du congédiement de B. Il n’y a là aucune question de droit d’importance capitale qui soit hors du champ d’expertise de l’arbitre étant donné sa large compétence en matière de preuve et de procédure.

[38] Tout en ne remettant pas en question le caractère raisonnable de la décision de l’arbitre, ma collègue, la juge Côté, estime que la norme de la décision correcte devrait plutôt s’y appliquer. Sous ce rapport, ses motifs concordants s’inscrivent à mon humble avis à contre-courant des arrêts de la Cour dans *Nor-Man, Alberta Teachers* et *Dunsmuir* notamment. Les questions de preuve et de procédure qui se soulèvent ici au regard du principe de l’« inconnaisabilité des motifs » et du secret du délibéré d’un organe décisionnel collectif d’un employeur ne sont pas étrangères au domaine d’expertise de l’arbitre. L’application de ce principe et de ce secret

a fact situation characteristic of a dismissal amount to a question that is detrimental to consistency in the country's fundamental legal order. Once this is established, maintaining that the concepts at issue do not fall solely within the arbitrator's expertise in the area or jurisdiction over the matter (paras. 82 and 84 of my colleague's reasons), or that one of them is a general principle of law that applies to other legal fields (para. 82 of her reasons), is not in my opinion enough to justify dispensing with the deferential standard that is required in such a case: *Nor-Man*, at para. 55, citing the majority in *Smith*, at para. 26, and *Dunsmuir*, at para. 60; *Mowat*, at para. 23.

[39] In the instant case, in light of the information available to him at the time of the summonses, and of the content of the collective agreement and the applicable legislation, the arbitrator allowed the examination of the members of the Board's executive committee in the grievance proceeding before him. It is this decision that is at issue in the judicial review proceedings, and it was reasonable. The reasons for the arbitrator's decision are transparent and intelligible, and the justification given for it is sufficient; it falls within a range of possible acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law (*Dunsmuir*, at para. 47). Neither the argument that the motives were "unknowable" nor that of deliberative secrecy, on which the appellants rely, counters this conclusion. At this point, all the arbitrator has done is to allow the examination of the members of the executive committee to begin. He has not yet ruled on the relevance of specific questions, as none had been asked yet when the Board objected to the witnesses being called.

B. *Motives are "Unknowable"*

[40] The appellants submit that the arbitrator erred in not applying the principle that motives are "unknowable" when he allowed the examination of the executive committee's members. In the appellants' opinion, the Court held in *Clearwater* that a rule to this effect applies to any collective decision-making body that makes a decision in writing. The motives of such a body are never relevant to a review by a court, arbitrator or administrative tribunal of the validity of an impugned decision. Thus, the appellants

à une situation factuelle propre à un congédiement ne se qualifie pas non plus de question qui met en cause la cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. Une fois cela acquis, il ne suffit pas selon moi de soutenir que les concepts traités ne relèvent pas uniquement de l'expertise ou de la compétence de l'arbitre en la matière (par. 82 et 84 des motifs de ma collègue), ou que l'un de ceux-ci constitue un principe de droit général applicable à d'autres domaines du droit (par. 82 de ses motifs), pour écarter la norme de déférence qui s'impose dans un tel cas : *Nor-Man*, par. 55, citant la majorité dans *Smith*, par. 26, et *Dunsmuir*, par. 60; *Mowat*, par. 23.

[39] En l'espèce, devant l'information à sa disposition au moment des assignations et la teneur de la convention collective et des lois applicables, l'arbitre a permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif de la Commission dans le cadre du grief dont il était saisi. C'est cette décision qui fait l'objet de la révision judiciaire au cœur du débat et elle était raisonnable. Les motifs de la sentence rendue sont transparents et intelligibles et sa justification, bien étayée; elle appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, par. 47). Ni l'argument de l'« inconnaisabilité des motifs », ni celui du secret du délibéré qu'invoquent les appelantes ne font échec à cette conclusion. À ce stade, l'arbitre a simplement permis que débute le témoignage des membres du comité exécutif. Il n'a pas encore statué sur la pertinence de questions particulières puisqu'aucune n'avait encore été posée quand la Commission s'est opposée aux témoignages.

B. *L'« inconnaisabilité des motifs »*

[40] Les appelantes reprochent à l'arbitre d'avoir écarté le principe de l'« inconnaisabilité des motifs » en permettant l'interrogatoire des membres du comité exécutif. Selon elles, l'arrêt *Clearwater* de la Cour reconnaît un tel principe d'« inconnaisabilité des motifs » à tout organe décisionnel collectif qui prend une décision par écrit. Ces motifs ne seraient jamais pertinents pour procéder à l'examen judiciaire, arbitral ou administratif du bien-fondé de la décision attaquée. Ainsi, toujours selon les

argue, because the Board's executive committee recorded the result of its decision-making process in a resolution, that resolution sets out everything that is needed to explain the decision to dismiss teacher B. The motives of the individual committee members are not relevant, as the resolution is proof of its content.

[41] To the appellants, the principle that motives are "unknowable" must apply to every public body, regardless of whether its acts are public or private in nature, as well as to every private body. The sole criterion for finding that the motives of such a body are "unknowable" is the requirement that it act collectively and speak by way of a resolution or other official document, such that the decision is made by no individual member.

[42] In my opinion, the appellants are wrong. Their argument attributes an excessive scope to *Clearwater*. It was reasonable for the arbitrator to choose not to apply that case to the decision of the Board's executive committee to dismiss its teacher.

[43] In *Clearwater*, a land developer was contesting the validity (in the sense of legality or *vires*) of a resolution adopted by a municipal council. The developer wanted to show that the council had acted unlawfully in authorizing, by way of resolution, a judicial inquiry into transactions involving the developer. To prove this, it sought to summon as witnesses certain members of the municipal council who had voted for the resolution.

[44] This Court rejected this attempt to summon the municipal council members. In the key passage quoted by the appellants, Binnie J. wrote the following:

The motives of a legislative body composed of numerous persons are "unknowable" except by what it enacts. Here the municipal Council possessed the [power under s. 100 of its enabling legislation] and exercised it in the form of a resolution which speaks for itself. While some members of the present or previous Sarnia Council may have made statements which suggest a desire to unmask

appelantes, puisque le comité exécutif de la Commission a consigné le fruit de son processus décisionnel dans une résolution, cette dernière exprimerait tout ce qui est nécessaire pour expliquer la décision de congédier l'enseignant B. Les motifs individuels des membres de ce comité ne seraient pas pertinents, la résolution faisant foi de son contenu.

[41] Pour les appelantes, le principe de l'« inconnaisabilité des motifs » devrait s'appliquer à tout organe public, qu'il pose des actes de nature publique ou privée, ainsi qu'à tout organe privé. Le seul critère qui rendrait les motifs d'un tel organe « inconnaisables » est l'exigence qu'il agisse collectivement et s'exprime par voie de résolution ou d'écrit officiel, de sorte que la décision n'appartient à aucun de ses membres pris individuellement.

[42] J'estime que les appelantes se trompent. Leur argument donne une portée démesurée à l'arrêt *Clearwater*. L'arbitre a agi de façon raisonnable en choisissant de ne pas y adhérer dans le contexte de la décision du comité exécutif de la Commission de congédier son enseignant.

[43] L'arrêt *Clearwater* concernait la contestation par un promoteur immobilier de la validité (dans le sens de légalité ou *vires*) d'une résolution adoptée par un conseil municipal. Le promoteur souhaitait démontrer que le conseil avait agi de manière illégale en autorisant par voie de résolution une enquête judiciaire sur ses opérations. Afin d'en faire la preuve, il cherchait à faire témoigner des membres du conseil municipal qui avaient voté pour l'adoption de la résolution.

[44] La Cour a rejeté cette tentative d'assigner les membres du conseil municipal. Dans le passage clé cité par les appelantes, le juge Binnie écrit ceci :

Les motifs d'un corps législatif composé de nombreuses personnes sont « inconnaisables », à l'exception de ce qui ressort des dispositions qu'il adopte. En l'espèce, le conseil municipal avait le pouvoir prévu à l'art. 100 [de sa loi habilitante], et l'a exercé sous forme de résolution qui parle d'elle-même. Même si certains membres de l'ancien ou de l'actuel conseil municipal de Sarnia ont

alleged misconduct, the inquiry will not be run by city councillors but by . . . a Superior Court judge, who will take his direction from the s. 100 Resolution, not from press reports of comments of some of the city politicians. Accordingly the courts below were correct to quash the summonses and strike from the record certain other evidence. While courts should be slow to interfere with a party's effort to build its case, they should set aside summonses where, as here, the evidence sought to be elicited has no relevance to a live issue in the judicial review applications . . . [Emphasis added; para. 45.]

[45] It is true that *Clearwater* concerned the relevance of a legislative body's motives and that, in that case, the summonses were quashed on the basis that they were not relevant. But it is wrong to say that *Clearwater* established a rule of relevance that applies to every collective decision made by a decision-making body by means of an official document regardless of the nature of the decision or of the body making it. Rather, the "unknowable" motives in question are those that led a legislative body to adopt provisions of a legislative nature, that is, to carry out acts of a public nature. There is nothing in Binnie J.'s analysis to support extending his conclusion respecting irrelevance in the manner suggested by the appellants.

[46] In *Clearwater*, Binnie J. relied, *inter alia*, on *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, noting that "[t]his case provides a good illustration of why the rule in *Thorne's Hardware . . .* is salutary" (para. 44). However, the claim in *Thorne's Hardware* had been that an order in council made by the Governor in Council that extended the limits of a port was unlawful and discriminatory. The parties contesting the decision wished to adduce the Governor in Council's motives in evidence. Dickson J. (as he then was) wrote that "[d]ecisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings" (p. 111). Because of this, "[i]t is neither our duty nor our right to investigate the motives which impelled the federal Cabinet to pass the [impugned] Order in

pu faire des déclarations qui traduisent une volonté d'exposer au grand jour une prétendue inconduite, l'enquête sera menée non pas par des conseillers municipaux, mais par [. . .] un juge de cour supérieure, qui s'en remettra aux directives prévues dans la résolution fondée sur l'art. 100, et non aux commentaires de certains politiciens municipaux relatés dans la presse. En conséquence, les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison d'annuler les assignations et de radier du dossier certains autres éléments de preuve. Bien que les tribunaux doivent hésiter à entraver les efforts déployés par une partie pour établir sa preuve, ils devraient annuler les assignations si, comme en l'espèce, la preuve que l'on cherche à obtenir n'a rien à voir avec une question soulevée dans les demandes de contrôle judiciaire . . . [Je souligne; par. 45.]

[45] Il est vrai que l'arrêt *Clearwater* traite de la pertinence des motifs d'un corps législatif et que, dans cet arrêt, les assignations ont été annulées en raison de leur non-pertinence. Cependant, il est inexact d'affirmer que l'arrêt *Clearwater* établit une règle de pertinence applicable à toute décision collective prise par un organe décisionnel dans un écrit officiel, peu importe la nature de la décision ou du corps qui l'adopte. Les motifs « inconnaisables » sont plutôt ceux qui sont propres à un corps législatif lorsqu'il adopte des dispositions de nature législative, c'est-à-dire lorsqu'il pose des gestes de nature publique. Rien dans l'analyse du juge Binnie ne permet d'étendre sa conclusion sur la non-pertinence comme le suggèrent les appelantes.

[46] Dans *Clearwater*, le juge Binnie s'appuie entre autres sur l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106, et fait remarquer que « [l]a présente affaire illustre bien la raison pour laquelle la règle de l'arrêt *Thorne's Hardware* [. . .] est salutaire » (par. 44). Or, dans *Thorne's Hardware*, on contestait comme illégal et discriminatoire un décret pris par le gouverneur en conseil qui étendait les limites d'un port. Les parties qui contestaient la décision voulaient mettre en preuve les motifs du gouverneur en conseil. Dans cette affaire, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrit que « [l]es décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires » (p. 111). Par conséquent, « [n]ous n'avons ni le droit

Council” (*Thorne’s Hardware*, at p. 112). Given that the Governor in Council’s decision was purely one of policy and was discretionary in nature, the motives behind it were not relevant to the determination of whether it was lawful. In that case, too, whether the motives of the body that had made the decision were relevant depended on the nature of the decision itself.

[47] In my opinion, Bich J.A. was right that the rule from *Clearwater*, to the extent that it can in fact be regarded as distinct from the simple rule of relevance, applies only to decisions of a legislative, regulatory, policy or purely discretionary nature made by public bodies (para. 95). In other words, it applies to decisions made by a public body when it carries out acts of a public nature. In the case at bar, the executive committee’s decision was made in a completely different context. Resolution No. 238 concerned a decision to dismiss one of the Board’s teachers under the procedure provided for in the collective agreement.

[48] In *Dunsmuir*, this Court held that in the context of an employment contract, the dismissal of a public sector employee is as a general rule governed by the law of contracts and employment law, and not by public law principles. Bastarache and LeBel JJ., writing for the majority, stated that “the existence of a contract of employment, not the public employee’s status as an office holder, is the crucial consideration” (para. 102). Thus, where a contractual relationship exists between an employee and a public employer, “disputes relating to dismissal should be resolved according to the express or implied terms of the contract of employment and any applicable statutes and regulations” (para. 113).

[49] In that case, the Court relied on its earlier decision in *Wells*, in which it had rejected the argument that the principles of public law (namely those of administrative law) are applicable to a dispute concerning the employment of a public servant:

While the terms and conditions of the contract may be dictated, in whole or in part, by statute, the employment

ni l’obligation de mener une enquête sur les motifs qui ont pu inciter le cabinet fédéral à prendre le décret [contesté] » (*Thorne’s Hardware*, p. 112). La décision du gouverneur en conseil étant de nature purement politique et discrétionnaire, les motifs qui la sous-tendent étaient non pertinents pour juger de la légalité de la décision. Là encore, la nature particulière de la décision déterminait la pertinence des motifs du corps qui l’avait prise.

[47] À mon avis, la juge Bich a raison d’affirmer que la règle de *Clearwater*, dans la mesure où on peut effectivement la considérer comme distincte de la simple règle de la pertinence, ne concerne que les décisions de nature législative, réglementaire, politique ou purement discrétionnaire des organes publics (par. 95). Autrement dit, la règle s’applique lorsqu’il s’agit de décisions prises par un organe public qui pose des actes de nature publique. Or, en l’espèce, la décision du comité exécutif s’inscrit dans un tout autre contexte. La résolution n° 238 concerne la décision de congédier un enseignant de la Commission en vertu de la procédure prévue à la convention collective.

[48] Dans *Dunsmuir*, la Cour a conclu que, en présence d’un contrat de travail, le congédiement d’un employé du secteur public est en règle générale régi par le droit des contrats et le droit du travail, et non par les principes du droit public. Dans leurs motifs majoritaires, les juges Bastarache et LeBel indiquent que « c’est l’existence d’un contrat d’emploi, et non la qualité de titulaire de charge publique de l’employé, qui est déterminante » (par. 102). Par conséquent, en présence d’un lien contractuel entre un salarié et son employeur public, « tout différend relatif au congédiement doit être réglé comme le prévoit expressément ou implicitement le contrat d’emploi et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables » (par. 113).

[49] Dans cet arrêt, la Cour s’appuyait sur son arrêt antérieur *Wells*, où elle avait rejeté l’argument selon lequel les principes du droit public (en l’occurrence, du droit administratif) sont applicables à un différend relatif à l’emploi d’un fonctionnaire :

Bien que les conditions d’un contrat puissent être prévues, en totalité ou en partie, par une loi, la relation du

relationship remains a contract in substance and the general law of contract will apply unless specifically superseded by explicit terms in the statute or the agreement. [para. 30]

Since *Wells*, it is established that the principles of contract law are presumed to apply to the majority of public sector jobs, the exception being where there is an express statutory provision to the contrary: P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 336. The Court held that this rule applied in a context in which “[t]he majority of civil servants . . . are unionized and employed under collective agreements which define the terms of their work as well as the Crown’s obligations towards them”: *Wells*, at para. 23; Hogg, Monahan and Wright, at p. 336. The fact that relationships between employees and public employers are often governed by collective agreements has no impact on the application of the conclusions reached by the Court in *Dunsmuir*.

[50] In the instant case, even though the Board is a legal person established in the public interest under the *EA*, it was acting as an employer when it decided to dismiss teacher B by way of a resolution of its executive committee. That decision had an effect on the employment contract between B and the Board and was made in the context of a process provided for in the collective agreement between the parties. It was not a decision of a legislative, regulatory, policy or discretionary nature. Rather, it was made in the context of the very type of contractual relationship that was at issue in *Dunsmuir* and *Wells*. In reviewing such a decision, a grievance arbitrator applies the principles of employment law that are applicable to any dismissal. As a result, this case is clearly distinguishable from *Clearwater*. A rule of relevance based on the public nature of an impugned decision does not apply here.

[51] This conclusion is further strengthened by the appellants’ acknowledgment that the executive committee’s members can at the very least be compelled to testify on certain aspects of the in camera deliberations and on the grounds for the dismissal. They conceded at the hearing before us that the Union can, among other things, ask the members if, in

travail demeure fondamentalement un contrat et le droit général en matière de contrat s’applique, à moins que des termes explicites dans la loi ou l’entente ne le remplacent expressément. [par. 30]

Depuis *Wells*, il est acquis que la majorité des emplois dans le secteur public sont présumés être régis par les règles du droit des contrats, à moins d’une disposition législative expresse au contraire : P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 336. La Cour a reconnu que cette règle s’applique dans un contexte où « la majorité des fonctionnaires sont syndiqués et bénéficient de conventions collectives qui définissent leurs conditions de travail ainsi que les obligations de la Couronne à leur égard » : *Wells*, par. 23; Hogg, Monahan et Wright, p. 336. Le fait que, dans plusieurs cas, la relation entre un salarié et son employeur public soit régie par une convention collective n’a aucune incidence sur l’application des conclusions de la Cour dans *Dunsmuir*.

[50] Dans le cas présent, même si la Commission est une personne morale de droit public constituée en application de la *LIP*, elle agissait à titre d’employeur en prenant la décision de congédier l’enseignant B par résolution de son comité exécutif. Cette décision a eu un effet sur le contrat de travail liant B à la Commission et a été prise dans le cadre d’un processus prévu par la convention collective qui lie les parties. Elle n’est pas de nature législative, réglementaire, politique ou discrétionnaire. Elle s’inscrit plutôt précisément dans le cadre d’une relation contractuelle telle que celles visées par *Dunsmuir* et *Wells*. Le contrôle ou la révision d’une telle décision par l’arbitre de grief se fait en application des principes du droit du travail applicables à tout congédiement. Par conséquent, la présente affaire se distingue nettement de l’arrêt *Clearwater*. Une règle de pertinence basée sur la nature publique de la décision contestée ne trouve pas application ici.

[51] Cette conclusion s’impose d’autant plus en raison de la reconnaissance par les appelantes du fait que les membres du comité exécutif sont contraignables pour, à tout le moins, témoigner sur certains aspects des délibérations tenues à huis clos et sur le fond du congédiement. À l’audience devant nous, elles concèdent en effet que le Syndicat peut entre

their deliberations, they considered the possibility of B's being pardoned or if they thought that the EA requires an automatic dismissal as soon as the executive committee concludes that an employee's judicial record is relevant to his or her functions. This concession is poles apart from Binnie J.'s conclusion in *Clearwater* that the members of the municipal council could in no way be called to testify on the motives behind their decision to adopt a resolution.

[52] Furthermore, it is quite hard to distinguish questions concerning the process that led to a decision from questions concerning the motives behind the decision. A single question could be useful for determining both whether the process was lawful and whether the disciplinary sanction satisfies the substantive requirements provided for in the collective agreement and in labour legislation. For example, the question whether the members of the executive committee considered the existence of B's application for a pardon might be relevant to the assessment of the process followed by the committee. The same question might also be relevant to the assessment of the validity of the committee's substantive decision.

[53] This leads me to conclude that it was reasonable for the arbitrator to rule that he needed to know what had taken place in camera in order to determine whether the executive committee's deliberations had been thorough. His decision on this point was consistent with those of several grievance arbitrators who had in the past allowed the examination of school board officials regarding in camera deliberations in disciplinary matters: *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent v. Commission scolaire des Monts-et-Marées* (2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481, at paras. 59-60 and 66-69; *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer v. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île* (2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049, at pp. 1051-52; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf C.E.Q. v. Commission scolaire de Portneuf* (1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722; *Association des enseignants*

autres demander aux membres du comité exécutif s'ils ont considéré l'éventuelle réhabilitation de B dans leur réflexion ou s'ils pensaient que la LIP exige automatiquement le congédiement dès lors que le comité exécutif conclut à l'existence d'un lien entre les antécédents judiciaires d'un salarié et ses fonctions. Cette concession est aux antipodes de la conclusion du juge Binnie dans *Clearwater* selon laquelle les membres du conseil municipal ne pouvaient en aucune manière être appelés à témoigner sur les motifs sous-tendant leur décision d'adopter une résolution.

[52] Du reste, il est plutôt ardu de distinguer les questions portant sur le processus menant à une décision et celles portant sur les motifs sous-tendant la décision. Une même question pourrait être utile à la fois pour juger de la légalité du processus suivi et pour déterminer si la sanction disciplinaire est conforme aux exigences de fond prévues par la convention collective et les lois du travail. Par exemple, la question de savoir si les membres du comité exécutif ont considéré l'existence de la demande de réhabilitation faite par B peut être pertinente pour l'évaluation du processus suivi par le comité. La question peut également viser l'évaluation du bien-fondé de la décision du comité sur le fond.

[53] J'en conclus que l'arbitre a agi de manière raisonnable en statuant qu'il avait besoin de savoir ce qui s'est passé à huis clos pour déterminer s'il y a eu mûres délibérations de la part du comité exécutif. Il suivait en cela plusieurs arbitres de grief qui, par le passé, ont accepté que soient interrogés les dirigeants d'une commission scolaire au sujet de délibérations tenues à huis clos en matière disciplinaire : *Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent c. Commission scolaire des Monts-et-Marées* (2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481, par. 59-60 et 66-69; *Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer c. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île* (2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049, p. 1051-1052; *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf C.E.Q. c. Commission scolaire de Portneuf* (1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722; *Association des enseignants de Le Royer c. Commission scolaire régionale Le*

de *Le Royer v. Commission scolaire régionale Le Royer* (1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43, at p. 45. Given the recognized jurisdiction of arbitrators over evidence and procedure, deference must be shown.

[54] The other decisions cited by the appellants in support of their argument that the executive committee's motives are "unknowable" are of no assistance to them. In *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), L.R. 5 H.L. 418, the House of Lords ruled on an action for enforcement of an arbitral award in which one of the parties was trying to summon the arbitrator himself to testify. Similar situations were considered in *O'Rourke v. Commissioner for Railways* (1890), 15 App. Cas. 371, *Ward v. Shell-Mex*, [1952] 1 K.B. 280, and *Re Knight Lumber Co.* (1959), 22 D.L.R. (2d) 92 (B.C.S.C.). All these cases involved adjudicative decisions in which the decision makers' motives were not allowed to be adduced in evidence, not because they were irrelevant, but on the basis of deliberative secrecy.

[55] Finally, extending the conclusions reached by this Court in *Clearwater* to every decision made by a public or private collective decision-making body, as the appellants propose, would have unfortunate consequences in spheres that are unrelated to the context of the instant case. In the appellants' submission, *Clearwater* would apply not only to public bodies like school boards, but also to Crown corporations, all of which make their decisions known through resolutions adopted collectively by their decision-making authorities. And the same rule would apply to private corporations that operate in the same way. If that were the case, the makers of a wide range of decisions made collectively would be shielded from ever testifying about their motives or their deliberations, even in cases in which such testimony would be of particular relevance to the dispute. It would not be desirable to attribute such a scope and such effects to the reasons of narrow scope given by Binnie J. in *Clearwater*.

C. *Deliberative Secrecy*

[56] The appellants' other argument regarding deliberative secrecy is no more persuasive. Once

Royer (1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43, p. 45. Vu la compétence reconnue de l'arbitre en matière de preuve et de procédure, la déférence s'impose.

[54] Les autres décisions que citent les appelantes au soutien de leur argument sur l'« inconnaisabilité des motifs » du comité exécutif ne leur sont d'aucun secours. Dans *Duke of Buccleuch c. Metropolitan Board of Works* (1872), L.R. 5 H.L. 418, la Chambre des lords statuait sur une action en exécution d'une sentence arbitrale dans le cadre de laquelle une des parties tentait d'assigner l'arbitre lui-même. Une situation analogue prévalait dans *O'Rourke c. Commissioner for Railways* (1890), 15 App. Cas. 371, *Ward c. Shell-Mex*, [1952] 1 K.B. 280, et *Re Knight Lumber Co.* (1959), 22 D.L.R. (2d) 92 (C.S. C.-B.). Toutes ces affaires impliquaient des décisions de nature juridictionnelle, où les motifs des décideurs ne pouvaient être mis en preuve non pas en raison de leur non-pertinence, mais plutôt à cause de l'application du secret du délibéré.

[55] Enfin, étendre les conclusions de la Cour dans *Clearwater* à toute décision prise par un organe décisionnel collectif public ou privé, comme le proposent les appelantes, aurait des conséquences regrettables qui iraient bien au-delà du seul contexte de la présente affaire. En effet, selon leurs prétentions, l'arrêt *Clearwater* s'appliquerait non seulement aux corps publics comme les commissions scolaires, mais aussi aux sociétés d'État qui s'expriment toutes à travers des résolutions adoptées collectivement par leurs organes décisionnels. Cette règle s'appliquerait également aux sociétés privées qui fonctionnent de la même manière. Si tel devait être le cas, les auteurs d'une vaste gamme de décisions prises collectivement seraient mis à l'abri de tout témoignage sur leurs motivations ou délibérations, et ce, même dans des situations où ces témoignages seraient hautement pertinents pour trancher le litige. Il n'est pas souhaitable de donner une telle portée et de tels effets aux motifs circonscrits du juge Binnie dans *Clearwater*.

C. *Le secret du délibéré*

[56] L'autre argument des appelantes sur le secret du délibéré n'est pas plus concluant. Là encore, je

again, I find that it was reasonable for the arbitrator to reject this argument. It is wrong to say that the members of the executive committee are shielded by deliberative secrecy here and that they cannot be called to testify about their deliberations during the “total” in camera portion of the meeting of June 29, 2009.

[57] The scope of deliberative secrecy is clearly defined in the case law. In *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, the Court, per McLachlin J. (as she then was), stressed that the protection of the process by which judges reach their decisions is a core component of the constitutional principle of judicial independence:

The judge’s right to refuse to answer to the executive or legislative branches of government or their appointees as to how and why the judge arrived at a particular judicial conclusion is essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence As stated by Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada*, [[1986] 2 S.C.R. 56,] the judiciary, if it is to play the proper constitutional role, must be completely separate in authority and function from the other arms of government. It is implicit in that separation that a judge cannot be required by the executive or legislative branches of government to explain and account for his or her judgment. To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence. [Emphasis added; pp. 830-31.]

The need to shield the judicial decision-making process from review by the other branches of government flows from the principle of separation of powers that is reflected in the constitutional requirement of judicial independence.

[58] It is true that, as the appellants point out, the Court has held, since its decision in *MacKeigan*, that deliberative secrecy also protects the deliberations of administrative tribunals (*Tremblay*, at p. 966). For such decision makers, however, the protection is not watertight. Although secrecy remains

considère que l’arbitre a rendu une décision raisonnable en l’écartant. En effet, il est inexact d’affirmer que les membres du comité exécutif bénéficient ici de la protection du secret du délibéré et qu’ils ne peuvent être assignés pour témoigner sur les délibérations tenues durant le huis clos « total » du 29 juin 2009.

[57] Les contours du secret du délibéré sont bien définis en jurisprudence. Dans *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, la Cour, sous la plume de la juge McLachlin (plus tard Juge en chef), souligne que la protection du processus décisionnel des juges est une composante centrale du principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire :

Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à une conclusion judiciaire donnée, est essentiel à l’indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l’un des deux aspects principaux de l’indépendance judiciaire [. . .] Comme l’a affirmé le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, [[1986] 2 R.C.S. 56,] pour jouer le bon rôle constitutionnel, le pouvoir judiciaire doit être complètement séparé, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, des autres organes du gouvernement. Cette séparation signifie implicitement que les organes exécutif ou législatif du gouvernement ne peuvent pas exiger d’un juge qu’il explique son jugement et en rende compte. Donner suite à l’exigence qu’un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l’élément le plus sacro-saint de l’indépendance judiciaire. [Je souligne; p. 830-831.]

La nécessité de tenir le processus décisionnel judiciaire à l’abri du contrôle ou de la révision des autres organes de l’État découle du principe de la séparation des pouvoirs qui se manifeste à travers l’exigence constitutionnelle de l’indépendance judiciaire.

[58] Certes, comme le soulignent les appelantes, depuis qu’elle a rendu l’arrêt *MacKeigan*, la Cour a reconnu que le secret du délibéré protège aussi les délibérations des tribunaux administratifs (*Tremblay*, p. 966). Cela dit, ces décideurs ne jouissent pas pour autant d’une protection étanche. Même si le secret

the rule, it can be lifted, for example, “when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice” (*Tremblay*, at p. 966). Nonetheless, in the absence of procedural defects, deliberative secrecy continues to shield such decision makers from having to testify if their decisions are contested.

[59] The appellants argue on the basis of *Tremblay* that this principle resolves the question whether the members of the executive committee must testify. Because its members were officers of the Board, a public body that holds its powers and makes its decisions under the *EA*, the committee must, the appellants submit, be considered to be one of the administrative decision-making authorities to which *Tremblay* applies. In the appellants’ submission, given that the Union has made no allegation of bad faith or of a procedural defect, deliberative secrecy should not be lifted to allow the members to be examined about their in camera deliberations.

[60] I disagree. *Tremblay* does not apply to every administrative organization required to perform [TRANSLATION] “decision-making functions”, to borrow the expression the appellants use to characterize a type of administrative act that is not limited to adjudicative functions (A.F., at para. 108). Once again, *Tremblay* is clear and does not have the scope the appellants seek to attribute to it. That case concerns the deliberative secrecy that applies to administrative tribunals, that is, to bodies that perform adjudicative functions. Moreover, the cases the appellants cite to illustrate the application of deliberative secrecy support this view. In *Duke of Buccleuch, O’Rourke, Ward and Knight Lumber*, the arbitrators and administrative tribunal members the parties wished to call to testify had exercised powers of an adjudicative nature. The same is true of *Noble China Inc. v. Lei* (1998), 42 O.R. (3d) 69, in which the Ontario Court (General Division) held that the deliberations of an arbitrator in a commercial arbitration process were protected by deliberative secrecy as a result of *Tremblay*. Deliberative secrecy was also found to apply to deliberations of administrative tribunals performing adjudicative functions in *Comité de révision de l’aide juridique v. Denis*, 2007 QCCA 126, and

demeure la règle, il peut par exemple être levé « lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n’a pas respecté les règles de justice naturelle » (*Tremblay*, p. 966). Cependant, en l’absence de lacunes procédurales, le secret du délibéré continue de soustraire ces décideurs à l’obligation de témoigner lors de la contestation de leurs décisions.

[59] Se fondant sur l’arrêt *Tremblay*, les appelantes soutiennent que l’application de ce principe règle la question du témoignage des membres du comité exécutif. Ces derniers étant les administrateurs de la Commission, un organe public détenant ses pouvoirs et prenant ses décisions en vertu de la *LIP*, ils devraient être considérés comme faisant partie des corps décisionnels administratifs auxquels s’applique l’arrêt *Tremblay*. Sans allégation de mauvaise foi ou de lacune procédurale par le Syndicat, il n’y aurait donc pas lieu de lever le secret du délibéré pour les interroger sur les délibérations tenues à huis clos.

[60] Je suis en désaccord. L’arrêt *Tremblay* ne s’étend pas à tous les organismes administratifs titulaires de « fonctions décisionnelles », selon l’expression utilisée par les appelantes pour désigner un ensemble d’actes administratifs ne se limitant pas aux fonctions de nature juridictionnelle (m.a., par. 108). Encore une fois, l’arrêt *Tremblay* est clair et n’a pas la portée que les appelantes cherchent à lui attribuer. Cet arrêt traite du secret du délibéré qui s’applique aux tribunaux administratifs, c’est-à-dire à des organes exerçant des fonctions juridictionnelles. Les décisions citées par les appelantes à titre d’exemple d’application du secret du délibéré appuient d’ailleurs cette constatation. Dans *Duke of Buccleuch, O’Rourke, Ward et Knight Lumber*, les pouvoirs exercés par les arbitres et les membres des tribunaux administratifs qu’on cherchait à faire témoigner étaient de nature juridictionnelle. Il en va de même de l’affaire *Noble China Inc. c. Lei* (1998), 42 O.R. (3d) 69, où la Cour de l’Ontario (Division générale) a indiqué que les délibérations d’un arbitre en matière commerciale étaient protégées par le secret du délibéré en vertu de l’arrêt *Tremblay*. Dans *Comité de révision de l’aide juridique c. Denis*, 2007 QCCA 126, et dans *Cherubini Metal Works Ltd. c.*

Cherubini Metal Works Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General), 2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134.

[61] But when the executive committee decided to dismiss B after deliberating in camera, it was not performing an adjudicative function and was not acting as a quasi-judicial decision maker. Rather, it was acting as an employer dismissing an employee. Its decision was therefore one of a private nature that falls under employment law, not one of a public nature to which the constitutional principles of judicial independence and separation of powers would apply. No valid analogy can be drawn between the administrative tribunal in *Tremblay*, whose quasi-judicial decision was final and could not be appealed, and the decision-making authority of a public employer — even where the authority in question is the employer’s executive committee — that decides to renege an employee’s employment contract.

[62] I am also unable to accept the appellants’ argument that, because the executive committee was applying a statutory rule (namely the Board’s obligation to ensure that the teacher had no judicial record relevant to his functions), its decision was adjudicative in nature. An employer’s decision to dismiss an employee cannot be characterized as adjudicative merely because the employer is required to apply statutory rules. The dismissal of teacher B resulted from the exercise of the Board’s right of management. This right is defined by the *Labour Code*, the *EA* and the collective agreement. The dismissal did not result simply from the application of substantive rules provided for in the *EA* to the facts found by the executive committee, as is the case with adjudicative decisions: *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at p. 504.

[63] Furthermore, to hold that the application of deliberative secrecy depends on whether the executive committee applied statutory provisions in deciding whether to dismiss a teacher would lead to absurd results. According to this reasoning, if the

Nova Scotia (Attorney General), 2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134, on a aussi appliqué le secret du délibéré à des tribunaux administratifs exerçant des fonctions juridictionnelles.

[61] Or, en prenant la décision de congédier B après avoir délibéré à huis clos, le comité exécutif n’exerçait pas une fonction juridictionnelle et n’agissait pas en tant que décideur quasi judiciaire. Le comité agissait plutôt à titre d’employeur congédiant un salarié. Il s’agit là d’une décision de nature privée relevant du droit du travail, et non d’une décision de nature publique mettant en cause les principes constitutionnels d’indépendance judiciaire et de séparation des pouvoirs. Il n’y a pas d’analogie valable entre le tribunal administratif de l’arrêt *Tremblay* qui rend une décision quasi judiciaire finale et sans appel et l’organe décisionnel d’un employeur public, fût-il son comité exécutif, qui décide de résilier le contrat de travail d’un salarié.

[62] J’estime tout aussi mal fondée la prétention des appelantes selon laquelle le fait d’appliquer une norme établie par une loi (en l’occurrence, l’obligation de la Commission de s’assurer que l’enseignant n’a pas d’antécédent judiciaire en lien avec ses fonctions) confère à la décision du comité exécutif une nature juridictionnelle. Le seul fait que l’on soit en présence d’un employeur tenu d’appliquer des normes législatives ne permet pas de qualifier de juridictionnelle sa décision de congédier un employé. Le renvoi de l’enseignant B est le résultat de l’exercice du droit de gérance de la Commission. Ce droit est circonscrit par le *Code du travail*, la *LIP* et la convention collective. Le congédiement n’est pas le résultat d’une simple application des règles de fond de la *LIP* aux faits constatés par le comité exécutif, comme c’est le cas lorsqu’il s’agit d’une décision de nature juridictionnelle : *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, p. 504.

[63] D’ailleurs, si l’application du secret du délibéré dépendait du fait que le comité exécutif applique des dispositions législatives afin d’arriver à une conclusion sur un congédiement, cela mènerait à des résultats absurdes. Selon cette logique, si le

executive committee dismissed a teacher for theft, a dismissal that would not involve the provisions of the *EA*, its in camera deliberations would not be protected by deliberative secrecy. Yet its decision would be of the same nature as the one made in this case. Moreover, if every decision to dismiss an employee were considered to be an adjudicative decision, the only remedy available to the employee would be to go straight to a motion for judicial review. But in the context of a collective agreement, the way to contest a dismissal is obviously to instead file a grievance under the *Labour Code* (ss. 100 et seq.).

[64] Finally, I note that the appellants have acknowledged that holding a meeting in camera is optional and may be imposed at the sole discretion of the executive committee. The rules of procedure for the meetings of the Board's executive committee provide that deliberations held in public are the rule and those held in camera the exception (art. 8). According to the appellants' submissions, deliberative secrecy shields only in camera deliberations from examination. This argument, too, leads to a strange result. The members of the executive committee could thus choose whether or not they can be compelled to testify about their deliberations. To give a party the possibility of shielding its deliberations from judicial review as it sees fit would not be desirable. The consequence of accepting this argument is that the application of deliberative secrecy would become optional despite the fact that it is an imperative rule that flows from the constitutional principle of the separation of powers: H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 871, citing *Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale v. Ferland*, [2001] R.J.Q. 2882 (Sup. Ct.). Judges cannot of course choose to lift deliberative secrecy to explain the reasoning behind their conclusions whenever it suits them to do so.

[65] In sum, regardless of the perspective from which the appellants' argument on deliberative secrecy is considered, the only possible conclusion is that the executive committee was not performing an adjudicative function when it decided to dismiss

comité exécutif congédiait un enseignant pour vol, une situation qui n'entraîne pas l'application des dispositions de la *LIP*, ses délibérations à huis clos ne seraient pas protégées par le secret du délibéré. Pourtant, sa décision serait alors de même nature que celle prise en l'espèce. Qui plus est, si la simple décision de renvoyer un employé se voulait une décision de nature juridictionnelle, le recours qui s'imposerait à l'employé serait de se pourvoir directement en révision judiciaire. Or, dans le contexte d'une convention collective, il va de soi que la contestation d'un congédiement se fait plutôt par le dépôt d'un grief en application du *Code du travail* (art. 100 et suiv.).

[64] Enfin, je note que les appelantes ont reconnu le caractère facultatif du huis clos et la possibilité de l'imposer à la seule discrétion du comité exécutif. Selon les règles de procédure des séances du comité exécutif de la Commission, la délibération publique est la règle et le huis clos l'exception (art. 8). Or, selon les prétentions des appelantes, le secret du délibéré ne mettrait à l'abri de tout interrogatoire que les délibérations tenues à huis clos. Cet argument mène là encore à un résultat incongru. Les membres du comité exécutif pourraient ainsi choisir s'ils sont contraignables ou non pour témoigner sur leurs délibérations. Il n'est pas souhaitable d'accorder à une partie la possibilité de soustraire à sa guise ses délibérations à tout contrôle judiciaire. Accepter cette prétention aurait pour conséquence de rendre l'application du secret du délibéré facultative, alors qu'il s'agit d'une règle impérative découlant du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs : H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 871, citant *Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale c. Ferland*, [2001] R.J.Q. 2882 (C.S.). Un juge ne peut certes choisir de se soustraire à l'application du secret du délibéré pour expliquer le raisonnement qui a mené à ses conclusions lorsque cela lui convient.

[65] Somme toute, peu importe l'angle sous lequel on aborde l'argument des appelantes sur le secret du délibéré, force est de conclure que le comité exécutif n'exerçait pas une fonction de nature juridictionnelle lorsqu'il a pris la décision de congédier

teacher B. Rather, it was acting as an employer in the context of a contractual relationship to which the principles of employment law applied. As a result, the discussions held by its members in camera are not shielded by deliberative secrecy. It was reasonable for the arbitrator to reject this argument.

D. *Relevance*

[66] The majority of the Court of Appeal were thus right to reject the appellants' arguments regarding the principle that motives are "unknowable" and deliberative secrecy, to restore the impugned decision, and to allow the examination of the executive committee's members, subject to the usual limits of what is relevant. However, an additional question was raised at the hearing in this Court: If the Court reaches this decision, should limits be placed in advance on the questions that may be asked of the executive committee's members? In my opinion, the answer is no.

[67] Assessing the relevance of evidence falls within the exclusive jurisdiction of the arbitrator. In this case, given that the employer applied for judicial review of the interlocutory decision allowing the examination of the executive committee's members, they have yet to be asked any questions. It is not open to a reviewing court to speculate about the types of questions that could be relevant before the examination has even begun. This conclusion is justified both by the arbitrator's powers under the legislation and the collective agreement and by the nature of a grievance arbitration proceeding.

[68] First, s. 100.2 *L.C.* provides that the grievance arbitrator has full authority over evidence and procedure in the arbitration process. The Court has on many occasions reiterated that in a grievance arbitration proceeding, the arbitrator has exclusive jurisdiction over evidence and procedure, which includes the assessment of relevance: *Larocque*, at pp. 485 and 491; *Cie minière Québec Cartier v. Québec (Grievances arbitrator)*, [1995] 2 S.C.R. 1095, at para. 11; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco*

l'enseignant B. Il agissait plutôt comme employeur dans le contexte d'une relation contractuelle régie par le droit du travail. À ce titre, il ne bénéficie pas de la protection du secret du délibéré pour les discussions que ses membres tiennent à huis clos. L'arbitre a agi de manière raisonnable en écartant cet argument.

D. *La pertinence*

[66] Il s'ensuit que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de rejeter les arguments des appelantes sur l'« inconnaisabilité des motifs » et sur le secret du délibéré, de rétablir la sentence attaquée et de permettre l'interrogatoire des membres du comité exécutif dans les limites usuelles de la règle de la pertinence. À l'audience devant nous, une question additionnelle s'est toutefois soulevée : advenant que la Cour statue en ce sens, des limites devraient-elles être fixées d'avance aux questions qui pourront être posées aux membres du comité exécutif? À mon avis, la réponse est non.

[67] L'appréciation de la pertinence de la preuve relève de la compétence exclusive de l'arbitre. En l'espèce, l'employeur s'étant pourvu en révision judiciaire de la sentence interlocutoire qui a permis l'interrogatoire des membres du comité exécutif, aucune question ne leur a encore été posée. Or, il n'appartient pas aux tribunaux de révision de conjecturer sur les questions qui seront potentiellement pertinentes avant même qu'un interrogatoire ne commence. Tant les pouvoirs dévolus à l'arbitre par la loi et la convention collective que la nature des procédures en matière d'arbitrage de grief justifient de conclure ainsi.

[68] D'abord, l'art. 100.2 *C.t.* rend l'arbitre de grief maître de la preuve et de la procédure lors de l'arbitrage. La Cour a maintes fois réitéré que la preuve et la procédure en matière d'arbitrage de grief, y compris l'appréciation de la pertinence, relèvent de la compétence exclusive de l'arbitre : *Larocque*, p. 485 et 491; *Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)*, [1995] 2 R.C.S. 1095, par. 11; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 343-344.

Construction Ltd., [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 343-44. It has also stressed the importance of the deference that must be shown to arbitrators in order to preserve the “expeditious, effective and specialized dispute settlement method” represented by grievance arbitration: *Wal-Mart*, at para. 85; see also *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union*, at paras. 24-25; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, 2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727, at paras. 40-41; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at paras. 16 et seq. This deference and maintaining grievance arbitration as an expeditious, effective and specialized process constitute “a basic requirement for peace in industrial relations”: *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 36.

[69] Next, the context in which relevance is assessed includes the fact that in disciplinary matters, the arbitrator has a broad power to replace the sanction imposed by the employer with one he or she deems fair and reasonable having regard to “the circumstances concerning the matter” (s. 100.12(f) *L.C.*). These circumstances might include substantive and procedural issues. Clause 5-7.13 of the collective agreement authorizes the arbitrator to annul the dismissal [TRANSLATION] “if the prescribed procedure was not followed or if the grounds for dismissal were unfounded or did not constitute a sufficient basis for dismissal”. This means that he can consider both the validity and the appropriateness of the dismissal and can also examine the resolution that was adopted and the process that was followed to arrive at its adoption.

[70] Moreover, the grievance filed by the Union concerns the expression [TRANSLATION] “thorough deliberations” found in clause 5-7.06. The arbitrator thus had to consider this provision of the collective agreement, which he was responsible for enforcing, in determining whether the evidence was relevant. The requirement of thorough deliberations where an employee is dismissed can be found in many agreements in Quebec’s education sector. As long ago as 1985, Arbitrator Frumkin noted that this concept had

La Cour a également insisté sur l’importance de la déférence qu’il faut accorder aux arbitres au nom de la préservation de la « méthode expéditive, efficace et spécialisée de règlement des différends » que constitue l’arbitrage de grief : *Wal-Mart*, par. 85; voir aussi *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union*, par. 24-25; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727, par. 40-41; *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 16 et suiv. Cette déférence et le maintien du caractère expéditif, efficace et spécialisé du système d’arbitrage de grief constituent « une exigence fondamentale de la paix dans le domaine des relations industrielles » : *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 36.

[69] Ensuite, le contexte dans lequel l’appréciation de la pertinence s’effectue est influencé par le constat que, en matière disciplinaire, l’arbitre est investi du large pouvoir de substituer la décision qui lui paraît juste et raisonnable à la sanction imposée par l’employeur à la lumière de « toutes les circonstances de l’affaire » (al. 100.12f) *C.t.*). Cela peut comprendre des considérations de fond et de procédure. La clause 5-7.13 de la convention collective permet de fait à l’arbitre d’annuler le congédiement « si la procédure prescrite n’a pas été suivie ou si les motifs de renvoi ne sont pas fondés ou ne constituent pas une raison suffisante de renvoi ». Sous ce rapport, il peut soupeser tant la validité que l’opportunité du congédiement et scruter le contenu de la résolution adoptée ainsi que le processus suivi pour y arriver.

[70] En outre, le grief déposé par le Syndicat porte sur la notion de « mûres délibérations » incluse à la clause 5-7.06. L’arbitre doit donc juger de la pertinence de la preuve à la lumière de cette disposition de la convention collective, dont il a pour mission d’assurer le respect. L’exigence de mûres délibérations en cas de renvoi figure dans plusieurs conventions du secteur de l’éducation au Québec. L’arbitre Frumkin notait déjà en 1985 que cette expression avait « été l’objet d’un grand nombre de

[TRANSLATION] “been considered in a large number of decisions” by arbitrators: *North Island Laurentian Teachers’ Union P.A.P.T. v. Commission scolaire Laurenval* (1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262, at p. 1274. The case law in this regard was summarized in a recent award, in which the arbitrator noted that before dismissing an employee, a school board must [TRANSLATION] “act after careful consideration” and must also “respect the rights of the complainant and his or her Union and . . . act reasonably and responsibly”: *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)*, 2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453, at para. 493; see also paras. 494-95. In short, grievance arbitrators have been interpreting and applying the concept of thorough deliberations in the education sector for many years, and continue to do so today. It would be inappropriate for a reviewing court to specify as of now what meaning should be given to that expression for the purpose of ruling on the relevance of evidence that has yet to be heard.

[71] Finally, it seems to me self-evident that the nature of arbitration proceedings would be unsuited to an advance assessment of testimony that has not yet been heard. Relevance is established on the basis of the legal framework, the factual context and the circumstances of the particular case: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at p. 854; S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at pp. 54-55. Owing to certain features specific to grievance arbitration, the legal framework and factual context often become known only as the proceedings and the examination of witnesses unfold. This is because most decisions that might be grieved, including decisions to take disciplinary action, are made by the employer, for reasons that it often knows better than the union and the employee: F. Morin et al., *Le droit de l’emploi au Québec* (4th ed. 2010), at pp. 1293 and 1315. To the above must be added the informal nature of the pleadings that lead to arbitration and the absence of applications with detailed allegations that would be available to a court of law to help it determine what is relevant on the basis of the facts alleged in support of a proceeding. In this context, it

décisions » en jurisprudence arbitrale : *North Island Laurentian Teachers’ Union P.A.P.T. c. Commission scolaire Laurenval* (1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262, p. 1274. Une sentence arbitrale récente résume cette jurisprudence en indiquant qu’avant de procéder à un congédiement, une commission scolaire doit « agi[r] de façon réfléchie », « respecter les droits conférés au plaignant et à son Syndicat et [. . .] agir de façon raisonnable et responsable » : *Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)*, 2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453, par. 493; voir aussi par. 494-495. Bref, la notion de mûres délibérations est interprétée et appliquée par les arbitres de grief du milieu de l’éducation depuis plusieurs années et continue de l’être encore aujourd’hui. Il serait inapproprié pour un tribunal de révision de préciser dès à présent le sens à donner à cette expression aux fins de statuer sur la pertinence d’une preuve future.

[71] Finalement, il me semble aller de soi que la nature des procédures en matière d’arbitrage s’accommoderait mal d’une évaluation anticipée de la pertinence d’un témoignage à venir. La pertinence s’établit en fonction du cadre juridique, du contexte factuel et des circonstances propres à chaque dossier : J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4^e éd. 2008), p. 854; S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (4^e éd. 2014), p. 54-55. L’arbitrage de grief présente des particularités qui font en sorte que le cadre juridique et le contexte factuel ne sont souvent connus qu’au fur et à mesure des procédures et de l’interrogatoire des témoins. Cela tient au fait que c’est l’employeur qui prend la majorité des décisions susceptibles de faire l’objet d’un grief, y compris les mesures disciplinaires, pour des raisons qu’il connaît souvent mieux que le syndicat et le salarié : F. Morin et autres, *Le droit de l’emploi au Québec* (4^e éd. 2010), p. 1293 et 1315. S’ajoutent à cela l’informalité des procédures écrites menant à l’arbitrage et l’absence de requêtes avec allégations détaillées permettant d’établir ce qui est pertinent en fonction des faits invoqués au soutien d’une procédure,

would be risky to rule in advance on the relevance of evidence that could depend on what will be revealed in the course of the examination of the employer's representatives.

[72] For example, the arbitrator in the case at bar has already mentioned that it would be relevant for the Union to examine the executive committee's members about what [TRANSLATION] "happened in camera in terms of the information transmitted orally and in writing in the discussions between the members, as well as any objections that were raised, etc." (para. 17). Given the broad powers conferred on the arbitrator to consider both the procedure followed and the appropriateness of the substantive disciplinary action, this does not seem, as Bich J.A. rightly observed, to be open to question (paras. 68-69). An employee is clearly entitled to examine and confront those who decided to dismiss him about the circumstances of their decision and the details of the process that led up to it. Likewise, it would be inappropriate to preclude in advance all questions about the motives behind the dismissal. As I have mentioned in para. 51 of these reasons, the appellants have themselves conceded that certain questions about the in camera deliberations and the grounds for dismissal would be relevant.

[73] Of course, as Bich J.A. rightly points out (at paras. 142-43), this does not amount to an authorization to survey the states of mind of the decision makers to find out how each one's individual thoughts evolved over the course of their deliberations. Nor does it authorize a fishing expedition or redundant examinations of all of them. Indeed, the grievance's legal framework and factual context are clearly identified. It will be up to the arbitrator to take them into account in order to decide what is relevant in this context on the basis of the questions that are eventually asked and to determine which of them really further the resolution of the case. If a court must intervene, it will do so after the arbitrator has ruled on a given point.

comme c'est le cas devant les tribunaux judiciaires. Dans ce contexte, il serait hasardeux de se prononcer d'avance sur la pertinence d'une preuve qui peut dépendre de ce que les interrogatoires des représentants de l'employeur révéleront au fil de leur progression.

[72] En l'espèce, l'arbitre a déjà indiqué qu'il serait par exemple pertinent pour le Syndicat d'interroger les membres du comité exécutif sur ce qui « s'est passé à huis-clos en regard des informations transmises de vive voix et par écrit, aux discussions qui ont eu lieu entre les membres, voire aux objections qui ont été soulevées, etc. » (par. 17). Au vu des larges pouvoirs qui lui sont dévolus de considérer à la fois la procédure suivie et le caractère approprié de la mesure disciplinaire sur le fond, cela semble inattaquable comme le remarque à juste titre la juge Bich (par. 68-69). Un salarié est certes en droit d'interroger et de confronter les personnes qui ont décidé de son renvoi sur les circonstances qui entourent leur décision et sur les détails du processus qui y a mené. De la même manière, il n'y a pas lieu d'empêcher d'avance toute question portant sur les motifs au fond du congédiement. Tel que je l'indique au par. 51 des présents motifs, les appelantes ont elles-mêmes concédé que certaines questions portant sur les délibérations à huis clos et le fond du congédiement seraient pertinentes.

[73] Bien sûr, la juge Bich le souligne à bon droit (par. 142-143), tout cela n'équivaut pas à une autorisation de sonder les âmes des décideurs pour connaître l'évolution de leur pensée individuelle au fil du déroulement de leurs délibérations. Cela ne permet guère plus de procéder à une recherche à l'aveuglette ou à des interrogatoires redondants de tout un chacun. En définitive, le cadre juridique et le contexte factuel du grief sont bien identifiés. Il reviendra à l'arbitre d'en tenir compte afin de trancher les enjeux de pertinence selon les questions qui seront éventuellement posées et de déterminer celles qui font réellement avancer le débat. Si une intervention judiciaire est requise, elle se fera, le cas échéant, une fois que l'arbitre se sera prononcé sur un sujet précis.

[74] In concluding, I must make one final comment. In my humble opinion, it is most unfortunate that, more than six years after filing a grievance with respect to a dismissal, the Union has not yet been able to begin presenting its evidence. The mission of the grievance arbitration system, that is, to provide employers and employees with justice that is accessible, expeditious and effective, has been forgotten. I would note the importance of the sensible rule that, with only a few exceptions, a grievance arbitrator's interlocutory decision, in particular one concerning evidence and procedure, is not subject to judicial review: *Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN v. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270, at para. 23 (CanLII); *Sûreté du Québec v. Lussier*, [1994] R.D.J. 470 (C.A.); *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield v. Gauthier Cashman*, [1984] R.D.J. 385 (C.A.). The courts of several provinces have taken a similar deferential approach to interlocutory decisions of arbitrators: *Lethbridge Regional Police Service v. Lethbridge Police Association*, 2013 ABCA 47, 542 A.R. 252, at para. 21; *Canadian Nuclear Laboratories v. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772*, 2015 ONSC 3436, at paras. 5-7 and 11 (CanLII); *Blass v. University of Regina Faculty Assn.*, 2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262, at para. 82. In the instant case, the arbitrator had offered to hear the testimony of the executive committee's members in camera (para. 22). That would in all probability have obviated any risk of consequences that would be impossible to correct at the time of the final award. The lengthy judicial review proceedings at the stage of an interlocutory decision that are now drawing to a close could then have been avoided.

VI. Disposition

[75] I would therefore dismiss the appeal with costs throughout and remand the case to the arbitrator in order that the inquiry into the grievance may at long last proceed.

English version of the reasons of Wagner, Côté and Brown JJ. delivered by

[76] CÔTÉ J. — I agree that the appeal should be dismissed. However, I find that the Superior Court

[74] Un dernier commentaire s'impose en terminant. À mon humble avis, il est fort regrettable que, plus de six ans après le dépôt d'un grief contestant un renvoi, le Syndicat n'ait pas encore été en mesure de commencer la présentation de sa preuve. La mission du système d'arbitrage de grief de fournir aux employeurs et aux salariés une justice accessible, expéditive et efficace a été oubliée. Il convient de rappeler l'importance de la sage règle selon laquelle, sauf rares exceptions, la sentence interlocutoire d'un arbitre de grief, notamment en matière de preuve et de procédure, n'est pas sujette à révision judiciaire : *Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN c. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270, [2011] R.J.D.T. 19, par. 23; *Sûreté du Québec c. Lussier*, [1994] R.D.J. 470 (C.A.); *Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield c. Gauthier Cashman*, [1984] R.D.J. 385 (C.A.). Les tribunaux de plusieurs provinces adoptent une semblable approche empreinte de déférence à l'endroit des sentences arbitrales interlocutoires : *Lethbridge Regional Police Service c. Lethbridge Police Association*, 2013 ABCA 47, 542 A.R. 252, par. 21; *Canadian Nuclear Laboratories c. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772*, 2015 ONSC 3436, par. 5-7 et 11 (CanLII); *Blass c. University of Regina Faculty Assn.*, 2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262, par. 82. Ici, l'arbitre avait offert d'entendre le témoignage des membres du comité exécutif à huis clos (par. 22). Cela aurait vraisemblablement éliminé tout risque de conséquences impossibles à corriger au moment de la décision finale. Les longues procédures en révision judiciaire qui s'achèvent ici auraient ainsi pu être évitées au stade d'une sentence interlocutoire.

VI. Dispositif

[75] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de retourner le dossier devant l'arbitre pour que l'instruction du grief puisse, enfin, se poursuivre.

Les motifs des juges Wagner, Côté et Brown ont été rendus par

[76] LA JUGE CÔTÉ — Je suis également d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi. Néanmoins,

and both the majority and the dissenting judges of the Court of Appeal were right to hold that the applicable standard of review in this case is correctness.

[77] My colleague Gascon J. writes that “[w]hether the examination of the members of the Board’s executive committee should be allowed is ultimately an evidentiary issue” and that “a desire, like that of the appellants, to attribute an excessive scope to this Court’s decisions in [*Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3,] and [*Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952,] does not transform this determination into a question of law that is of central importance to the legal system and is outside the arbitrator’s area of expertise, such that the standard of correctness should apply” (para. 30). It is true that the arbitrator has jurisdiction over evidentiary issues and that deference is usually owed in this regard. There are times, however, when a question concerning an area over which the arbitrator generally has full authority is of such a nature as to affect the administration of justice as a whole and relates to principles in respect of which the arbitrator has no particular expertise in that they are not specific to the arbitrator’s specialized role. According to the principles stated by the Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 55 and 60, and as the Court of Appeal noted at para. 33 of its reasons in the case at bar, [TRANSLATION] “the standard of correctness will apply to decisions of arbitrators (as to those of any administrative tribunal) in which they rule on general questions of law that are, first, of central importance to the legal system and, second, outside their specialized area of expertise in the sense of not being specific to their specialized role” (2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95 (emphasis added)).

[78] Although such questions are rare — as the majority of the Court of Appeal acknowledged — I consider it necessary to refrain from giving too narrow an interpretation to the category of general questions of law that was established in *Toronto*

j’estime que la Cour supérieure ainsi que les juges tant majoritaires que dissident de la Cour d’appel ont eu raison de conclure que la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision correcte.

[77] Mon collègue, le juge Gascon, écrit que « [p]ermettre l’interrogatoire des membres du comité exécutif de la Commission reste en définitive une question d’administration de la preuve » et que « le fait de vouloir conférer, à l’instar des appelantes, une portée démesurée aux arrêts de la Cour dans [*Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3,] et [*Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952,] ne transforme pas cette détermination en une question de droit d’importance capitale pour le système juridique, étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre, au point de devoir l’assujettir à la norme de la décision correcte » (par. 30). Certes, les questions relatives à l’administration de la preuve relèvent de la compétence de l’arbitre et commandent normalement la déférence. Il arrive toutefois qu’une question relative à un domaine dans lequel l’arbitre est généralement le maître soit de nature à affecter l’administration de la justice dans son ensemble et qu’elle se rapporte à des principes à l’égard desquels l’arbitre ne dispose d’aucune expertise particulière en ce sens que ces principes ne relèvent pas de la mission spécialisée qui est la sienne. En effet, selon les enseignements de la Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 55 et 60, et tel que le rappelle la Cour d’appel en l’espèce au par. 33 de son jugement, « la norme de la décision correcte s’appliquera aux décisions des arbitres (comme à celles de tout tribunal administratif) statuant sur une question de droit générale qui, d’une part, revêt une importance capitale pour le système juridique et, d’autre part, qui est étrangère à leur domaine d’expertise au sens où elle ne relève pas de leur mission spécialisée » (2014 QCCA 591, 69 Admin. L.R. (5th) 95 (je souligne)).

[78] Bien que les questions de ce genre soient rares — ce que reconnaissent les juges majoritaires de la Cour d’appel —, j’estime qu’il faut se garder de donner une interprétation trop restrictive à la catégorie de questions de droit générales établie

(*City*) v. *C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, and reiterated in *Dunsmuir*. Where the question relates not simply to the rules of evidence in general, but to the scope of such basic rules as those relating to the immunities from disclosure and deliberative secrecy, a court reviewing an arbitrator's decision in this regard must be able to go further than merely inquiring into the reasonableness of the decision. Where necessary, it must also be able, absent clear instructions to the contrary, to substitute its own view for that of the arbitrator if the arbitrator's decision is incorrect. But my colleague's reasoning leads to the conclusion that judicial review on a question related to the scope of professional secrecy, for example, would also be subject to the reasonableness standard. Given the importance of such questions and the fact that an arbitrator has no particular expertise or expertise unique to his or her specialized role with respect to such matters, I am of the opinion that, despite the privative clause in the instant case, the legislature could not have intended such an outcome.

[79] Even more importantly, I find that the applicable standard of review cannot depend on how a court will ultimately answer the question, as that could make it even more difficult to predict what the result of the analysis will be. Instead, what is important is the nature of the question being raised. In the case at bar, the appellants submit that the effect of *Clearwater* is that any collective decision-making body that makes a decision in writing is shielded by a form of immunity from disclosure. They also argue that deliberative secrecy, as recognized in *Tremblay*, applies to every administrative body with adjudicative functions. Although the cases on which the appellants rely do not have the scope the appellants would give them — I agree with my colleague in this regard — the questions of law raised in their submissions are nonetheless general in nature and must be applied uniformly and consistently. Gascon J. seems in fact to acknowledge this, at least in part, in writing that “extending the conclusions reached by this Court in *Clearwater* to every decision made by a public

dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, et reprise dans l'arrêt *Dunsmuir*. Lorsque la question en cause ne concerne pas simplement l'administration de la preuve en général, mais plutôt la portée de règles aussi fondamentales que celles relatives aux immunités de divulgation et au secret du délibéré, une cour de justice appelée à contrôler la décision prise par un arbitre à cet égard doit pouvoir aller plus loin que d'uniquement déterminer si cette décision est raisonnable. Lorsque cela est nécessaire, elle doit aussi pouvoir substituer son opinion à celle de l'arbitre en cas de décision incorrecte, à moins d'indications claires à l'effet contraire. Or, suivant le raisonnement de mon collègue, le contrôle judiciaire dans le cadre d'une question relative à la portée du secret professionnel, par exemple, tomberait également sous le coup de la norme de la décision raisonnable. Vu l'importance de telles questions et l'absence d'expertise particulière de l'arbitre ou d'expertise propre à la mission spécialisée qui est la sienne sur ces questions, je suis d'avis que nonobstant la clause privative en l'espèce, le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat.

[79] Plus important encore, j'estime que la norme de contrôle applicable ne saurait dépendre de la réponse ultimement donnée par une cour de justice à la question en cause, sans risquer de rendre le résultat de l'analyse encore plus imprévisible. C'est plutôt la nature de la question soulevée qui importe. En l'espèce, les appelantes soutiennent que, selon l'arrêt *Clearwater*, tout organe décisionnel collectif prenant une décision sous forme écrite bénéficie d'une forme d'immunité de divulgation. Elles prétendent également que le secret du délibéré, tel qu'il est reconnu dans l'arrêt *Tremblay*, s'étend à tous les organismes administratifs ayant des fonctions décisionnelles. Bien que les arrêts sur lesquels s'appuient les appelantes n'aient pas la portée qu'elles cherchent à leur donner — ce sur quoi je suis d'accord avec mon collègue —, il n'en demeure pas moins que les questions de droit soulevées par les prétentions des appelantes sont de nature générale et doivent recevoir une application uniforme et cohérente. Le juge Gascon semble d'ailleurs le reconnaître, à tout le moins en partie,

or private collective decision-making body, as the appellants propose, would have unfortunate consequences in spheres that are unrelated to the context of the instant case” (para. 55 (emphasis added)). What the appellants want the Court to accept in the case at bar is, first and foremost, a principle that motives are “unknowable” that applies to every collective decision-making body that makes a decision in writing.

[80] This being said, it must be acknowledged that the application of the principles stated by this Court, at least those from *Clearwater*, does not lead to a clear result in the instant case, as can be seen from the conclusions reached by the Superior Court judge and the dissenting judge of the Court of Appeal on the merits of the case. In short, although I agree that the appellants are trying to attribute an excessive scope to *Clearwater* and *Tremblay*, their arguments are not entirely unfounded. As I mentioned above, when all is said and done, what is important is the nature of the question being raised, not how a court will answer it.

[81] The foregoing is what led all the judges of the Court of Appeal and the Superior Court judge to find that the applicable standard of review is correctness. In this regard, Bich J.A. wrote that [TRANSLATION] “the questions submitted to the arbitrator, as drafted, are limited neither to the context of the grievance before him nor to that of the collective agreement on which the grievance is based, and they engage principles that apply generally to the administration of justice as a whole and are not entirely dependent on the particular facts of the case” (para. 44 (emphasis added)). It would be hard to put it better.

[82] Furthermore, if the Court were to decide in the instant case to accept the appellants’ argument regarding the principle that motives are unknowable and to hold that the commissioners cannot be examined, that decision would be based not on circumstances specific to this case, but on a general

lorsqu’il écrit qu’« étendre les conclusions de la Cour dans *Clearwater* à toute décision prise par un organe décisionnel collectif public ou privé, comme le proposent les appelantes, aurait des conséquences regrettables qui iraient bien au-delà du seul contexte de la présente affaire » (par. 55 (je souligne)). En l’espèce, c’est d’abord et avant tout un principe d’« inconnaisabilité des motifs » applicable à tout organe décisionnel collectif prenant une décision sous forme écrite que les appelantes souhaitent voir reconnaître.

[80] Cela dit, force est d’admettre que l’application des enseignements de la Cour, à tout le moins de ceux formulés dans l’arrêt *Clearwater*, n’apporte pas de réponse claire en l’espèce vu les conclusions auxquelles en sont venus le juge de la Cour supérieure et le juge dissident de la Cour d’appel quant au fond de l’affaire. Bref, bien que j’estime moi aussi que les appelantes tentent de donner une portée démesurée aux arrêts *Clearwater* et *Tremblay*, leurs arguments ne sont pas dénués de tout fondement. Tel que je l’ai mentionné précédemment, en définitive, c’est la nature de la question soulevée qui importe, et non la réponse qui y sera donnée.

[81] Ce sont ces éléments qui ont amené tous les juges de la Cour d’appel ainsi que le juge de la Cour supérieure à conclure que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. À cet égard, la juge Bich écrit que « les questions portées à l’attention de l’arbitre, telles qu’elles ont été formulées, dépassent le cadre du grief dont il [était] saisi, dépassent également le cadre de la convention collective sur laquelle repose le grief et mettent en cause des principes qui touchent de manière générale l’administration de la justice dans son ensemble, sans être entièrement tributaires des faits particuliers de l’espèce » (par. 44 (je souligne)). Il est difficile de dire mieux.

[82] D’ailleurs, en l’espèce, si la Cour décidait d’accueillir l’argument des appelantes sur l’inconnaisabilité des motifs et refusait que les commissaires soient interrogés, cette décision ne serait aucunement motivée par les circonstances propres à l’espèce, mais serait plutôt fondée sur un principe de

principle of law that applies in every legal field and to proceedings in every court and administrative tribunal. Thus, even if the examination of the commissioners were not authorized on the basis that it would be irrelevant, the conclusion that it would be irrelevant would not flow from the assessment intrinsically linked to the facts of the case that is traditionally made by an arbitrator, but would instead be based on a principle that is not specific to the arbitration context and that has not yet been clearly defined by the courts.

[83] This case can therefore be distinguished from *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, to which my colleague refers (at paras. 33 and 38). First of all, what was at issue in that case was the *application to the facts* of a principle — estoppel — whose scope was well known and clearly defined. Moreover, Fish J. stated that arbitrators are well equipped to adapt and fashion that principle as they see fit (para. 45). The same cannot be said with respect to the immunities from disclosure and deliberative secrecy. These principles, which relate to the administration of justice as a whole, must be applied uniformly and consistently. In addition, the principle at issue in *Nor-Man* was closely linked to the arbitrator's discretion to order the remedy he or she considers just and appropriate in the circumstances of the case before him or her. Finally, and most importantly, the application of the principle of estoppel was not of central importance to the legal system in such circumstances.

[84] It is true that the existence of a privative clause indicates that the legislature intended to limit the review of an arbitrator's decision to a minimum. Defiance to the legislature's intention is important in employment law matters. Nevertheless, the existence of a privative clause is not in itself determinative (*Dunsmuir*, at para. 52), nor can it preclude intervention by a court on every question over which an arbitrator has jurisdiction or that relates to the arbitrator's general jurisdiction as a decision maker (as opposed to his or her particular expertise). Section 139 of the

droit général applicable à l'ensemble des domaines de droit et devant l'ensemble des tribunaux judiciaires et administratifs. Ainsi, même si l'interrogatoire des commissaires n'était pas autorisé parce qu'il serait jugé non pertinent, cette conclusion sur l'absence de pertinence ne résulterait pas de l'examen intrinsèquement lié aux faits de l'affaire auquel se livre traditionnellement un arbitre, mais reposerait plutôt sur un principe qui n'est pas spécifique au contexte arbitral, et dont les contours jusqu'alors n'étaient pas clairement définis par la jurisprudence.

[83] La présente affaire se distingue donc de l'arrêt *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, citée par mon collègue (aux par. 33 et 38). D'une part, la question en litige dans cette affaire concernait l'*application factuelle* d'un principe dont les paramètres étaient bien connus et clairement définis, à savoir la préclusion. Le juge Fish a d'ailleurs précisé que l'arbitre dispose des outils nécessaires pour adapter et façonner ce principe à sa guise (par. 45). On ne saurait en dire autant des immunités de divulgation et du secret du délibéré. En effet, ces principes, relatifs à l'administration de la justice dans son ensemble, doivent être appliqués de façon uniforme et cohérente. De plus, le principe en cause dans *Nor-Man* était étroitement lié au pouvoir discrétionnaire dont dispose l'arbitre d'ordonner la réparation qu'il estime juste et appropriée selon les circonstances de l'affaire dont il est saisi. Enfin, et surtout, l'application du principe de préclusion n'était pas, dans de telles circonstances, d'une importance capitale pour le système juridique.

[84] Certes, l'existence d'une clause privative dénote la volonté du législateur d'assujettir les décisions de l'arbitre à un contrôle minimal. Le respect de cette volonté est important en droit de l'emploi. L'existence d'une telle clause n'est cependant pas déterminante en soi (*Dunsmuir*, par. 52) et ne saurait empêcher l'intervention d'une cour de justice quant à toute question à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence ou qui touche sa compétence générale comme décideur (par opposition à son expertise particulière). L'article 139 du *Code du travail*,

Labour Code, CQLR, c. C-27, cannot preclude a court from intervening in respect of [TRANSLATION] “issues of a general nature that might be raised in the same terms before any arbitrator and any administrative tribunal, but also in any court of law, and that cannot be resolved differently from one forum to the next” (per Bich J.A., at para. 39 (emphasis added)).

[85] In short, despite the existence of a privative clause and even though the appeal arises in the context of the hearing of the evidence, over which the arbitrator has full authority, the specific questions that are raised in this case are general questions of law that, by their nature, are of central importance to the administration of justice as a whole and in respect of which the arbitrator has no particular expertise or expertise that is unique to his or her specialized role. As Bastarache and LeBel JJ. wrote, for the majority, in *Dunsmuir*, “[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers” (para. 60).

[86] Finally, I note that, in the instant case, the result is the same regardless of whether the applicable standard is correctness or reasonableness.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitor for the respondent Syndicat de l’enseignement de la région de Laval: Syndicat de l’enseignement de la région de Laval, Laval.

Solicitors for the respondent Fédération autonome de l’enseignement: Rivest, Schmidt, Montréal.

Solicitors for the intervenor: Barabé Casavant, Montréal.

RLRQ, c. C-27, ne peut empêcher une cour de justice d’intervenir quant à des « sujets d’ordre général, qui sont de nature à se soulever, dans les mêmes termes, devant tout arbitre et tout tribunal administratif, mais aussi devant toute cour de justice et qui ne peuvent pas être résolus de manière différente selon le forum » (la juge Bich, par. 39 (je souligne)).

[85] Bref, malgré la présence d’une clause privative et même si le pourvoi s’inscrit dans un contexte d’administration de la preuve dont l’arbitre est maître, les questions particulières soulevées en l’espèce sont des questions de droit générales qui, par leur nature, revêtent une importance centrale pour l’administration de la justice dans son ensemble et à l’égard desquelles l’arbitre ne dispose d’aucune expertise particulière ou unique à la mission spécialisée qui est la sienne. Comme le soulignaient les juges Bastarache et LeBel dans l’arrêt *Dunsmuir*, au nom des juges majoritaires : « Pareille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble » (par. 60).

[86] Je précise enfin que, dans le cas présent, que ce soit la norme de la décision correcte qui s’applique ou celle de la décision raisonnable, le résultat est le même.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureur de l’intimé le Syndicat de l’enseignement de la région de Laval : Syndicat de l’enseignement de la région de Laval, Laval.

Procureurs de l’intimée la Fédération autonome de l’enseignement : Rivest, Schmidt, Montréal.

Procureurs de l’intervenante : Barabé Casavant, Montréal.

Bruce Brine *Applicant/Respondent on the motion*

v.

Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. *Respondent/Applicant*

INDEXED AS: BRINE v. INDUSTRIAL ALLIANCE INSURANCE AND FINANCIAL SERVICES INC.

2016 SCC 9

File No.: 36809.

2016: February 25.

Present: Côté J.

MOTION TO STRIKE

Civil procedure — Motion to strike affidavit in support of application for leave to appeal — Affidavit opinion evidence lacking proper foundation and therefore inadmissible — Evidence consisting largely of sworn argument addressing ultimate questions in issue on proposed appeal and improperly attacking correctness of Court of Appeal decision below — Affidavit evidence rarely relevant and useful to Court in deciding whether application for leave to appeal raises issues of public importance — Motion granted — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 89.

Cases Cited

Applied: *Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 SCC 33, [2011] 2 S.C.R. 560; **referred to:** *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Ballard Estate v. Ballard Estate*, S.C.C., No. 22499, July 2, 1991 (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1991, p. 1998).

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 89.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

MOTION to strike an affidavit in support of the application for leave to appeal and to strike portions

Bruce Brine *Demandeur/Intimé à la requête*

c.

Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. *Intimée/Requérante*

RÉPERTORIÉ : BRINE c. INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES FINANCIERS INC.

2016 CSC 9

N° du greffe : 36809.

2016 : 25 février.

Présente : La juge Côté.

REQUÊTE EN RADIATION

Procédure civile — Requête en radiation d'un affidavit au soutien d'une demande d'autorisation d'appel — Témoignage d'opinion non fondé et par conséquent inadmissible — Témoignage composé en grande partie d'arguments présentés sous serment sur les questions ultimes visées par le pourvoi projeté et constituant une attaque collatérale de la décision de la Cour d'appel — Preuve par affidavit rarement pertinente et utile pour la Cour pour décider si une demande d'autorisation d'appel soulève des questions importantes pour le public — Requête accordée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 89.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 CSC 33, [2011] 2 R.C.S. 560; **arrêts mentionnés :** *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Ballard Estate c. Ballard Estate*, C.S.C., n° 22499, 2 juillet 1991 (reproduit dans *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1991, p. 1998).

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40(1).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 89.

REQUÊTE en radiation d'un affidavit déposé au soutien de la demande d'autorisation d'appel et en

of the applicant’s memorandum of argument. Motion granted.

Written submissions by *Barry J. Mason, Q.C.*, and *Glenn E. Jones*, for the applicant/respondent on the motion.

Written submissions by *Michelle Awad, Q.C.*, and *Kevin Gibson*, for the respondent/applicant.

The following order was delivered by

[1] CÔTÉ J. — The respondent, Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. (“Industrial”), has brought a motion for an order striking the affidavit of Professor Bruce Feldthusen, which has been filed by the applicant, Bruce Brine, in support of his application for leave to appeal in this Court.

[2] The application seeks leave to appeal from a decision of the Nova Scotia Court of Appeal concerning a dispute over disability insurance between an insured, Mr. Brine, and an insurer, Industrial. The trial judge found Industrial had breached its contractual obligations and duty of good faith, awarding Mr. Brine contractual damages, \$30,000 for mental distress, \$150,000 in aggravated damages and \$500,000 in punitive damages (2014 NSSC 219, 346 N.S.R. (2d) 315). The Court of Appeal allowed Industrial’s appeal, in part, reducing the combined mental distress and aggravated damages to \$90,000, and the punitive damages to \$60,000 (2015 NSCA 104).

[3] Mr. Brine contends there is an issue of public importance raised by this case warranting the granting of leave by this Court, namely whether Canadian courts should be awarding higher punitive damage awards in order to adequately deter insurers from acting in bad faith. In particular, he asserts that the Court of Appeal’s reduced punitive damages award in this case is grossly inadequate and will do little to deter future misconduct by Industrial or other insurers. He

radiation de certaines parties du mémoire du demandeur. Requête accordée.

Argumentation écrite par *Barry J. Mason, c.r.*, et *Glenn E. Jones*, pour le demandeur/intimé à la requête.

Argumentation écrite par *Michelle Awad, c.r.*, et *Kevin Gibson*, pour l’intimée/requérante.

Version française de l’ordonnance rendue par

[1] LA JUGE CÔTÉ — L’intimée, Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. (« Industrielle »), a présenté une requête en radiation de l’affidavit souscrit par le professeur Bruce Feldthusen et déposé par le demandeur, Bruce Brine, au soutien de sa demande d’autorisation d’appel devant la Cour.

[2] Le demandeur sollicite l’autorisation d’interjeter appel d’une décision de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse relative à un litige en matière d’assurance invalidité qui l’oppose à son assureur, Industrielle. Le juge du procès a conclu qu’Industrielle avait manqué à ses obligations contractuelles et son devoir de bonne foi. Il a accordé au demandeur des dommages-intérêts de nature contractuelle, 30 000 \$ à titre de dommages moraux, 150 000 \$ à titre de dommages-intérêts majorés et 500 000 \$ à titre de dommages-intérêts punitifs (2014 NSSC 219, 346 N.S.R. (2d) 315). La Cour d’appel a accueilli en partie l’appel d’Industrielle et réduit le montant total des dommages-intérêts majorés et à titre de dommages moraux à 90 000 \$ et celui à titre de dommages-intérêts punitifs à 60 000 \$ (2015 NSCA 104).

[3] Selon le demandeur, la présente affaire soulève une question d’importance pour le public qui justifie que la Cour autorise l’appel, soit la question de savoir si les tribunaux canadiens devraient condamner les assureurs à payer des dommages-intérêts punitifs plus élevés afin de les dissuader d’agir de mauvaise foi. Plus particulièrement, il soutient que le montant réduit de dommages-intérêts punitifs accordé par la Cour d’appel dans la présente affaire

includes the impugned affidavit of Prof. Feldthusen in his application to support his contentions.

[4] Industrial requests that the affidavit be struck, along with portions of the applicant's memorandum of argument that make reference to it, on the following basis: the affidavit is irrelevant to the issue of whether leave to appeal should be granted pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and the contents of the affidavit are argument and inadmissible evidence contrary to Rule 89 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156.

[5] Rule 89 sets out the requirements for affidavits filed in support of a proceeding in this Court, including applications for leave to appeal:

89 (1) An affidavit shall be filed to substantiate any fact that is not a matter of record in the Court.

(2) An affidavit to be used in a proceeding shall be limited to the statement of facts within the knowledge of the deponent, but statements based on information or belief that state the source of the information or the grounds for the belief may be admitted by the Court, a judge or the Registrar.

[6] In his affidavit, Prof. Feldthusen makes a number of statements about alleged misconduct by insurers that, in his view, is exacerbated by inordinately low punitive damages awards. He lists the names of 12 cases in which he says punitive damages were awarded against insurers since this Court's decision in *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, as well as the amount of punitive damages awarded in those cases. He then concludes on that basis that misconduct is "very common in Canada" and that insurers consider low punitive damages awards to be a "mere license fee and a low cost of doing business". Prof. Feldthusen sets out no further facts or analysis in respect of the

est nettement insuffisant et fera bien peu pour dissuader Industrielle ou d'autres assureurs d'adopter une conduite répréhensible. Au soutien de ses prétentions, le demandeur joint à sa demande l'affidavit contesté du professeur Feldthusen.

[4] Industrielle sollicite la radiation de l'affidavit, de même que des extraits du mémoire du demandeur qui y font référence. Pour justifier sa demande, elle soutient que l'affidavit n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder l'autorisation d'interjeter appel en application du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, et que son contenu comporte des arguments et constitue une preuve inadmissible aux termes de la règle 89 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156.

[5] La règle 89 énonce les exigences auxquelles doivent satisfaire les affidavits déposés au soutien d'une procédure devant la Cour, y compris les demandes d'autorisation d'appel :

89 (1) Les faits dont la preuve n'est pas au dossier de la Cour doivent être attestés par affidavit.

(2) L'affidavit présenté dans le cadre d'une procédure se limite à l'énoncé des faits dont le déposant a connaissance. Toutefois, la Cour, un juge ou le registraire peut admettre une déclaration fondée sur des renseignements ou une opinion pourvu que le déposant y indique la source des renseignements ou les motifs à l'appui de son opinion.

[6] Dans son affidavit, le professeur Feldthusen fait un certain nombre de déclarations relatives à des actes répréhensibles qu'auraient commis des assureurs et il affirme que le problème est exacerbé du fait de l'octroi par les tribunaux de montants de dommages-intérêts punitifs excessivement bas. Il dresse la liste de 12 causes dans lesquelles des assureurs ont été condamnés à payer des dommages-intérêts punitifs depuis la décision de la Cour dans *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, et il précise le montant de ces dommages-intérêts. Il conclut, sur ce fondement, que les assureurs adoptent [TRADUCTION] « très fréquemment au Canada » une conduite répréhensible

cases cited. Neither does he provide additional statistics or other corroborating evidence to support his belief that bad faith and misconduct by insurers is related to the “modest and conservative” punitive damages awards that have failed to deter insurers “from engaging in ‘malicious’ and ‘high handed’ conduct”. This opinion evidence is inadmissible because it is lacking in proper foundation.

[7] Moreover, the affidavit is not helpful to the Court in deciding whether or not leave to appeal should be granted, per the principles in *Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 SCC 33, [2011] 2 S.C.R. 560. While that decision concerned a motion to adduce fresh evidence and not a motion to strike, Binnie J.’s observations on when affidavits will be useful to the Court in considering whether or not to grant leave have application in the present circumstances:

Generally speaking, our Court takes the view that the question whether a legal issue is of public importance within the meaning of s. 43 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, is not a matter on which affidavit evidence is helpful. The practice is not invariable however. In some cases it may not be apparent from the rest of the leave materials why, for example, the decision sought to be appealed is alleged to establish a precedent that is unworkable in practice, or otherwise is likely to have a problematic impact or jurisprudential importance not apparent on its face. Here, however, the issues are straightforward. . . .

. . . The [evidence sought to be filed] does not indicate any conflict in the authorities or suggest that there are good reasons, policy or jurisprudential, not readily apparent from the material already filed, for finding that the application raises a legal issue of public importance. [paras. 4-5]

et qu’ils considèrent les montants modestes de dommages-intérêts punitifs comme « de simples redevances qui constituent un faible prix à payer pour poursuivre leurs activités ». Le professeur Feldthusen ne présente aucun autre fait ou analyse quant aux causes auxquelles il renvoie. Il ne fournit pas non plus d’autres statistiques ou éléments de preuve qui pourraient corroborer sa croyance que la mauvaise foi et la conduite répréhensible des assureurs sont liées aux montants de dommages-intérêts punitifs « modestes et conservateurs » auxquels ils sont condamnés et qui n’ont pas pour effet de les dissuader « d’adopter une conduite “malveillante” et “abusive” ». Ce témoignage d’opinion est inadmissible, car il n’est pas fondé.

[7] En outre, l’affidavit n’est aucunement utile pour permettre à la Cour de décider si l’autorisation devrait ou non être accordée suivant les principes établis dans l’arrêt *Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd.*, 2011 CSC 33, [2011] 2 R.C.S. 560. Même si cette décision portait sur une requête pour permission de produire une nouvelle preuve et non sur une requête en radiation, les observations du juge Binnie quant aux situations dans lesquelles les affidavits sont utiles pour permettre à la Cour de trancher une demande d’autorisation d’appel trouvent application en l’espèce :

Règle générale, notre Cour considère que l’importance d’une question de droit pour le public au sens de l’art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, n’est pas une question à l’égard de laquelle une preuve par affidavit peut être utile. Cette règle n’est toutefois pas immuable. Dans certains cas, il se peut que les autres éléments de la demande d’autorisation ne révèlent pas pourquoi, par exemple, la décision visée par la demande d’autorisation d’appel créerait un précédent inapplicable en pratique, ou risquerait d’avoir des répercussions négatives ou des conséquences jurisprudentielles insoupçonnées. Toutefois, dans le présent dossier, les questions en litige sont claires. . .

. . . [La preuve qu’on désire déposer] ne révèle aucune discordance dans la jurisprudence, ni aucun motif de politique générale ou jurisprudentiel valable, qui ne ressorte pas manifestement des documents déjà déposés, démontrant que la demande soulève une question de droit d’importance pour le public. [par. 4-5]

[8] Even assuming the leave application raises the issues as framed by the applicant, which is for the leave panel to decide and about which I make no comment and express no opinion, the affidavit does not assist the Court with whether those issues are of public importance by, for example, pointing to conflicting decisions or otherwise unworkable legal principles resulting from the Court of Appeal decision. Neither does it provide the Court with background material relevant to the general importance of the case which, in some instances, might be helpful. Rather, it consists largely of sworn argument, addressing the ultimate questions the applicant seeks to put in issue on the proposed appeal. As Binnie J. suggested in *Aecon*, only rarely will affidavit evidence on an application for leave be useful to the Court. In the vast majority of cases, as here, that evidence will be irrelevant to deciding the public importance of the case.

[9] Finally, the affidavit amounts to an improper attack on the correctness of the Court of Appeal decision below: see *Ballard Estate v. Ballard Estate*, S.C.C., No. 22499, July 2, 1991 (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, 1991, at p. 1998), in which Cory J. granted the motion to strike, finding “the affidavits filed on this case seek by way of experts’ opinion, to buttress an attack on the decisions from which leave to appeal is sought”.

[10] I note that, as an alternative to granting the motion as requested, the applicant could have been given the opportunity to file an amended affidavit curing the deficiencies set out above, as an alternative to striking the affidavit in its entirety without leave to amend. However, considering that in this case the affidavit evidence is not helpful in assisting the Court on the issue of public importance, that option would not be the appropriate result. The same

[8] Même en tenant pour acquis que la demande d’autorisation soulève les questions que formule le demandeur, ce qu’il appartiendra à la formation de juges chargés de trancher la demande d’autorisation de décider et ce sur quoi je n’exprime aucun commentaire ni aucune opinion, l’affidavit n’est pas non plus utile pour permettre à la Cour de déterminer si ces questions sont d’importance pour le public, par exemple, en soulignant l’existence de décisions contradictoires ou de principes juridiques inapplicables découlant de la décision de la Cour d’appel. L’affidavit ne fournit pas non plus à la Cour de renseignements quant au contexte pertinent pour juger de l’importance générale de la cause, ce qui, dans certains cas, pourrait s’avérer utile. Il s’agit plutôt en grande partie d’arguments faits sous serment et portant sur les questions que le demandeur souhaite ultimement soulever dans le pourvoi projeté. Comme le juge Binnie l’a suggéré dans *Aecon*, rares sont les cas où une preuve par affidavit présentée au soutien d’une demande d’autorisation d’appel sera utile pour la Cour. Dans la très grande majorité des cas, comme en l’espèce, cette preuve n’aura aucune pertinence pour décider de l’importance de la cause pour le public.

[9] Enfin, l’affidavit constitue en quelque sorte une attaque collatérale de la décision de la Cour d’appel en l’espèce : voir *Ballard Estate c. Ballard Estate*, C.S.C., n° 22499, 2 juillet 1991 (reproduit dans *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 1991, p. 1998), une décision dans laquelle le juge Cory, qui a accueilli une requête en radiation, a conclu que [TRADUCTION] « les affidavits déposés en l’espèce tentent, en utilisant l’opinion d’experts, d’attaquer les décisions qui font l’objet de la demande d’autorisation d’appel ».

[10] Je souligne qu’une autre possibilité aurait été d’autoriser le demandeur à déposer un affidavit modifié qui aurait corrigé les défauts de celui en cause ici, plutôt que de voir ce dernier totalement radié sans qu’il puisse être modifié. Or, comme il appert en l’espèce que la preuve par affidavit n’est d’aucune utilité pour permettre à la Cour de trancher la question de l’importance pour le public, il n’aurait pas été approprié de conclure ainsi. Il en est de

is true with respect to providing the respondent with the opportunity to cross-examine and file its own insurance expert affidavit to counter the one filed by the applicant.

[11] The motion is therefore granted, with costs to the respondent in any event of the cause. The affidavit of Prof. Feldthusen and the relevant portions in the applicant's memorandum of argument that refer to the affidavit are struck out, without leave to amend. The respondent shall have 30 days from the date of this order to serve and file its response to the application for leave to appeal.

Motion granted with costs.

Solicitors for the applicant/respondent on the motion: Pressé Mason, Bedford, N.S.

Solicitors for the respondent/applicant: McInnes Cooper, Halifax.

même quant à la possibilité d'offrir à l'intimée l'occasion de contre-interroger et de déposer un affidavit de son propre expert en assurance pour contrer celui déposé par le demandeur.

[11] La requête est donc accordée, avec dépens en faveur de l'intimée quelle que soit l'issue de la cause. L'affidavit souscrit par le professeur Feldthusen et les extraits pertinents du mémoire du demandeur qui y réfèrent sont radiés, sans autorisation d'en présenter des versions modifiées. L'intimée a 30 jours à compter de la présente ordonnance pour signifier et déposer sa réponse à la demande d'autorisation d'appel.

Requête accordée avec dépens.

Procureurs du demandeur/intimé à la requête : Pressé Mason, Bedford (N.-É.).

Procureurs de l'intimée/requérante : McInnes Cooper, Halifax.

Alan Peter Knapczyk *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

John Reginald Alcantara *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KNAPCZYK

2016 SCC 10

File Nos.: 36612, 36613.

2016: March 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Controlled drugs and substances — Trafficking — Parties to offence — Aiding and abetting — Accused provided protection to cocaine distribution business — Court of Appeal properly holding that accused aided and abetted offence of trafficking through distribution — Accused's convictions for trafficking in cocaine upheld.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Costigan and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 258, 326 C.C.C. (3d) 377, 22 Alta. L.R. (6th) 77, 602 A.R. 197, 647 W.A.C. 197, [2015] 12 W.W.R. 649, [2015] A.J. No. 882 (QL), 2015 CarswellAlta 1475 (WL Can.), setting aside the acquittals for trafficking in cocaine entered by Greckol J., 2012 ABQB 521, 547 A.R. 1, 80 Alta. L.R. (5th) 1, [2013] 6 W.W.R. 1, [2012] A.J. No. 929 (QL), 2012 CarswellAlta 1524 (WL Can.), and entering convictions. Appeals dismissed.

Alan Peter Knapczyk *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

John Reginald Alcantara *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. KNAPCZYK

2016 CSC 10

N^{os} du greffe : 36612, 36613.

2016 : 22 mars.

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

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

Droit criminel — Drogues et autres substances réglementées — Trafic — Parties à l'infraction — Aide et encouragement — Protection fournie par les accusés à un réseau de distribution de cocaïne — Conclusion bien fondée de la Cour d'appel portant que les accusés ont aidé à la commission de l'infraction de trafic par voie de distribution et encouragé sa perpétration — Déclarations de culpabilité prononcées contre les accusés pour trafic de cocaïne confirmées.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, Costigan et Wakeling), 2015 ABCA 258, 326 C.C.C. (3d) 377, 22 Alta. L.R. (6th) 77, 602 A.R. 197, 647 W.A.C. 197, [2015] 12 W.W.R. 649, [2015] A.J. No. 882 (QL), 2015 CarswellAlta 1475 (WL Can.), qui a annulé les acquittements prononcés par la juge Greckol à l'égard d'accusations de trafic de cocaïne, 2012 ABQB 521, 547 A.R. 1, 80 Alta. L.R. (5th) 1, [2013] 6 W.W.R. 1, [2012] A.J. No. 929 (QL), 2012 CarswellAlta 1524 (WL Can.), et leur a substitué des déclarations de culpabilité. Pourvois rejetés.

Simon Renouf, Q.C., for the appellant Alan Peter Knapczyk.

A. Clayton Rice and Heather Ferg, for the appellant John Reginald Alcantara.

Ronald C. Reimer and Jonathan Martin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are agreed that the appeals should be dismissed. We agree with the following statement of the Court of Appeal:

On the correct application of the legal principles to the facts found by the trial judge, it is an inescapable conclusion that the respondents aided and abetted the offence of trafficking through distribution. Their acts prevented or hindered interference with the accomplishment of a criminal act. In this way, the respondents provided assistance and encouragement to Mr. Caines in the commission of the offence of trafficking. There is a clear link between the respondents' acts and the commission of the offence. [para. 15]

[2] The appeals are dismissed and the order of the Court of Appeal affirmed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Alan Peter Knapczyk: Simon Renouf Professional Corporation, Edmonton.

Solicitors for the appellant John Reginald Alcantara: Evans Fagan Rice McKay, Calgary.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

Simon Renouf, c.r., pour l'appellant Alan Peter Knapczyk.

A. Clayton Rice et Heather Ferg, pour l'appellant John Reginald Alcantara.

Ronald C. Reimer et Jonathan Martin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes d'avis que les appels doivent être rejetés. Nous faisons nôtres les observations suivantes de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] La conclusion inéluctable qui découle de l'application appropriée des principes juridiques aux faits constatés par la juge du procès est que les intimés ont aidé à la commission de l'infraction de trafic par voie de distribution et encouragé sa perpétration. Par leurs actes, ils ont écarté ou prévenu des obstacles à la réalisation d'un acte criminel. En agissant ainsi, les intimés ont fourni à M. Caines aide et encouragement dans la commission de l'infraction de trafic. Il existe un lien évident entre les actes des intimés et la commission de l'infraction. [par. 15]

[2] Les appels sont rejetés et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant Alan Peter Knapczyk : Simon Renouf Professional Corporation, Edmonton.

Procureurs de l'appellant John Reginald Alcantara : Evans Fagan Rice McKay, Calgary.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Meredith Katharine Borowiec *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Women’s Legal Education and
Action Fund Inc. and
Criminal Lawyers’ Association
of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BOROWIEC

2016 SCC 11

File No.: 36585.

2016: January 20; 2016: March 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Infanticide — Elements of offence — Accused found guilty of infanticide in relation to her deceased newborns — Offence provision providing that female person commits infanticide when by wilful act or omission she causes death of her newly-born child, if at time of act or omission she is not fully recovered from effects of giving birth to child and by reason thereof or of effect of lactation consequent on birth of child her mind is then disturbed — Legal meaning of expression “her mind is then disturbed” — Whether trial judge failed to apply legal standard set out by statutory language and failed to appreciate evidence of accused’s mental state — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 233.

In October 2010, a newborn child was found crying in a dumpster. B admitted that she had given birth to the child. She later admitted to having delivered two other babies in 2008 and 2009 and leaving each of them in a dumpster. B was charged with two counts of second degree murder in relation to the deceased newborns. The trial judge acquitted B of murder and found her guilty of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Meredith Katharine Borowiec *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario,
Fonds d’action et d’éducation juridiques
pour les femmes inc. et
Criminal Lawyers’ Association
of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BOROWIEC

2016 CSC 11

N° du greffe : 36585.

2016 : 20 janvier; 2016 : 24 mars.

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

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

Droit criminel — Infanticide — Éléments de l’infraction — Accusée déclarée coupable d’infanticide eu égard à ses nouveau-nés décédés — Disposition pénale portant qu’une femme commet le crime d’infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né alors qu’elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation conséquente à la naissance de l’enfant, son esprit est alors déséquilibré — Sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » — Le juge du procès a-t-il omis d’appliquer la norme juridique établie par le libellé de la disposition et d’apprécier la preuve de l’état d’esprit de l’accusée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 233.

En octobre 2010, un enfant nouveau-né a été trouvé en pleurs dans une benne à ordures. B a avoué avoir donné naissance à l’enfant. Elle a avoué par la suite avoir donné naissance à deux autres bébés, en 2008 et 2009 respectivement, et les avoir laissés tous deux dans une benne à ordures. B a été accusée de deux chefs de meurtre au deuxième degré eu égard aux nouveau-nés décédés. Le

two counts of infanticide. The majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Infanticide is a form of culpable homicide and applies in the narrow set of circumstances where (1) a mother, by a wilful act or omission, kills her newborn child and, (2) at the time of the act or omission, the mother's mind is "disturbed" either because she is not fully recovered from the effects of giving birth or by reason of the effect of lactation.

The question of the meaning of the phrase "her mind is then disturbed" is one of statutory interpretation. The grammatical and ordinary sense of the words, their place within the *Criminal Code*, the provision's legislative history and evolution, and the jurisprudence interpreting the phrase "her mind is then disturbed" do not support the conclusion that Parliament intended to restrict the concept of a disturbed mind to those who have "a substantial psychological problem". Rather, the phrase "mind is then disturbed" should be applied as follows: (a) the word "disturbed" is not a legal or medical term of art, but should be applied in its grammatical and ordinary sense; (b) in the context of whether a mind is disturbed, the term can mean "mentally agitated", "mentally unstable" or "mental discomposure"; (c) the disturbance need not constitute a defined mental or psychological condition or a mental illness. It need not constitute a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code* or amount to a significant impairment of the accused's reasoning faculties; (d) the disturbance must be present at the time of the act or omission causing the "newly-born" child's death and the act or omission must occur at a time when the accused is not fully recovered from the effects of giving birth or of lactation; (e) there is no requirement to prove that the act or omission was caused by the disturbance. The disturbance is part of the *actus reus* of infanticide, not the *mens rea*; (f) the disturbance must be "by reason of" the fact that the accused was not fully recovered from the effects of giving birth or from the effect of lactation consequent on the birth of the child.

The trial judge, relying on the defence expert's opinion and the evidence as a whole, concluded that B's mind was "disturbed" as a result of not yet having fully recovered from the effects of giving birth. There was no error in the trial judge's summary of the law of infanticide. Based on his assessment of the evidence, the trial judge was entitled

juge du procès a acquitté B des accusations de meurtre et l'a déclarée coupable de deux chefs d'infanticide. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel formé par le ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'infanticide est une forme d'homicide coupable qui s'applique dans les circonstances très restreintes où (1) une mère, par un acte ou une omission volontaire, cause la mort de son enfant nouveau-né et où (2) au moment de l'acte ou de l'omission, l'esprit de la mère est « déséquilibré » soit parce qu'elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance ou du fait de la lactation.

La question du sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » en est une d'interprétation législative. Le sens ordinaire et grammatical des mots, leur place dans le *Code criminel*, l'historique législatif de la disposition et son évolution, de même que la jurisprudence qui a interprété la proposition « son esprit est alors déséquilibré », n'appuient pas la conclusion selon laquelle le législateur voulait limiter l'application du concept d'esprit déséquilibré aux personnes atteintes d'« un grave trouble psychologique ». La proposition « son esprit est alors déséquilibré » doit plutôt être ainsi appliquée : a) le mot « déséquilibré » n'est pas un terme juridique ou médical technique; il faut plutôt l'appliquer dans son sens ordinaire et grammatical; b) lorsqu'il s'agit de déterminer si un esprit est déséquilibré, ce mot peut vouloir dire « mentalement agité », « mentalement instable » ou « frappé de confusion mentale »; c) le déséquilibre n'a pas à constituer un trouble mental ou psychologique défini ou encore une maladie mentale; il n'a pas non plus à constituer un « trouble mental » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 16 du *Code criminel* ni ne suppose un affaiblissement important des facultés de raisonnement de l'accusée; d) le déséquilibre doit être présent au moment de l'acte ou de l'omission causant la mort de l'enfant nouveau-né et cet acte ou cette omission doit survenir à un moment où l'accusée n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance ou de la lactation; e) il n'est pas nécessaire de prouver que l'acte ou l'omission découle du déséquilibre, lequel fait partie de l'*actus reus* de l'infanticide et non pas de sa *mens rea*; f) le déséquilibre doit avoir résulté « du fait » que l'accusée n'était pas complètement remise d'avoir donné naissance ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant.

Le juge du procès, se fondant sur l'avis de l'experte de la défense et sur l'ensemble de la preuve, a conclu que l'esprit de B était « déséquilibré » du fait qu'elle n'était toujours pas complètement remise d'avoir donné naissance. Le résumé du droit de l'infanticide qu'a fait le juge du procès ne contenait aucune erreur. Vu son appréciation

to conclude or have a reasonable doubt that B's mind was "disturbed" at the time of the offences despite any indication of rational behaviour and wilful blindness.

Cases Cited

Approved: *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, aff'g (2008), 237 C.C.C. (3d) 215, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; **referred to:** *R. v. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212; *R. v. Guimont* (1999), 141 C.C.C. (3d) 314; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Leung*, 2014 BCSC 558.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1948, c. 39, s. 7.
Coroners and Justice Act 2009 (U.K.), c. 25, s. 57.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 262.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "mental disorder", "newly-born child", 16, 233, 663(b), 672.11(c).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 204.
Infanticide Act, 1922 (U.K.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18, s. 1(1).
Infanticide Act, 1938 (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, s. 1(1).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 4th Sess., 20th Parl., June 14, 1948, pp. 5184-87.
 Davies, D. Seaborne. "Child-Killing in English Law" (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 2001, "déséquilibré".
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "disturbed".
 United Kingdom. House of Lords. *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922, pp. 758-59, 761-62, 765 and 768 (online: <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1922/may/25/child-murder-trial-bill>).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, McDonald and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, 326 C.C.C. (3d) 438, 22 C.R. (7th) 132, [2015] A.J. No. 752 (QL), 2015 CarswellAlta 1237 (WL Can.), affirming the accused's convictions for infanticide. Appeal dismissed.

de la preuve, le juge du procès pouvait conclure que l'esprit de B était « déséquilibré » au moment des infractions malgré les indices de comportement rationnel et d'aveulement volontaire; il pouvait aussi avoir un doute raisonnable à cet égard.

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, conf. (2008), 237 C.C.C. (3d) 215, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; **arrêts mentionnés :** *R. c. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212; *R. c. Guimont* (1999), 33 C.R. (5th) 160; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Leung*, 2014 BCSC 558.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2 « enfant nouveau-né » ou « nouveau-né », « troubles mentaux », 16, 233, 663b), 672.11c).
Code criminel, S.C. 1953-54, c. 51, art. 204.
Code criminel, S.R.C. 1927, c. 36, art. 262.
Coroners and Justice Act 2009 (R.-U.), c. 25, art. 57.
Infanticide Act, 1922 (R.-U.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18, art. 1(1).
Infanticide Act, 1938 (R.-U.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, art. 1(1).
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1948, c. 39, art. 7.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 4^e sess., 20^e lég., 14 juin 1948, p. 5329-5332.
 Davies, D. Seaborne. « Child-Killing in English Law » (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
Grand Robert de la langue française, 2^e éd., Paris, Le Robert, 2001, « déséquilibré ».
Oxford English Dictionary, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, « disturbed ».
 Royaume-Uni. House of Lords. *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922, pp. 758-59, 761-62, 765 and 768 (en ligne : <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1922/may/25/child-murder-trial-bill>).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, McDonald et Wakeling), 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, 326 C.C.C. (3d) 438, 22 C.R. (7th) 132, [2015] A.J. No. 752 (QL), 2015 CarswellAlta 1237 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusée pour infanticide. Pourvoi rejeté.

Julie Morgan and Joanne Dartana, for the appellant.

Andrea L. Serink and Alias Amelia Sanders, for the respondent.

Jocelyn Speyer, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jessica Orkin, Kim Stanton and Frances Mahon, for the intervener the Women’s Legal Education and Action Fund Inc.

Jonathan Dawe and Michael Dineen, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This case requires us to explore a particularly dark corner of the criminal law, the law of infanticide. Section 233 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that “[a] female person commits infanticide when by a wilful act or omission she causes the death of her newly-born child, if at the time of the act or omission she is not fully recovered from the effects of giving birth to the child and by reason thereof or of the effect of lactation consequent on the birth of the child her mind is then disturbed”. The focus of the appeal is the legal meaning of the phrase “her mind is then disturbed”, a phrase which is not defined in the *Code* and for which the case law has provided little explanation.

[2] In my opinion, Parliament intended the concept of a “disturbed” mind in this offence to have its ordinary meaning, so as to provide a broad and flexible legal standard which will serve the ends of justice in the particular circumstances of these difficult cases. While we can provide some limited guidance

Julie Morgan et Joanne Dartana, pour l’appelante.

Andrea L. Serink et Alias Amelia Sanders, pour l’intimée.

Jocelyn Speyer, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jessica Orkin, Kim Stanton et Frances Mahon, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes inc.

Jonathan Dawe et Michael Dineen, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] En l’espèce, nous sommes appelés à étudier un aspect particulièrement sombre du droit criminel, le droit de l’infanticide. Aux termes de l’art. 233 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), « [u]ne personne de sexe féminin commet un crime d’infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né, si au moment de l’acte ou de l’omission elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l’enfant, son esprit est alors déséquilibré ». Le nœud du pourvoi réside dans le sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré », qui n’est pas définie dans le *Code criminel* et au sujet de laquelle la jurisprudence donne peu d’explications.

[2] À mon avis, le législateur voulait donner à la notion d’esprit « déséquilibré » dans le contexte de cette infraction son sens ordinaire, pour qu’elle constitue une norme juridique générale et souple qui sert l’intérêt de la justice dans les circonstances particulières de ces cas difficiles. Bien que nous

for trial judges and juries, the rest is left, by Parliament's design, to their good judgment.

II. Overview of Facts, Issues and Judicial History

[3] In October 2010, a newborn child was found crying in a dumpster. The respondent, who was sitting nearby, admitted that she had given birth to the child. She later admitted to having delivered two other babies in 2008 and 2009 and leaving each of them in a dumpster.

[4] The respondent was charged with two counts of second degree murder in relation to the deceased newborns. Two expert witnesses were called at trial, each with opposing views on whether the respondent's mind was disturbed at the time of the offences.

[5] Dr. Kenneth Hashman, called by the Crown, was of the opinion that the respondent's "balance of the mind", as that expression is used in s. 672.11(c) of the *Criminal Code*, was not disturbed at the time of the commission of the alleged offences in 2008 and 2009. Dr. Jeannette Smith, called by the defence, concluded that the respondent's actions were explained by her mind being disturbed as a result of her not yet having fully recovered from the effects of giving birth.

[6] The main issue at trial and on appeal was whether the evidence gave rise to a reasonable doubt as to whether the respondent's mind, at the time of the acts which resulted in the children's deaths, was disturbed by reason of not having fully recovered from the effects of giving birth or lactation.

[7] The trial judge accepted Dr. Smith's opinion. In rejecting Dr. Hashman's opinion, the trial judge noted that the expert failed to refer to an "important symptom" in his final report (namely that the respondent suffered "significant depersonalization" evidenced by statements that she felt like she had

puissions donner quelques précisions aux juges de première instance et aux jurés, le reste est laissé, par les soins du législateur, à leur bon jugement.

II. Aperçu des faits, questions en litige et historique judiciaire

[3] En octobre 2010, un enfant nouveau-né a été trouvé en pleurs dans une benne à ordures. L'intimée, qui était assise à proximité, a admis avoir donné naissance à l'enfant. Elle a avoué par la suite avoir donné naissance à deux autres bébés, en 2008 et 2009 respectivement, et les avoir laissés tous deux dans une benne à ordures.

[4] L'intimée a été accusée de deux chefs de meurtre au deuxième degré eu égard aux nouveau-nés décédés. Deux experts ont été cités à témoigner au procès et ont exprimé des opinions opposées sur la question de savoir si l'esprit de l'intimée était déséquilibré au moment où les infractions ont été commises.

[5] Le D^r Kenneth Hashman, cité par le ministère public, s'est dit d'avis que l'intimée n'était pas [TRADUCTION] « mentalement déséquilibrée » — expression qui figure à l'al. 672.11c) du *C. cr.* — au moment où les infractions auraient été commises en 2008 et 2009. La D^{re} Jeannette Smith, citée par la défense, a conclu pour sa part que les gestes de l'intimée s'expliquaient par le déséquilibre de son esprit du fait qu'elle n'était toujours pas complètement remise d'avoir donné naissance.

[6] Au procès et en appel, la principale question était celle de savoir si la preuve soulevait un doute raisonnable quant à savoir si l'esprit de l'intimée, au moment où ont été posés les actes qui ont entraîné la mort des enfants, était déséquilibré parce qu'elle n'était pas complètement remise d'avoir donné naissance ou par suite de la lactation.

[7] Le juge du procès a donné foi à l'opinion de la D^{re} Smith. En rejetant celle du D^r Hashman, il a noté que l'expert avait omis de faire référence dans son rapport final à un [TRADUCTION] « important symptôme » (soit que l'intimée avait souffert d'une « dépersonnalisation avancée » dont témoignent ses

“zero control” of her actions and was “observing from outside” her own body); erroneously applied the “balance of the mind” language found under s. 672.11(c) of the *Criminal Code*; and that he seemed to require that the respondent have a mental disorder in order to have a disturbed mind.

[8] In addition to Dr. Smith’s opinion, the trial judge considered the case as a whole, including that the respondent had no criminal record and no psychopathic or sociopathic tendencies. The trial judge concluded, as a result of the respondent’s “bizarre actions” and Dr. Smith’s opinion, that the respondent’s mind was disturbed as a result of the births. Consequently, the trial judge found that the Crown failed to prove beyond a reasonable doubt that the respondent’s mind was not disturbed. The trial judge acquitted the respondent of murder and found her guilty of two counts of infanticide.

[9] On the Crown’s appeal of the acquittal at trial, the Court of Appeal divided. The majority upheld the acquittals on the counts of second degree murder. Côté and McDonald J.J.A., writing for the majority, held that Parliament was deliberately vague in defining infanticide and that Parliament intended to set “a very low threshold” in using the term “disturbed”: 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, at para. 45, citing *R. v. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212, at paras. 32 and 37. The majority also concluded that, while s. 233 does not refer to “balance of the mind”, it was unlikely that Parliament intended any significant difference between that language and the “mind is disturbed” as found in s. 233: para. 50. While the trial judge was wrong on this point, the majority ultimately found no error in the trial judge’s analysis of the law on infanticide and dismissed the appeal.

déclarations selon lesquelles elle n’avait « aucune maîtrise » de ses gestes et qu’elle « avait observé » son propre corps « de l’extérieur ». Selon le juge du procès, le D^e Hashman avait en outre mal appliqué le terme « mentalement déséquilibré » qui figure à l’al. 672.11c) du *C. cr.*, en plus, enfin, d’exiger que l’intimée souffre d’un trouble mental pour que son esprit ait été déséquilibré.

[8] Outre l’opinion de la D^e Smith, le juge du procès a examiné le dossier dans son ensemble, y compris le fait que l’intimée n’avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes ou sociopathes. Le juge du procès a conclu que, compte tenu de l’opinion de la D^e Smith ainsi que des [TRADUCTION] « gestes bizarres » posés par l’intimée, l’esprit de cette dernière était déséquilibré par suite des naissances. En conséquence, il a conclu que le ministère public n’avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l’esprit de l’intimée n’était pas déséquilibré. Le juge du procès a donc acquitté l’intimée des accusations de meurtre et l’a déclarée coupable de deux chefs d’infanticide.

[9] Quant à l’appel formé par le ministère public contre l’acquiescement prononcé au terme du procès, la Cour d’appel a été partagée. Les juges majoritaires ont maintenu les acquiescements quant aux chefs de meurtre au deuxième degré. Les juges Côté et McDonald, qui ont rédigé l’opinion majoritaire, ont conclu que le législateur avait délibérément défini l’infanticide en termes vagues et qu’il souhaitait fixer un [TRADUCTION] « critère très peu exigeant » en utilisant le terme « déséquilibré » : 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, par. 45, citant *R. c. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212, par. 32 et 37. Les juges majoritaires ont également conclu que, même si l’art. 233 ne fait pas référence à une accusée [TRADUCTION] « mentalement déséquilibrée », il était improbable que le législateur ait voulu une différence significative entre cette formulation et l’expression « esprit déséquilibré » qui figure à l’art. 233 : par. 50. Même si le juge du procès avait eu tort sur ce point, les juges majoritaires ont ultimement conclu qu’il n’avait commis aucune erreur dans son analyse du droit de l’infanticide et ont rejeté l’appel.

[10] The dissenting justice, Wakeling J.A., found that a woman had a “disturbed” mind only if her psychological health was substantially compromised because she recently gave birth and she had a newborn to care for and, as a result, her ability to make rational decisions promoting the best interests of her child was substantially impaired. Wakeling J.A. found that the trial judge and the experts failed to apply this standard (or any other standard) and would have allowed the appeal and ordered a new trial.

[11] The main issue on the further appeal to this Court concerns the legal meaning of the phrase “her mind is then disturbed”. I will first put this issue in the context of the law of infanticide and then turn to the definitional issue.

III. Analysis

A. *Overview of the Law of Infanticide*

[12] The law of infanticide has been comprehensively reviewed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, leave to appeal refused, [2011] 4 S.C.R. x. I need do little more than summarize its key conclusions.

[13] Infanticide, which is defined in s. 233 of the *Criminal Code*, is a form of culpable homicide and applies in the narrow set of circumstances where (1) a mother, by a wilful act or omission, kills her newborn child (under one year of age, as defined by the *Criminal Code*, s. 2) and, (2) at the time of the act or omission, the mother’s mind is “disturbed” either because she is not fully recovered from the effects of giving birth or by reason of the effect of lactation: *L.B.*, at para. 58.

[14] This definition “requires a mother-child relationship between the perpetrator and the victim”: *L.B.*, at para. 59. Further, “the mental state of the

[10] Le juge Wakeling, dissident, a jugé pour sa part qu’une femme n’a l’esprit « déséquilibré » que si sa santé psychologique est gravement compromise du fait qu’elle a donné naissance peu de temps auparavant et qu’elle doit prendre soin d’un nouveau-né et que, en conséquence, sa capacité de prendre des décisions rationnelles dans l’intérêt de son enfant est considérablement affaiblie. Le juge Wakeling a conclu que le juge du procès et les experts n’avaient pas appliqué cette norme (ou quelque autre norme que ce soit) et il était d’avis d’accueillir l’appel et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

[11] La principale question en litige dans l’appel subséquent interjeté devant la Cour est celle du sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré ». Je situerai tout d’abord cette question dans le contexte du droit de l’infanticide, puis traiterai du sens à lui donner.

III. Analyse

A. *Aperçu du droit de l’infanticide*

[12] Le droit de l’infanticide a été examiné de fond en comble par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, demande d’autorisation d’appel refusée, [2011] 4 R.C.S. x. Je n’ai pour ma part qu’à en résumer les conclusions principales.

[13] Défini à l’art. 233 du *C. cr.*, l’infanticide est une forme d’homicide coupable qui s’applique dans les circonstances très restreintes où (1) une mère, par un acte ou une omission volontaire, cause la mort de son enfant nouveau-né (de moins d’un an, selon la définition qu’en donne l’art. 2 du *C. cr.* sous l’entrée « enfant nouveau-né ou nouveau-né ») et où (2) au moment de l’acte ou de l’omission, l’esprit de la mère est « déséquilibré » soit parce qu’elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance ou du fait de la lactation : *L.B.*, par. 58.

[14] Selon cette définition, [TRADUCTION] « il doit exister une relation mère-enfant entre la victime et l’auteur du crime » : *L.B.*, par. 59. De plus, « l’esprit

perpetrator/mother must be disturbed and that disturbance must be connected to the effects of giving birth or lactation”: *ibid.* The offence of “infanticide does not require any causal connection between the disturbance of the mother’s mind and the decision to do the thing that caused her child’s death”: *ibid.*; *R. v. Guimont* (1999), 141 C.C.C. (3d) 314 (Que. C.A.), at p. 317. The disturbance is part of the *actus reus* of the offence, and not the *mens rea*: *L.B.*, at para. 59.

[15] Infanticide operates both as a stand-alone offence and as a partial defence, as in this case, to a charge of murder: *L.B.*, at paras. 99 and 104; *Guimont*, at p. 320. Where the evidence establishes an air of reality to an infanticide defence, the Crown must negate the defence beyond a reasonable doubt: *L.B.*, at para. 137.

[16] The *mens rea* of infanticide is the same as that required for manslaughter: *L.B.*, at para. 114. Thus, “to prove infanticide, the Crown must establish the *mens rea* associated with the unlawful act that caused the child’s death and [the] objective foreseeability of the risk of bodily harm to the child from that assault”: *ibid.*, at para. 121. As the Court of Appeal notes, it is the “unique *actus reus* of infanticide that distinguishes it from murder and manslaughter”: *ibid.*

[17] When infanticide is raised as a partial defence to a charge of murder or manslaughter, the jury should be instructed as set out in *L.B.*, at para. 139. Where the Crown proves that the accused committed a culpable homicide, the jury must consider the nature of the culpable homicide and whether it is infanticide. If the Crown fails to negate at least one of the elements of infanticide beyond a reasonable doubt, the jury must be instructed to return a verdict of not guilty of murder, but guilty of infanticide: *ibid.*

de [cette dernière], soit la mère, doit être déséquilibré et ce déséquilibre doit être lié aux effets de l’accouchement ou de la lactation » : *ibid.* « Pour être en présence d’un infanticide, il n’est pas nécessaire qu’il existe un lien de cause à effet entre le déséquilibre de l’esprit de la mère et la décision de poser le geste qui cause la mort de l’enfant » : *ibid.*; *R. c. Guimont*, (1999), 33 C.R. (5th) 160 (C.A. Qc), p. 162-163. Le déséquilibre fait partie intégrante de l’*actus reus* de l’infraction et non de sa *mens rea* : *L.B.*, par. 59.

[15] L’infanticide peut constituer à la fois une infraction autonome et, comme en l’espèce, une défense partielle en réponse à une accusation de meurtre : *L.B.*, par. 99 et 104; *Guimont*, p. 165. Lorsque la preuve donne une vraisemblance à la défense d’infanticide, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable qu’elle ne s’applique pas : *L.B.*, par. 137.

[16] La *mens rea* de l’infanticide est la même que celle requise pour conclure à la perpétration d’un homicide involontaire : *L.B.*, par. 114. Ainsi, [TRADUCTION] « pour faire la preuve d’un infanticide, le ministère public doit établir la *mens rea* associée à l’acte illégal qui a causé la mort de l’enfant ainsi que la prévisibilité objective du risque que l’enfant subisse des lésions corporelles par suite de l’agression » : *ibid.*, par. 121. Comme l’a souligné la Cour d’appel, c’est « l’*actus reus* unique de l’infanticide qui le distingue du meurtre et de l’homicide involontaire » : *ibid.*

[17] Lorsque l’infanticide est invoqué à titre de défense partielle en réponse à une accusation de meurtre ou d’homicide involontaire, le jury doit être instruit tel qu’il est énoncé dans *L.B.*, par. 139. Si le ministère public prouve que l’accusée a commis un homicide coupable, le jury doit examiner la nature de cet homicide et se demander s’il s’agit d’un infanticide. Si le ministère public ne parvient pas à prouver l’inexistence d’au moins un des éléments constitutifs de l’infanticide hors de tout doute raisonnable, le juge du procès doit donner comme directive au jury de déclarer l’accusée non coupable de meurtre, mais coupable d’infanticide : *ibid.*

B. *Disturbed Mind*

[18] The question of the meaning of the phrase “her mind is then disturbed” is one of statutory interpretation. To answer it, we apply the often reiterated “modern” approach which requires that we read the words in their “entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. I will look at the grammatical and ordinary sense of the words, their place within the *Criminal Code*, the provision’s legislative history and evolution, and, finally, at the jurisprudence interpreting this phrase.

(1) Grammatical and Ordinary Sense

[19] The adjective “disturbed” means “[d]isquieted; agitated; having the settled state, order, or position interfered with” and “emotionally or mentally unstable or abnormal”: *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 872.

[20] The French version of the legislation provides that a woman commits infanticide “*si au moment de l’acte ou de l’omission elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l’enfant, son esprit est alors déséquilibré*”. *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001) defines “*déséquilibré*” as “[q]ui n’a pas ou n’a plus son équilibre mental, psychique”: p. 1344.

[21] The grammatical and ordinary sense of the words used in s. 233 supports the conclusion that the legislator did not intend to restrict the availability of infanticide to situations where the psychological health of the woman was substantially compromised or where a mental disorder was established.

[22] The statutory language also shows that there is no requirement for a causal connection between the disturbance of the accused’s mind and the act or

B. *L’esprit déséquilibré*

[18] La question du sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » en est une d’interprétation législative. Pour y répondre, nous appliquons l’approche « moderne » souvent reprise qui consiste à interpréter les mots dans leur [TRADUCTION] « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Je vais donc me pencher sur le sens ordinaire et grammatical des mots, sur leur place dans le *Code criminel*, sur l’historique législatif de la disposition et sur son évolution. Enfin, j’analyserai la jurisprudence qui a interprété cette proposition.

(1) Sens ordinaire et grammatical

[19] L’adjectif « déséquilibré » signifie « [q]ui n’a pas ou n’a plus son équilibre mental, psychique » : *Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001), p. 1344.

[20] La version anglaise de la disposition législative prévoit qu’une femme commet un infanticide « *if at the time of the act or omission she is not fully recovered from the effects of giving birth to the child and by reason thereof or of the effect of lactation consequent on the birth of the child her mind is then disturbed* ». Selon *The Oxford English Dictionary* (2^e éd. 1989), p. 872, « *disturbed* » signifie : « *[d]isquieted; agitated; having the settled state, order, or position interfered with* » et « *emotionally or mentally unstable or abnormal* ».

[21] Le sens ordinaire et grammatical des mots employés à l’art. 233 permet de conclure que le législateur n’entendait pas restreindre la possibilité de porter des accusations d’infanticide aux situations où la santé psychologique de la femme a été gravement compromise ou à celles dans lesquelles des troubles mentaux ont été établis.

[22] Le libellé de la disposition démontre également qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait un lien de causalité entre le déséquilibre de l’esprit de l’accusée

omission causing the child's death. There is, however, a required link between the disturbance and having not fully recovered from the effects of giving birth to the child or of the effect of lactation consequent on the child's birth; in either case the disturbance must be "by reason thereof".

(2) Statutory Context

[23] The concept of a "disturbed" mind is unique to infanticide and does not appear elsewhere in the *Criminal Code*. Conceptually, a "disturbed" mind must be different from a "mental disorder", a term used in s. 16 of the *Criminal Code*, and, when proved on a balance of probabilities, can lead to a verdict of not criminally responsible. It must also be different from non-insane automatism, which makes the act committed by the accused involuntary: *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 896.

[24] From this we may infer that the disturbance addressed in the infanticide provisions need not reach the level required to provide a defence under s. 16 of the *Criminal Code*, that is, to be the result of a mental disorder (which is defined as a "disease of the mind" under s. 2 of the *Criminal Code*) that renders the accused incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong. We can also infer that the disturbance aspect of infanticide need not render the accused's acts or omissions involuntary as is required for automatism.

(3) Legislative History and Evolution

[25] Section 233 of the *Criminal Code* originated in the English *Infanticide Act, 1922* (U.K.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18. In 1938, that legislation was replaced with the *Infanticide Act, 1938* (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, and, in 2010, was amended by the *Coroners and Justice Act 2009* (U.K.), c. 25, s. 57.

[26] The *Infanticide Act, 1922* introduced the requirement that "at the time of the act or omission

et l'acte ou l'omission entraînant la mort de l'enfant. Par contre, il doit y avoir un lien entre le déséquilibre et le fait que l'accusée ne soit pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant; dans les deux cas, le déséquilibre doit résulter « de ce fait ».

(2) Contexte législatif

[23] La notion d'esprit « déséquilibré » est propre à l'infanticide et n'apparaît nulle part ailleurs dans le *Code criminel*. Sur le plan conceptuel, la notion d'esprit « déséquilibré » doit se distinguer de celle de « troubles mentaux » — dont il est question à l'art. 16 du *C. cr.* —, lesquels, lorsqu'ils sont établis selon la prépondérance des probabilités, peuvent entraîner un verdict de non-responsabilité criminelle. L'esprit déséquilibré doit également se distinguer de l'automatisme sans aliénation mentale qui fait de l'acte de l'accusé un geste involontaire : *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, p. 896.

[24] Nous pouvons déduire de ce qui précède que le déséquilibre dont il est question dans les dispositions sur l'infanticide n'a pas à être grave au point de fournir le moyen de défense visé à l'art. 16 du *C. cr.*, c'est-à-dire résulter de troubles mentaux (définis comme étant « [t]oute maladie mentale » à l'art. 2 du *C. cr.*) qui rendent l'accusée incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était répréhensible. Nous pouvons aussi en déduire que le volet de l'infanticide relatif au déséquilibre n'exige pas que les actes ou omissions de l'accusée soient involontaires, contrairement à ce que requiert l'automatisme.

(3) Historique et évolution de la loi

[25] L'article 233 du *C. cr.* tire son origine de la loi anglaise *Infanticide Act, 1922* (R.-U.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18. Cette loi a été remplacée par l'*Infanticide Act, 1938* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, qui, elle, a été modifiée en 2010 par la *Coroners and Justice Act 2009* (R.-U.), c. 25, art. 57.

[26] L'*Infanticide Act, 1922* a instauré la nécessité qu'[TRADUCTION] « au moment de l'acte ou

[the mother] had not fully recovered from the effect of giving birth to such child, and by reason thereof the balance of her mind was then disturbed”: s. 1(1). The *Infanticide Act, 1938* introduced amendments that remain in force today, in particular that the “balance of [the mother’s] mind” could be “disturbed by reason of her not having fully recovered from the effect of giving birth to the child or by reason of the effect of lactation consequent upon the birth of the child”: s. 1(1).

[27] The adoption of the *Infanticide Act, 1922* was intended to remedy the fact that judges and juries were reticent to convict a mother who killed her newborn of murder since she necessarily faced the death penalty: House of Lords, *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922 (online) (the “*Child Murder (Trial) Bill*”), at pp. 758-59; see also D. Seaborne Davies, “Child-Killing in English Law” (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203, at pp. 211 and 217-19; and *L.B.*, at paras. 67-68. The conditions in which infanticide arose drew much public sympathy. It was thought to be a crime mostly committed by “illegitimate mothers” trying to hide their shame, a motive which the general opinion thought lessened the heinousness of the crime. Further, it was acknowledged that women who committed infanticide often faced difficult economic circumstances, which led to the commission of the crime: Davies, at pp. 221-22.

[28] The drafters of the *Infanticide Act, 1922* deliberately adopted broad language. In the House of Lords, the Lord Chancellor noted that the words expressing the requirement that the balance of the mother’s mind be disturbed were “not terms of art”. Rather, the use of these “new words” was intended to distinguish it from the language “appropriated by prescriptive usage to insanity proper and to mental derangement produced by drunkenness” and that it was better to provide a formula “which might be the subject of reasonable judicial decision” and which would give effect to the intention behind the proposed legislation: *Child Murder (Trial) Bill*, at pp. 761-62.

de l’omission [la mère] ne s’était pas complètement remise d’avoir donné naissance à cet enfant et que, de ce fait, son esprit était alors déséquilibré » : par. 1(1). *L’Infanticide Act, 1938* a introduit des modifications qui sont toujours en vigueur aujourd’hui, notamment la disposition aux termes de laquelle [TRADUCTION] « l’esprit de la [mère] » peut être « déséquilibré du fait qu’elle ne s’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l’enfant » : par. 1(1).

[27] *L’Infanticide Act, 1922* a été adoptée pour remédier à la réticence des juges et des jurys à reconnaître coupable de meurtre une mère qui avait tué son nouveau-né, étant donné qu’elle risquait forcément la peine de mort : House of Lords, *Hansard*, series 5, vol. 50, 25 mai 1922 (en ligne) (le « *Child Murder (Trial) Bill* »), p. 758-759; voir aussi D. Seaborne Davies, « Child-Killing in English Law » (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203, p. 211 et 217-219; et *L.B.*, par. 67-68. Les conditions dans lesquelles survenait l’infraction d’infanticide suscitaient énormément de sympathie au sein du public. On estimait qu’il s’agissait d’un crime commis la plupart du temps par des [TRADUCTION] « mères illégitimes » tentant de dissimuler leur honte, un motif qui, de l’avis général, rendait le crime moins odieux. En outre, on reconnaissait que les auteures d’infanticides éprouvaient souvent des difficultés financières qui les avaient amenées à passer à l’acte : Davies, p. 221-222.

[28] Les rédacteurs de *l’Infanticide Act, 1922* l’ont délibérément formulée en termes généraux. À la Chambre des lords, le lord chancelier a fait remarquer que les mots exprimant la nécessité que l’esprit de la mère soit déséquilibré n’étaient [TRADUCTION] « pas des termes techniques ». Les notions désignées par ces « néologismes » étaient plutôt censées se distinguer de celles visées par les mots « réservés à l’expression consacrée “aliénation mentale” proprement dite et des troubles mentaux causés par l’ivresse ». Il a en outre précisé qu’il valait mieux établir une formule « qui pourrait se traduire par des décisions judiciaires raisonnables » et donnerait effet à l’intention qui sous-tend la loi proposée : *Child Murder (Trial) Bill*, p. 761-762.

[29] However, the language used did introduce some limitations. Lord Carson recommended that the legislation should not provide relief to just any woman who has gone through childbirth. Rather, it should apply in situations where there was evidence that “the crime when committed was the result of the balance of [the mother’s] mind having been disturbed”: *Child Murder (Trial) Bill*, at p. 765. The Lord Chancellor agreed that one had to establish “some exceptional derangement and disturbance”: p. 768.

[30] In Canada, infanticide first appeared in the *Criminal Code* in 1948: *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 262, as amended by *An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1948, c. 39, s. 7. In the English version of the law, Parliament adopted the same “balance of the mind” language as in the *Infanticide Act, 1922*. Amendments were made to the infanticide provisions in 1954: *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51. Among other changes, Parliament replaced the “balance of the mind” language with the requirement that the mother’s mind must be “then disturbed” and added lactation, in addition to giving birth, as a potential cause of that disturbance: s. 204. While the “balance of the mind” language was retained in other provisions pertaining to infanticide, namely ss. 663(b) and 672.11(c) of the *Criminal Code*, there is no meaningful difference between this language and the requirement that the mother’s “mind is then disturbed” under s. 233 of the *Criminal Code*. In the French versions of the successive statutory provisions at issue, the following language was used: “*son esprit était alors déséquilibré*” (in the 1927 version of the infanticide provision and in s. 663(b)); “*son esprit est alors déséquilibré*” (in the 1954 version of the infanticide provision); and “*mentalement déséquilibrée*” (in s. 672.11(c)). There is no meaningful difference, either, in the language used in French to describe the mother’s required state of mind.

[31] The same concerns that led to the *Infanticide Act, 1922* in the U.K. were also motivating factors

[29] Les termes employés supposaient cependant l’application de certaines restrictions. Lord Carson a recommandé que la loi n’offre pas de voie de recours à n’importe quelle femme ayant donné naissance. La loi devait plutôt s’appliquer dans des situations où la preuve montrait que [TRA-DUCTION] « le crime, au moment de sa perpétration, était imputable au déséquilibre de l’esprit de [la mère] » : *Child Murder (Trial) Bill*, p. 765. Le lord chancelier a reconnu qu’il fallait établir « un trouble et un déséquilibre exceptionnels » : p. 768.

[30] Au Canada, l’infanticide est apparu pour la première fois dans le *Code criminel* en 1948 : *Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36, art. 262, modifié par la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1948, c. 39, art. 7. Dans la version anglaise de la loi, le législateur a repris le terme « *balance of the mind* » employé dans l’*Infanticide Act, 1922*. Les dispositions en matière d’infanticide ont été modifiées en 1954 : *Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51. Le législateur a notamment substitué au terme « *balance of the mind* », dans la version anglaise de la loi, la règle selon laquelle l’esprit de la mère doit être « *then disturbed* » et a ajouté la lactation, en plus du fait de donner naissance, comme cause éventuelle de cet état : art. 204. Bien que les mots anglais « *balance of the mind* » figurent encore dans d’autres dispositions de la version anglaise du *Code criminel* relatives à l’infanticide, à savoir les al. 663b) et 672.11c), il n’y a aucune différence marquante entre ces mots et l’exigence énoncée à l’art. 233 du *C. cr.* que l’esprit de la mère « [*be*] *then disturbed* ». Dans les versions françaises des dispositions successives pertinentes du *Code criminel*, les expressions équivalentes en cause se sont lues ou se lisent « son esprit était alors déséquilibré » (dans la disposition sur l’infanticide de la loi de 1927 de même qu’à l’al. 663b) du *C. cr.*), « son esprit est alors déséquilibré » (dans la disposition sur l’infanticide de la loi de 1954) et « mentalement déséquilibrée » (à l’al. 672.11c) du *C. cr.*). Là encore, j’estime que les expressions utilisées par le législateur ont toutes servi à désigner essentiellement l’état d’esprit requis de la mère.

[31] Les préoccupations à l’origine de l’*Infanticide Act, 1922* au R.-U. se sont aussi révélés des

in Canada. Namely, sympathetic juries repeatedly refused to convict mothers who killed their newborn children. The infanticide provision was intended to make it easier to get a conviction for the offence of homicide short of murder or manslaughter: *House of Commons Debates*, vol. V, 4th Sess., 20th Parl., June 14, 1948, at pp. 5184-87.

[32] It was also expressed in debates that, as the U.K. statute, the provision was intended to apply to cases “where there is not the degree of mental derangement amounting to insanity” and that “[i]t does not go as far as the rule in Macnaughton’s case [which sets out a legal test for insanity]”: *House of Commons Debates*, at p. 5185 (Hon. J. L. Ilsley, then Minister of Justice). It was also noted that the provision would capture “a slightly deranged, distressed mother” who would otherwise be guilty of murder: p. 5187.

[33] The debates in the U.K. and Canada surrounding the enactment of the infanticide provisions demonstrate that the purpose of the provision was to provide for a less serious offence than murder in cases of infanticide and to provide a broad and flexible standard that would be applied on a case-by-case basis.

(4) The Jurisprudence

[34] Infanticide, and, in particular, the meaning of having a “disturbed” mind at the time of committing the act or omission leading to the child’s death, has received limited treatment in English and Canadian jurisprudence. The Canadian jurisprudence establishes that there is a “very low” or “fairly low” threshold for a finding of mental disturbance and that it does not require evidence that the accused has a mental disorder: *Coombs*, at paras. 36-37; *R. v. Leung*, 2014 BCSC 558, at paras. 26 and 32 (CanLII); *R. v. L.B.* (2008), 237 C.C.C. (3d) 215 (Ont. S.C.J.), at para. 59, aff’d 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365 (although the trial judge there held that the standard should not be so minimal as to cheapen or disrespect the memory of the innocent victim). In *Leung*, the jury was also told to give the

facteurs mobilisateurs au Canada. En effet, des jurys sympathiques ont maintes fois refusé de déclarer coupables des mères qui avaient tué leurs enfants nouveau-nés. La disposition sur l’infanticide devait permettre d’obtenir plus facilement une condamnation lorsqu’il s’agissait d’homicide, mais non de meurtre ni d’homicide involontaire : *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 4^e sess., 20^e lég., 14 juin 1948, p. 5329-5332.

[32] Les procès-verbaux des débats indiquent aussi que, comme la loi du R.-U., la disposition devait s’appliquer « lorsque la confusion mentale ne va pas jusqu’à la folie » et que « [c]ela ne va pas aussi loin que le jugement rendu dans l’affaire MacNaughton [qui établit un critère juridique d’aliénation] » : *Débats de la Chambre des communes*, p. 5330 (l’honorable J. L. Ilsley, alors ministre de la Justice). On a ajouté que la disposition s’appliquerait à « une mère en détresse et quelque peu troublée » qui se rendrait autrement coupable de meurtre : p. 5332.

[33] Les débats au R.-U. et au Canada entourant l’adoption des dispositions sur l’infanticide démontrent que la disposition en cause avait pour objet de créer une infraction moins grave que le meurtre dans les cas d’infanticide et de fixer une norme générale et souple qui s’appliquerait au cas par cas.

(4) La jurisprudence

[34] L’infanticide et, en particulier, le sens du fait d’avoir l’esprit « déséquilibré » au moment de commettre l’acte ou l’omission menant à la mort de l’enfant, a été peu étudié dans la jurisprudence tant anglaise que canadienne. Cela dit, d’après cette dernière, le critère applicable pour conclure à l’existence d’un déséquilibre mental est [TRADUCTION] « très peu exigeant » ou « assez peu exigeant » et ne nécessite pas la preuve que l’accusée souffre de troubles mentaux : *Coombs*, par. 36-37; *R. c. Leung*, 2014 BCSC 558, par. 26 et 32 (CanLII); *R. c. L.B.* (2008), 237 C.C.C. (3d) 215 (C.S.J. Ont.), par. 59, conf. par 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365 (dans cette affaire, toutefois, le juge du procès a précisé que la norme ne doit pas être minimale au point de déconsidérer la mémoire de l’innocente victime ou de lui manquer

word “disturbed” under s. 233 its ordinary, common meaning: see A.F., at para. 80 (fn. 119).

C. *Conclusion on Meaning of “Mind Is Then Disturbed”*

[35] From this review, I cannot accept the conclusion of the dissenting judge in the Court of Appeal that Parliament intended to restrict the concept of a disturbed mind to those who have “a substantial psychological problem”: para. 140. Rather, I conclude that the phrase “mind is then disturbed” should be applied as follows:

- (a) The word “disturbed” is not a legal or medical term of art, but should be applied in its grammatical and ordinary sense.
- (b) In the context of whether a mind is disturbed, the term can mean “mentally agitated”, “mentally unstable” or “mental discomposure”.
- (c) The disturbance need not constitute a defined mental or psychological condition or a mental illness. It need not constitute a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code* or amount to a significant impairment of the accused’s reasoning faculties.
- (d) The disturbance must be present at the time of the act or omission causing the “newly-born” child’s death and the act or omission must occur at a time when the accused is not fully recovered from the effects of giving birth or of lactation.
- (e) There is no requirement to prove that the act or omission was caused by the disturbance. The disturbance is part of the *actus reus* of infanticide, not the *mens rea*.
- (f) The disturbance must be “by reason of” the fact that the accused was not fully recovered

de respect). Dans *Leung*, le jury avait aussi reçu la directive de donner au mot « déséquilibré » qui figure à l’art. 233 son sens ordinaire et commun : voir m.a., par. 80 (note de bas de page 119).

C. *Conclusion sur le sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré »*

[35] L’examen auquel je viens de procéder m’empêche de retenir la conclusion du juge dissident de la Cour d’appel selon laquelle le législateur voulait limiter l’application du concept d’esprit déséquilibré aux personnes atteintes d’[TRADUCTION] « un grave trouble psychologique » : par. 140. Je conclus plutôt que la proposition « son esprit est alors déséquilibré » doit être ainsi appliquée :

- a) Le mot « déséquilibré » n’est pas un terme juridique ou médical technique; il faut plutôt l’appliquer dans son sens ordinaire et grammatical.
- b) Lorsqu’il s’agit de déterminer si un esprit est déséquilibré, ce mot peut vouloir dire « mentalement agité », « mentalement instable » ou « frappé de confusion mentale ».
- c) Le déséquilibre n’a pas à constituer un trouble mental ou psychologique défini ou encore une maladie mentale. Il n’a pas à constituer un « trouble mental » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 16 du *C. cr.*, ni ne suppose un affaiblissement important des facultés de raisonnement de l’accusée.
- d) Le déséquilibre doit être présent au moment de l’acte ou de l’omission causant la mort de l’enfant nouveau-né et cet acte ou cette omission doit survenir à un moment où l’accusée n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance ou de la lactation.
- e) Il n’est pas nécessaire de prouver que l’acte ou l’omission découle du déséquilibre, qui fait partie de l’*actus reus* de l’infanticide et non pas de sa *mens rea*.
- f) Le déséquilibre doit avoir résulté « du fait » que l’accusée n’était pas complètement

from the effects of giving birth or from the effect of lactation consequent on the birth of the child.

D. *Application*

(1) The Trial Judge's Reasons

[36] The trial judge reviewed the limited body of jurisprudence on infanticide and the definition of a “disturbed” mind, which, among other points, established that “disturbed” mind did not require an actual diagnosis of a mental disorder and sets a very low threshold.

[37] The trial judge rejected Dr. Hashman’s evidence, finding that the Crown expert erroneously referred to the “balance of the mind” test, required proof of a mental disorder and failed to refer in his final report to an important symptom described by the respondent which supported a theory of depersonalization and dissociation despite having referred to it in prior correspondence.

[38] Dr. Smith, on the other hand, referred in her report to the respondent’s descriptions of how she felt at the time of the deliveries and the similar information she gave to the police about her emotional state. For example, she noted that the respondent said she felt “detached and not thinking”, like she was “dreaming but not there” and described the deliveries as an “out of body experience”: A.R., vol. VI, at p. 93. This, Dr. Smith found, was “highly consistent with dissociation and depersonalization”: pp. 93-94. At trial, Dr. Smith also referred to these descriptions by the respondent and found them to be consistent with “significant depersonalization”.

[39] The trial judge, relying on Dr. Smith’s opinion and the case as a whole, concluded that the respondent’s mind was “disturbed” as a result of not yet having fully recovered from the effects of giving birth.

remise d’avoir donné naissance ou de la lactation consécutive à la naissance de l’enfant.

D. *Application*

(1) Les motifs du juge du procès

[36] Le juge du procès a examiné la jurisprudence peu abondante sur l’infanticide et la définition de l’esprit « déséquilibré », qui établit notamment que, pour être en présence d’un tel esprit, il n’est pas nécessaire qu’un diagnostic de trouble mental ait été posé et elle fixe un critère très peu exigeant.

[37] Le juge du procès a rejeté le témoignage du D^r Hashman, estimant que l’expert du ministère public avait fait erreur dans son rapport final en mentionnant le test de l’accusée « mentalement déséquilibrée », en exigeant la preuve de troubles mentaux et en ne parlant pas d’un symptôme important décrit par l’intimée qui étayait la thèse de la dépersonnalisation et de la dissociation mentale, même s’il en avait fait mention dans sa correspondance antérieure.

[38] La D^{re} Smith, en revanche, a mentionné dans son rapport les fois où l’intimée avait décrit comment elle s’était sentie lors des accouchements ainsi que les renseignements semblables qu’elle avait fournis aux policiers sur son état émotionnel. Par exemple, elle a fait remarquer que l’intimée avait dit se sentir [TRADUCTION] « coupée de la réalité et ne pas penser », comme si elle « rêvait tout en étant absente » et avait affirmé que les accouchements s’étaient passés « hors de son corps » : d.a., vol. VI, p. 93. Selon la D^{re} Smith, ces propos « cadraient tout à fait avec une dissociation mentale et une dépersonnalisation » : p. 93-94. Au procès, elle a également parlé des descriptions données par l’intimée et a jugé que celles-ci s’accordaient avec « une dépersonnalisation avancée ».

[39] Se fondant sur l’avis de la D^{re} Smith et sur le dossier considéré dans son ensemble, le juge du procès a conclu que l’esprit de l’intimée était « déséquilibré » du fait qu’elle n’était toujours pas complètement remise d’avoir donné naissance.

(2) The Trial Judge's Alleged Legal Errors(a) *Did the Trial Judge Fail to Apply Any Legal Test?*

[40] The Crown argues that the trial judge failed to apply any legal test in determining whether the respondent's mind was "disturbed" at the time of the deliveries. The Crown submits that the trial judge erroneously found that "balance of the mind" was something different from the "mind is disturbed" and failed to suggest what the test was or what level of disturbance would be sufficient.

[41] I disagree that the trial judge failed to apply a legal test or standard. As concluded by the majority of the Court of Appeal, there was no error in the trial judge's summary of the law of infanticide. The trial judge applied the correct standard, which is set out by the statutory language in s. 233 of the *Criminal Code*. Although the trial judge, erroneously, thought there was significant difference between the "balance of the mind" language found in related provisions and the wording of s. 233 that the mother's mind be "disturbed", this error did not affect his analysis of the evidence or his application of the appropriate legal standard to it. The trial judge rejected Dr. Hashman's evidence for several reasons, including that he failed to refer to a symptom the trial judge thought was important in his final report and seemed to require evidence of a mental disorder.

[42] The Crown seeks to impose a higher threshold than what is provided for by s. 233 of the *Criminal Code* in arguing that a mother has a "disturbed" mind only if her psychological health is "substantially compromised" because she recently gave birth. As noted earlier, this is not the legal standard intended by Parliament in s. 233 of the *Criminal Code*.

(2) Les erreurs de droit reprochées au juge du procèsa) *Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer un test juridique?*

[40] Le ministère public soutient que le juge du procès n'a appliqué aucun test juridique pour décider si l'esprit de l'intimée était « déséquilibré » au moment des accouchements. Toujours selon le ministère public, le juge du procès a conclu à tort que l'expression de langue anglaise « *balance of the mind* » désignait autre chose qu'un « esprit déséquilibré » et n'a pas suggéré en quoi consistait le test ni quel degré de déséquilibre serait suffisant.

[41] Je ne suis pas d'accord pour dire que le juge du procès n'a pas appliqué de test ou de norme juridique. Comme l'ont conclu les juges majoritaires de la Cour d'appel, le résumé du droit de l'infanticide qu'a fait le juge du procès ne contenait aucune erreur. Ce dernier a appliqué la bonne norme, soit celle qui est établie par le libellé de l'art. 233 du *C. cr.* Bien que le juge du procès ait cru à tort qu'il existait une différence marquée entre l'expression anglaise « *balance of the mind* » figurant dans les dispositions connexes et le libellé de l'art. 233 selon lequel l'esprit de la mère doit être « déséquilibré », cette erreur n'a eu d'incidence ni sur son analyse de la preuve ni sur son application de la bonne norme juridique à cette preuve. Le juge du procès a rejeté le témoignage du D^r Hashman pour plusieurs raisons, y compris son omission de mentionner dans son rapport final un symptôme que le juge du procès estimait important et l'impression que le D^r Hashman exigeait la preuve de troubles mentaux.

[42] Le ministère public souhaite que soit imposé un critère plus exigeant que celui établi par l'art. 233 du *C. cr.* lorsqu'il prétend que la mère ne peut avoir l'esprit « déséquilibré » que si sa santé psychologique est [TRADUCTION] « gravement compromise » du fait qu'elle a récemment donné naissance. Comme je l'ai signalé précédemment, il ne s'agit pas de la norme juridique voulue par le législateur en ce qui a trait à l'art. 233 du *C. cr.*

(b) *Did the Trial Judge Infer the Respondent's Mental State Solely From Her Conduct?*

[43] The Crown submits that the trial judge used the respondent's conduct to determine the respondent's mental state. In other words, the Crown argues that the trial judge adopted circular reasoning in finding that the respondent's mind must have been disturbed because her actions were "bizarre" and "absolutely contrary to the nurturing that humankind depends on for its propagation": A.F., at para. 99.

[44] This argument must also be rejected. The trial judge's reasons make it clear that he did not find that the respondent's conduct met the requirements of the definition of infanticide simply because she had killed two of her children. The trial judge relied not only on the respondent's personal history and the circumstances of the offences (which includes the nature of the acts themselves), but also on Dr. Smith's expert opinion. In doing so, the trial judge had an evidentiary basis for concluding that the Crown failed to prove that the respondent's mind was not disturbed at the time of the offences and did not rely on the circular reasoning alleged by the Crown.

(c) *Did the Trial Judge Fail to Appreciate the Evidence of Mental State?*

[45] Finally, the Crown submits that the trial judge failed to consider the respondent's "detailed account of *each* birth, her goal-oriented behaviour, her personal circumstances beyond not having a criminal record or psychopathic tendencies, and her pattern of rational behaviour and wilful blindness" in considering whether the level of depersonalization met the requirement of infanticide: A.F., at para. 103 (emphasis in original). In short, the Crown argues that the respondent's behaviour demonstrated rational thought and an uncompromised mind.

[46] Even assuming that this point raises a question of law, I cannot accept it. The trial judge took

b) *Le juge du procès a-t-il déduit l'état d'esprit de l'intimée uniquement de sa conduite?*

[43] Le ministère public affirme que le juge du procès s'est servi de la conduite de l'intimée pour établir son état d'esprit. Autrement dit, il soutient que le juge du procès a adopté un raisonnement circulaire en concluant que l'esprit de l'intimée devait être déséquilibré parce que ses gestes étaient [TRA-DUCTION] « bizarres » et « allaient parfaitement à l'encontre des soins dont a besoin l'espèce humaine pour se reproduire » : m.a., par. 99.

[44] Cet argument doit lui aussi être rejeté. Manifestement, le juge du procès n'a pas conclu que le comportement de l'intimée répondait aux exigences de la définition de l'infanticide du simple fait qu'elle avait tué deux de ses enfants. Il s'est appuyé non seulement sur le vécu de l'intimée et sur les circonstances des infractions (ce qui comprend la nature des actes eux-mêmes), mais également sur l'avis d'expert de la D^{re} Smith. Ce faisant, le juge du procès disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que le ministère public n'avait pas démontré que l'esprit de l'intimée n'était pas déséquilibré au moment des infractions et il ne s'est pas fondé sur le raisonnement circulaire que lui impute le ministère public.

c) *Le juge du procès a-t-il omis d'apprécier la preuve de l'état d'esprit?*

[45] Enfin, le ministère public ajoute que le juge du procès n'a pas tenu compte du [TRADUCTION] « récit détaillé de *chaque* naissance donné par l'intimée, du fait qu'elle poursuivait un objectif, de sa situation personnelle outre le fait qu'elle n'avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes, ainsi que de ses habitudes de comportement rationnel et d'aveuglement volontaire » lorsqu'il s'est demandé si le niveau de dépersonnalisation satisfaisait à la norme d'infanticide : m.a., par. 103 (en italique dans l'original). Bref, le ministère public prétend que, par son comportement, l'intimée a fait preuve d'une pensée rationnelle et d'un esprit équilibré.

[46] À supposer même que cet argument soulève une question de droit, je ne pourrais le retenir. Le

into consideration Dr. Smith’s report, which relied on the respondent’s statements about her behaviour to Dr. Smith and to the police, the respondent’s personal history, as well as the circumstances of the offences.

[47] Dr. Smith was of the opinion that the “extreme panic associated with the delivery triggered significant dissociative symptoms, in particular depersonalization, which in turn impaired her ability to think clearly, to accurately perceive and judge her situation, to make reasonable decisions and to control her behaviour” and concluded that the respondent’s mind was disturbed as a result of not having fully recovered from the effects of giving birth: A.R., vol. VI, at p. 94.

[48] The trial judge also considered the case as a whole, including the facts of the offences and that the respondent had no criminal record or psychopathic or sociopathic tendencies. Based on his assessment of the evidence, the trial judge was entitled to conclude or have a reasonable doubt that the respondent’s mind was “disturbed” at the time of the offences despite any indication of rational behaviour and wilful blindness.

IV. Disposition

[49] I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the respondent: Serink Law Office, Calgary; Alias Amelia Sanders, Calgary.

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

juge du procès a pris en considération le rapport de la D^{re} Smith, lequel reposait sur les déclarations que l’intimée lui avait faites ainsi qu’à la police au sujet de son comportement, sur le vécu de l’intimée et sur les circonstances des infractions.

[47] La D^{re} Smith estimait que la [TRADUCTION] « panique extrême associée à l’accouchement a fait apparaître des symptômes importants de dissociation, tout particulièrement la dépersonnalisation, ce qui a nui à [l]a capacité [de la prévenue] de penser clairement, d’être consciente de sa situation et d’en juger avec acuité, de prendre des décisions raisonnables et de maîtriser son comportement ». Elle a conclu que l’esprit de l’intimée était déséquilibré du fait que cette dernière n’était pas complètement remise d’avoir donné naissance : d.a., vol. VI, p. 94.

[48] Le juge du procès a aussi examiné le dossier dans son ensemble, y compris les faits constitutifs des infractions et le fait que l’intimée n’avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes ou sociopathes. Vu son appréciation de la preuve, le juge du procès pouvait conclure que l’esprit de l’intimée était « déséquilibré » au moment des infractions malgré les indices de comportement rationnel et d’aveuglement volontaire; il pouvait aussi avoir un doute raisonnable à cet égard.

IV. Dispositif

[49] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Alberta, Calgary.

Procureurs de l’intimée : Serink Law Office, Calgary; Alias Amelia Sanders, Calgary.

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

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Goldblatt Partners, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund Inc., Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc. : Goldblatt Partners, Toronto; Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto.

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

v.

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

and

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

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

2016 SCC 12

File No.: 35945.

2015: October 8; 2016: April 14.

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

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

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

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

c.

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

et

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

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

2016 CSC 12

N° du greffe : 35945.

2015 : 8 octobre; 2016 : 14 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

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

Statutes and Regulations Cited

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

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

Jurisprudence

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

Lois et règlements cités

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

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

Authors Cited

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

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

Doctrine et autres documents cités

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Scott Robertson, for the intervenor the Chiefs of Ontario.

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

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

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

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

The judgment of the Court was delivered by

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

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

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

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

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

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

Scott Robertson, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

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

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

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

pursuit of reconciliation and redress in that relationship.

Background

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

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

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

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

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

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

¹ [2013] 2 F.C.R. 268.

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

Contexte

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

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

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

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

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

[4] Le juge de première instance, le juge Phelan, a tiré un certain nombre de conclusions de fait cruciales dans des motifs étoffés et mûrement réfléchis¹. Déjà en 1818, le gouvernement utilisait le mot « Indien » comme terme générique pour désigner les collectivités d’ascendance mixte autochtone et européenne. En effet, le gouvernement fédéral a considéré les Métis comme des « Indiens » dans divers traités et textes de loi antérieurs à la Confédération, et comme des « Indiens » visés au par. 91(24) dans

¹ [2013] 2 R.C.F. 268.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Analysis

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

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

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

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

Analyse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ *The Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18.

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

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

[27] En fait, contrairement à ce qu’il soutient en l’espèce, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu’il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu’« Indiens ». L’*Acte des Sauvages* de 1876⁴ interdisait la vente de boissons enivrantes aux « Indiens ». En 1893, la Police à cheval du Nord-Ouest a écrit au gouvernement fédéral pour lui faire part de sa difficulté à distinguer [TRADUCTION] « les Sang-Mêlés des Indiens dans les poursuites intentées pour avoir offert de l’alcool à ces derniers ». Pour clarifier cette question, le gouvernement fédéral a modifié l’*Acte des Sauvages*⁵ en 1894 en vue d’élargir la portée de l’interdiction de vendre des boissons enivrantes à toute personne « qui vit à la façon des Sauvages », ce qui comprenait les Métis.

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

⁴ *Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, c. 18.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1958, c. 19.

⁶ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1958, c. 19.

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

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

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

[34] Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), it is worth noting that s. 35⁷ of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court recently explained that the “grand purpose” of s. 35 is “[t]he reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship”: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10. And in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, this Court noted that ss. 35 and 91(24) should be read together: p. 1109, cited in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 69.

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

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

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

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

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

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

[34] De plus, bien que l’art. 35⁷ de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne définisse pas la portée du par. 91(24), il convient de noter qu’il énonce que les Indiens, les Inuit et les Métis sont des peuples autochtones pour l’application de la Constitution. Notre Cour a récemment expliqué que « [l]a réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d’une relation à long terme empreinte de respect mutuel » constitue « le noble objectif » de l’art. 35 (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10). En outre, dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour a souligné que l’art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement (p. 1109, cité dans *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 69).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ R.S.C. 1970, c. I-6.

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

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

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

⁸ S.R.C. 1970, c. I-6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Métis Federation of Canada: Devlin Gailus Westaway, Victoria.

[57] Pour les motifs qui précèdent, bien que je convienne avec la Cour d'appel fédérale et le juge de première instance qu'il n'y a pas lieu de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires, je rétablirais la décision du juge de première instance selon laquelle le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis et les Indiens non inscrits.

[58] Le pourvoi est donc accueilli en partie et la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s'appliquer qu'aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l'arrêt *Powley* est annulée. Le pourvoi incident est en conséquence rejeté. Les appelants ont droit à leurs dépens.

Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté, avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Université d'Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur des intimés/appellants au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Saskatoon, Ottawa et Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs des intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island : Burchells, Halifax.

Procureurs de l'intervenant Metis Settlements General Council : Witten, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération Métisse du Canada : Devlin Gailus Westaway, Victoria.

Solicitors for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada: JFK Law Corporation, Vancouver and Victoria.

Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.

Solicitors for the intervener the Gift Lake Métis Settlement: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Solicitors for the intervener the Native Alliance of Quebec: Gagné Letarte, Québec.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Solicitor for the intervener the Métis National Council: Métis National Council, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada : JFK Law Corporation, Vancouver et Victoria.

Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.

Procureurs de l'intervenant Gift Lake Métis Settlement : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec : Gagné Letarte, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Ralliement national des Métis : Ralliement national des Métis, Ottawa.

Joseph Ryan Lloyd *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Canadian Bar Association,
African Canadian Legal Clinic,
Pivot Legal Society,
Union of British Columbia Indian Chiefs,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Canadian HIV/AIDS Legal Network,
British Columbia Centre for
Excellence in HIV/AIDS,
Prisoners with HIV/AIDS
Support Action Network,
Canadian Association of People
Who Use Drugs, British Columbia
Civil Liberties Association,
Criminal Lawyers' Association (Ontario)
and West Coast Women's Legal Education
and Action Fund** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LLOYD

2016 SCC 13

File No.: 35982.

2016: January 13; 2016: April 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Controlled substances offence — Accused convicted of possessing controlled substances for purpose of trafficking and sentenced to one year of imprisonment — Whether one-year mandatory minimum imprisonment term pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act results in cruel and unusual punishment and therefore infringes s. 12

Joseph Ryan Lloyd *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Association du Barreau canadien,
Clinique juridique africaine canadienne,
Pivot Legal Society, Union des chefs indiens
de la Colombie-Britannique,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Réseau juridique canadien VIH/sida,
British Columbia Centre for
Excellence in HIV/AIDS, Réseau d'action
et de soutien des prisonniers
et prisonnières vivant avec le VIH/sida,
Association canadienne des personnes
qui utilisent des drogues, Association des
libertés civiles de la Colombie-Britannique,
Criminal Lawyers' Association (Ontario) et
West Coast Women's Legal Education and
Action Fund** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. LLOYD

2016 CSC 13

N° du greffe : 35982.

2016 : 13 janvier; 2016 : 15 avril.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Infraction relative à des substances réglementées — Accusé reconnu coupable de possession de substances réglementées en vue d'en faire le trafic et condamné à un an d'emprisonnement — La peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances équivaut-elle

of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Whether Court of Appeal erred in increasing sentence to 18 months — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(3)(a)(i)(D).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether one-year mandatory minimum sentence pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act infringes s. 7 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Courts — Jurisdiction — Provincial court judge deciding mandatory minimum sentencing provision unconstitutional — Whether provincial court has power to determine constitutionality.

L was convicted of possession of drugs for the purpose of trafficking. Because he had a recent prior conviction for a similar offence, he was subject to a mandatory minimum sentence of one year of imprisonment, pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of the *Controlled Drugs and Substances Act* (“CDSA”). Section 5(3)(a)(i)(D) provides a minimum sentence of one year of imprisonment for trafficking or possession for the purpose of trafficking in a Schedule I or II drug, where the offender has been convicted of any drug offence (except possession) within the previous 10 years. The provincial court judge declared the provision contrary to s. 12 of the *Charter* and not justified under s. 1. The Court of Appeal allowed the Crown’s appeal, set aside the declaration of unconstitutionality and increased the sentence to 18 months.

Held (Wagner, Gascon and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Côté JJ.: The provincial court judge in this case had the power to decide the constitutionality of s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA*. While provincial court judges do not have the power to make formal declarations that a law is of no force or effect under s. 52(1) of

à une peine cruelle et inusitée de manière à contrevenir à l’art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, l’atteinte peut-elle se justifier par application de l’article premier de la Charte? — La Cour d’appel a-t-elle eu tort d’accroître la peine et de la porter à 18 mois? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 5(3)a)(i)(D).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement que prévoit l’art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances contrevient-elle à l’art. 7 de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunaux — Compétence — Décision d’un juge d’une cour provinciale selon laquelle une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est inconstitutionnelle — Une cour provinciale a-t-elle le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité?

L a été déclaré coupable de possession de drogues en vue d’en faire le trafic. Reconnu coupable d’une infraction apparentée peu de temps auparavant, il était passible d’une peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement suivant la div. 5(3)a)(i)(D) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (« *LRCDS* »). Cette disposition prévoit qu’une peine minimale d’un an d’emprisonnement est infligée pour trafic ou possession, en vue d’en faire le trafic, d’une drogue inscrite aux annexes I ou II au délinquant qui, au cours des 10 années précédentes, a été reconnu coupable de toute infraction en matière de drogue (sauf la possession). Le juge de la cour provinciale a déclaré que la disposition était contraire à l’art. 12 de la *Charte* et non susceptible de justification par application de l’article premier. La Cour d’appel a accueilli l’appel du ministère public, annulé la déclaration d’inconstitutionnalité et accru la peine en la portant à 18 mois d’emprisonnement.

Arrêt (les juges Wagner, Gascon et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Côté : Le juge de la cour provinciale avait en l’espèce le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDS*. Même si un juge d’une cour provinciale n’est pas habilité à faire une déclaration formelle selon laquelle

the *Constitution Act, 1982*, they do have the power to determine the constitutionality of mandatory minimum provisions when the issue arises in a case they are hearing. L challenged the mandatory minimum sentence of one year of imprisonment that applied to him. He was entitled to do so. The provincial court judge, in turn, was entitled to consider the constitutionality of that provision. He ultimately concluded that the mandatory minimum sentence was not grossly disproportionate as to L. The fact that the judge used the word “declare” does not convert his conclusion to a formal declaration that the provision is of no force or effect.

While L conceded that a one-year sentence of imprisonment would not be grossly disproportionate as applied to him, it could in other reasonably foreseeable cases. That was the problem in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773. Again, in the present case, the mandatory minimum sentence provision covers a wide range of potential conduct. As a result, it catches not only the serious drug trafficking that is its proper aim, but conduct that is much less blameworthy. This renders it constitutionally vulnerable.

At one end of the range of conduct caught by the mandatory minimum sentence provision stands a professional drug dealer who engages in the business of dangerous drugs for profit, who is in possession of a large amount of drugs, and who has been convicted many times for similar offences. At the other end of the range stands the addict who is charged for sharing a small amount of drugs with a friend or spouse, and finds herself sentenced to a year in prison because of a single conviction for sharing marijuana in a social occasion nine years before. Most Canadians would be shocked to find that such a person could be sent to prison for one year.

Another foreseeable situation caught by the law is where a drug addict with a prior conviction for trafficking is convicted of a second offence. In both cases, he was only trafficking in order to support his own addiction. Between conviction and the sentencing he attends rehabilitation and conquers his addiction. He comes to court asking for a short sentence that will allow him to resume a healthy and productive life. Under the law, the judge has

une règle de droit est inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d’une peine minimale obligatoire lorsque la question est soulevée dans le cadre d’une instance dont il est saisi. L a contesté la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement dont il devait écoper. Il était en droit de le faire. Le juge de la cour provinciale pouvait, lui, se pencher sur la constitutionnalité de la disposition en cause. Il a finalement conclu que la peine minimale obligatoire n’était pas exagérément disproportionnée dans le cas de L. L’emploi du verbe « déclarer » par le juge ne fait pas de sa conclusion une déclaration formelle selon laquelle la disposition est inopérante.

Même si L a concédé que la peine minimale d’un an d’emprisonnement ne constituait pas une peine exagérément disproportionnée dans son cas, elle pouvait en constituer une dans ses applications raisonnablement prévisibles à d’autres personnes. Cette situation problématique se présentait aussi dans *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773. Une fois encore, dans la présente affaire, la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire s’applique à une vaste gamme de comportements potentiels. Par voie de conséquence, elle vise non seulement le trafic de drogue hautement répréhensible, ce qui correspond à son objectif légitime, mais aussi le comportement qui se révèle beaucoup moins répréhensible, ce qui la rend vulnérable sur le plan constitutionnel.

À une extrémité de la gamme, le comportement qui tombe sous le coup de la disposition sur la peine minimale obligatoire est celui du trafiquant de drogue professionnel qui fait le commerce de drogues dangereuses pour le profit, qui est en possession d’une grande quantité de drogues et qui a maintes fois été déclaré coupable d’infractions apparentées. À l’autre extrémité, il y a le toxicomane qui fait l’objet d’une accusation de trafic pour avoir partagé avec un ami ou sa conjointe une petite quantité de drogue et qui écoper d’un an de prison parce qu’il a déjà été reconnu coupable de trafic, une seule fois, neuf ans auparavant, après avoir partagé de la marijuana lors d’une réunion sociale. La plupart des Canadiens seraient consternés d’apprendre qu’une telle personne pourrait écoper d’un an de prison.

Une autre situation dans laquelle la règle de droit est raisonnablement susceptible de s’appliquer est celle du toxicomane qui est reconnu coupable de trafic une deuxième fois. Comme pour la fois précédente, il ne s’est livré au trafic que pour satisfaire son propre besoin de consommation. Dans l’intervalle compris entre la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine, il suit un programme de désintoxication et vainc sa dépendance.

no choice but to sentence him to a year in prison. Such a sentence would also be grossly disproportionate to what is fit in the circumstances and would shock the conscience of Canadians.

Section 10(5) of the *CDSA* provides an exception to the minimum one-year sentence if the offender has, prior to sentencing, successfully completed a drug treatment court program or another program approved under s. 720(2) of the *Criminal Code*. This exception is however too narrow to cure the constitutional infirmity. First, it is confined to particular programs, which a particular offender may or may not be able to access. Second, to be admissible to these programs, the offender must usually plead guilty and forfeit his right to a trial. One constitutional deprivation cannot cure another. Third, the requirement that the offender successfully complete the program may not be realistic for heavily addicted offenders whose conduct does not merit a year in jail. Finally, in most programs, the Crown has the discretion to disqualify an applicant.

The reality is this: mandatory minimum sentence provisions that apply to offences that can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by a wide range of people are constitutionally vulnerable. This is because such provisions will almost inevitably include an acceptable reasonable hypothetical for which the mandatory minimum will be found unconstitutional. If Parliament hopes to maintain mandatory minimum sentences for offences that cast a wide net, it should consider narrowing their reach so that they only catch offenders that merit that mandatory minimum sentences. In the alternative, Parliament could provide for judicial discretion to allow for a lesser sentence where the mandatory minimum would be grossly disproportionate and would constitute cruel and unusual punishment.

Insofar as s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* requires a one-year mandatory minimum sentence of imprisonment, it violates the guarantee against cruel and unusual punishment in s. 12 of the *Charter*. This violation is not justified under s. 1. Parliament's objective of combatting the distribution of illicit drugs is important. This objective is rationally connected to the imposition of a one-year

Il demande qu'on le condamne à une peine moins longue afin qu'il puisse mener à nouveau une vie saine et productive. Légalement, le tribunal n'a d'autre choix que de le condamner à un an de prison. Une telle peine est également exagérément disproportionnée à ce qui est juste dans les circonstances et elle est de nature à choquer la conscience des Canadiens.

Le paragraphe 10(5) de la *LRCDAS* prévoit une exception à l'application de la peine minimale d'un an d'emprisonnement lorsque le délinquant, avant la détermination de sa peine, termine avec succès un programme judiciaire de traitement de la toxicomanie ou un autre programme agréé visé au par. 720(2) du *Code criminel*. Or, l'exception a une portée trop étroite pour remédier au vice constitutionnel. Premièrement, elle ne vaut que pour certains programmes auxquels le délinquant en cause peut avoir accès ou non. Deuxièmement, pour pouvoir participer à un tel programme, le délinquant doit habituellement inscrire un plaidoyer de culpabilité et renoncer à son droit à un procès. Une atteinte constitutionnelle ne saurait remédier à une autre. Troisièmement, l'exigence de terminer le programme avec succès peut ne pas être réaliste lorsque le délinquant souffre d'une grande dépendance et que ses actes ne justifient pas un séjour d'un an en prison. Enfin, en ce qui concerne la plupart des programmes, le ministre public est investi d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'empêcher la participation d'un délinquant.

Le fait est que la peine minimale obligatoire qui s'applique à l'égard d'une infraction susceptible d'être perpétrée de diverses manières, dans maintes circonstances différentes et par une grande variété de personnes se révèle vulnérable sur le plan constitutionnel. La raison en est que la disposition qui la prévoit englobera presque inévitablement une situation hypothétique raisonnable acceptable dans laquelle le minimum obligatoire sera jugé inconstitutionnel. Si le législateur tient à l'application de peines minimales obligatoires à des infractions qui ratissent large, il lui faut envisager de réduire leur champ d'application de manière qu'elles ne visent que les délinquants qui méritent de se les voir infliger. Le législateur pourrait par ailleurs investir le tribunal d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'infliger une peine d'une durée moindre lorsque la peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée et équivaut à une peine cruelle et inusitée.

Dans la mesure où elle prévoit une peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement, la div. 5(3)(a)(i)(D) de la *LRCDAS* porte atteinte au droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées que garantit l'art. 12 de la *Charte*. Cette atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier. L'objectif du législateur de contrer la distribution de drogues illégales est important. Il a un lien

mandatory minimum sentence under s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA*. However, the provision does not minimally impair the s. 12 right.

Because the mandatory minimum sentence provision at issue violates s. 12 of the *Charter*, the question of whether it also violates s. 7 need not be addressed. In any event, the provision would not violate s. 7 of the *Charter* because proportionality in sentencing is not a principle of fundamental justice.

Finally, the provincial court judge's determination of the appropriate sentence is entitled to deference. The Court of Appeal in this case took the view that the provincial court judge applied the wrong sentencing range. A careful reading of the reasons of the provincial court judge does not bear this out. The provincial court judge noted that sentences of three to four months had been upheld in a few exceptional cases, but went on to identify the appropriate sentencing range as 12 to 18 months. Applying a number of mitigating factors, he sentenced L to 12 months. In any event, even if the provincial court judge had erred in stating the range, the Court of Appeal would not have been entitled to intervene. It did not establish that a 12-month sentence in this case was demonstrably unfit.

Per Wagner, Gascon and Brown JJ. (dissenting in part): The one-year mandatory minimum sentence in s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* does not infringe s. 12 of the *Charter*. Given the extremely high threshold that must be met before a s. 12 infringement will be found, the Court has struck down mandatory minimums under s. 12 only in very rare cases. It has done so only twice since the *Charter's* enactment, in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and more recently in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773. This is simply not one of those rare cases. The majority's reasons would represent a departure from the Court's jurisprudence, which has consistently maintained that mandatory minimums are not *per se* unconstitutional.

Unlike in either *Smith* or *Nur*, the mandatory minimum here is limited. It applies only to trafficking offences (not when the drugs are for personal use). It applies only to specific narcotics (Schedule I and II drugs) in specific quantities (of certain Schedule II drugs). And it applies only to certain repeat offenders. Thus, the minimum here does not cover a wide range of conduct. It is,

rationnel avec l'infliction de la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement en application de la div. 5(3)a(i)(D) de la *LRCDA*S. Cependant, la disposition ne porte pas atteinte le moins possible au droit garanti par l'art. 12.

Étant donné que la peine minimale obligatoire en cause contrevient à l'art. 12 de la *Charte*, point n'est besoin de se demander si elle porte aussi atteinte à l'art. 7. Quoi qu'il en soit, la disposition ne contreviendrait pas à l'art. 7 de la *Charte*, car la proportionnalité dans la détermination de la peine ne constitue pas un principe de justice fondamentale.

Enfin, le juge de la cour provinciale qui a déterminé la peine appropriée a droit à la déférence. Dans la présente affaire, la Cour d'appel a estimé que le juge de la cour provinciale n'avait pas appliqué la bonne fourchette de peines. Ce n'est pas ce qui ressort de la lecture attentive des motifs du juge de la cour provinciale. Ce dernier a signalé que des peines de trois à quatre mois avaient été confirmées dans quelques cas exceptionnels, mais il a ajouté que la peine appropriée en l'espèce se situait entre 12 et 18 mois. Compte tenu de certaines circonstances atténuantes, il a condamné L à 12 mois d'emprisonnement. Quoi qu'il en soit, même si le juge avait retenu une fourchette erronée, la Cour d'appel n'aurait pas été admise à intervenir. La Cour d'appel n'a pas fait la démonstration qu'une peine de 12 mois d'emprisonnement était manifestement injuste en l'espèce.

Les juges Wagner, Gascon et Brown (dissidents en partie) : La peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit la div. 5(3)a(i)(D) de la *LRCDA*S ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte*. Étant donné le seuil extrêmement élevé qu'il faut franchir pour conclure qu'il y a atteinte à l'art. 12, la Cour n'a que très rarement invalidé une peine minimale obligatoire sur le fondement de l'art. 12. Elle ne l'a fait que deux fois depuis l'adoption de la *Charte*, soit dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, et, plus récemment, dans *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773. La présente affaire n'est tout simplement pas de celles qui justifient une mesure aussi exceptionnelle. Souscrire à l'approche des juges majoritaires revient à se dissocier de la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle les peines minimales obligatoires ne sont pas inconstitutionnelles en soi.

Contrairement à ce qui était le cas dans *Smith* ou *Nur*, la peine minimale obligatoire considérée en l'espèce a une portée circonscrite. Elle ne vaut que pour l'infraction de trafic (elle est inapplicable lorsque la drogue est destinée à l'usage personnel). Seuls sont visés certains stupéfiants (les drogues inscrites aux annexes I et II) et certaines quantités (de certaines drogues inscrites à l'annexe II). Et elle

rather, carefully tailored to catch only harmful and blameworthy conduct. The gross disproportionality test that has developed under s. 12 of the *Charter* is a difficult standard to meet. And it is not met in either of the sharing or rehabilitation scenarios described by the majority.

The sharing scenario described could fall outside the offence of trafficking and instead constitute mere joint possession. If the conduct would not result in a conviction for the offence at issue, then the hypothetical is not reasonable and should not be considered. The analysis must focus on the effect of the sentence once a conviction has properly been secured, rather than the effect of the sentence where the innocence of the accused remains debatable.

Assuming that sharing could ground a conviction for trafficking, however, this hypothetical scenario remains unfit for consideration under s. 12. In this hypothetical, the offender is convicted of trafficking for sharing drugs not once, but twice. Since there appear to be very few reported cases where offenders have been convicted of trafficking for sharing drugs, a scenario involving a two-time sharing trafficker with no other conviction appears far-fetched or marginally imaginable, and thus inappropriate for the s. 12 analysis. In any event, the blameworthiness of a repeat offender must be higher than that of a first-time offender.

Even if the sharing scenario were accepted as a reasonable hypothetical, the mandatory minimum would not impose grossly disproportionate punishment. While the sharing trafficker may be somewhat less morally blameworthy than the cold-blooded trafficker of hard drugs for profit, she is not so much less morally blameworthy that a one-year sentence would outrage standards of decency. Whether the offender traffics by sharing, to support her own addiction or purely for profit, she facilitates the distribution of dangerous substances into the community. The harm to the community — in the form of overdose, addiction and the crime that sometimes comes with supporting addiction — remains the same regardless of the offender's motives.

ne peut être infligée qu'à certains récidivistes. Elle n'est donc pas applicable à une vaste gamme de comportements. La disposition qui la prévoit est en fait soigneusement rédigée pour ne viser que le comportement préjudiciable et répréhensible. Il est difficile de satisfaire au critère de la disproportion exagérée établi pour les besoins de l'application de l'art. 12 de la *Charte*. Ce critère n'est respecté dans aucun des scénarios de partage ou de réadaptation évoqués par les juges majoritaires.

Le scénario du partage qui est avancé pourrait ne pas constituer un trafic, mais plutôt une simple possession commune. Lorsque le comportement ne peut entraîner une déclaration de culpabilité quant à l'infraction en cause, il ne s'agit pas d'une situation hypothétique raisonnable et il ne faut pas la considérer. L'analyse doit s'attacher à l'effet de la peine une fois la culpabilité régulièrement établie, non à l'effet de la peine lorsque la culpabilité ou l'innocence de l'accusé n'est pas déterminée de façon définitive.

À supposer que le partage puisse fonder une déclaration de culpabilité pour trafic, le scénario ne saurait cependant être pris en compte au regard de l'art. 12. Dans cette situation hypothétique, le délinquant est reconnu coupable de trafic après avoir partagé de la drogue non pas une mais deux fois. Comme très peu de décisions semblent avoir été publiées relativement à des affaires où le délinquant a été déclaré coupable de trafic après avoir partagé de la drogue, le scénario d'un délinquant reconnu coupable de trafic deux fois par suite d'un partage et qui n'a pas été déclaré coupable d'une autre infraction apparaît nettement invraisemblable ou difficilement imaginable et, de ce fait, inapproprié pour les besoins de l'analyse que commande l'art. 12. Quoi qu'il en soit, la culpabilité morale imputée au récidiviste doit être plus grande que celle imputée à l'auteur d'une première infraction.

À supposer même que le scénario du partage constitue une situation hypothétique raisonnable, il demeure que la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire n'inflige pas une peine exagérément disproportionnée. Bien que le trafiquant partageur puisse être en quelque sorte moins moralement coupable que le trafiquant insensible qui se livre au commerce de drogues dures pour le profit, son degré de culpabilité morale n'est pas si inférieur qu'une peine d'emprisonnement d'un an soit incompatible avec la dignité humaine. Qu'il s'adonne au trafic de la drogue en la partageant, pour pouvoir satisfaire sa propre dépendance ou pour le seul profit, le délinquant facilite la distribution de substances dangereuses au sein de la collectivité. Le préjudice causé à la société — surdose, toxicomanie et crimes que commettent parfois les toxicomanes pour se procurer de la drogue — demeure, quelle que soit la motivation du délinquant.

As for the rehabilitation scenario, the application of the mandatory minimum there is not a grossly disproportionate punishment, for two reasons. First, the mandatory minimum may not even apply. If the offender attends and successfully completes an approved treatment program between conviction and sentencing, s. 10(5) of the *CDSA* would apply and the sentencing judge would not be required to impose the mandatory minimum sentence at all. Second, even if the minimum does apply, the scenario is remarkably similar to the circumstances of *L* himself, for whom the majority agrees that the one-year sentence is not cruel and unusual.

Thus, given the seriousness of the offence of drug trafficking and the deference owed to Parliament in setting mandatory minimum policies, this well-tailored one-year mandatory minimum does not impose grossly disproportionate punishment in either scenario. The mandatory minimum is therefore constitutional.

As the majority suggests, Parliament may wish to consider providing judges some discretion to avoid applying mandatory minimums in appropriate cases. But Parliament is not obliged to create exemptions to mandatory minimums as a matter of constitutional law. Parliament may legislate to limit judges' sentencing discretion. Limiting judicial discretion is one of the key purposes of mandatory minimum sentences, and this purpose may be inconsistent with providing judges a safety valve to avoid the application of the mandatory minimum in some cases. Whether Parliament should enact judicial safety valves to mandatory minimum sentences and if so, what form they should take, are questions of policy that are within the exclusive domain of Parliament. The only limits on Parliament's discretion are provided by the Constitution and in particular, the *Charter* right not to be subjected to cruel and unusual punishment. Section 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* does not exceed this limit and does not amount to cruel and unusual punishment.

There is agreement with the majority's analysis on the jurisdiction of provincial court judges and on s. 7 of the *Charter*, as well as the majority's decision to restore the 12-month sentence.

En ce qui concerne le scénario de la réadaptation, la peine minimale obligatoire ne constitue pas une peine exagérément disproportionnée, et ce, pour deux raisons. D'abord, le minimum obligatoire pourrait ne pas même s'appliquer. Si le délinquant suit un programme de désintoxication et parvient à vaincre sa dépendance après avoir été reconnu coupable mais avant d'avoir été condamné à une peine, le par. 10(5) de la *LRCDS* pourrait s'appliquer et le tribunal ne serait aucunement tenu d'infliger la peine minimale obligatoire. Ensuite, à supposer que celle-ci s'applique, la situation s'apparente beaucoup à celle de *L*, une situation pour laquelle les juges majoritaires estiment qu'un emprisonnement d'un an n'est ni cruel ni inusité.

Ainsi, au vu de la gravité de l'infraction de trafic de drogue et de la déférence qui s'impose vis-à-vis du législateur et de ses politiques générales en matière de peines minimales obligatoires, la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement et dont la portée est bien circonscrite n'infligerait dans aucun des scénarios considérés une peine exagérément disproportionnée. La peine minimale obligatoire est donc constitutionnelle.

Selon les juges majoritaires, le législateur pourrait vouloir envisager la possibilité de conférer au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait de se soustraire à l'obligation d'infliger la peine minimale lorsque les circonstances s'y prêtent. Toutefois, le législateur n'a pas l'obligation constitutionnelle de prévoir une exception à l'application d'une peine minimale obligatoire. Il peut restreindre le pouvoir discrétionnaire du tribunal en matière de détermination de la peine. Restreindre le pouvoir discrétionnaire du tribunal est l'un des objectifs principaux de l'établissement de peines minimales obligatoires, et cet objectif peut se révéler incompatible avec la création d'un mécanisme qui permettrait au tribunal d'écarter la peine minimale obligatoire dans certains cas. La question de savoir si le législateur devrait prévoir un mécanisme permettant d'écarter l'infliction d'une peine minimale obligatoire et, dans l'affirmative, quelle forme ce mécanisme devrait revêtir, relèvent de la politique générale et du pouvoir exclusif du Parlement. Seuls la Constitution et, plus particulièrement, le droit garanti par la *Charte* d'être protégé contre les peines cruelles et inusitées limitent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. La division 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDS* respecte cette limite, et la peine qu'elle prévoit n'équivaut pas à une peine cruelle et inusitée.

L'analyse des juges majoritaires relative à la compétence d'un juge d'une cour provinciale et à l'art. 7 de la *Charte*, ainsi que leur décision de rétablir la peine de 12 mois d'emprisonnement, emportent l'adhésion des juges dissidents.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; **referred to:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Greyeyes*, [1997] 2 S.C.R. 825; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089.

By Wagner, Gascon and Brown JJ. (dissenting in part)

R. v. M. (C.A.), [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Tabujara*, 2010 BCSC 1568; *R. v. Yonis*, 2011 ABPC 20; *R. v. Johnson*, 2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41; *R. v. Young*, 2010 NWTSC 18; *R. v. Desmond*, 2010 BCPC 127; *R. v. Bryan*, 2010 NWTSC 41; *R. v. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 5271; *R. v. Meunier*, 2011 QCCQ 1588; *R. v. Tracey*, 2008 CanLII 68168; *R. v. Draskoczi*, 2008 NWTTC 12; *R. v. Kotsabasakis*, 2008 NBQB 266, 334 N.B.R. (2d) 396; *R. v. Rainville*, 2010 ABCA 288, 490 A.R. 150; *R. v. Delorme*, 2010 NWTSC 42; *R. v. Scheer* (1932), 26 Alta. L.R. 489; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Gardiner* (1987), 35 C.C.C. (3d) 461; *R. v. Weiler* (1975), 23 C.C.C. (2d) 556; *R. v. O'Connor*, 1975 CarswellBC 842 (WL Can.); *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; **arrêts mentionnés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089.

Citée par les juges Wagner, Gascon et Brown (dissidents en partie)

R. c. M. (C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Tabujara*, 2010 BCSC 1568; *R. c. Yonis*, 2011 ABPC 20; *R. c. Johnson*, 2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41; *R. c. Young*, 2010 NWTSC 18; *R. c. Desmond*, 2010 BCPC 127; *R. c. Bryan*, 2010 NWTSC 41; *R. c. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 5271; *R. c. Meunier*, 2011 QCCQ 1588; *R. c. Tracey*, 2008 CanLII 68168; *R. c. Draskoczi*, 2008 NWTTC 12; *R. c. Kotsabasakis*, 2008 NBBR 266, 334 R.N.-B. (2^e) 396; *R. c. Rainville*, 2010 ABCA 288, 490 A.R. 150; *R. c. Delorme*, 2010 NWTSC 42; *R. c. Scheer* (1932), 26 Alta. L.R. 489; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Gardiner* (1987), 35 C.C.C. (3d) 461; *R. c. Weiler* (1975), 23 C.C.C. (2d) 556; *R. c. O'Connor*, 1975 CarswellBC 842 (WL Can.); *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433.

Statutes and Regulations Cited

- 18 U.S.C. § 3553(f) (2012).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 12, 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 2(1) “designated substance offence”, “traffic”, Part I, 4 to 10, 5(1), (2), (3)(a), (a.1), 10(4), (5), Schs. I, II, VII.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5)(e).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231(5)(e), 718.1, 718.2(e), 720(2).
Criminal Law Amendment Act, 1997 (S. Afr.), No. 105 of 1997, s. 51(3)(a).
Criminal Law (Sentencing) Act 1988 (S.A.), s. 17.
Firearms Act 1968 (U.K.), 1968, c. 27, s. 51A(2).
Penal Code [Brottsbalken] (Swed.), c. 29, s. 5.
Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (U.K.), 2000, c. 6, ss. 109(3), 110(2), 111(2).
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 39(1).
Sentencing Act (N.T.), s. 78DI.
Sentencing Act 1991 (Vic.), s. 10(1).
Sentencing Act 2002 (N.Z.), ss. 86E, 102, 103.
Violent Crime Reduction Act 2006 (U.K.), 2006, c. 38, s. 29(4).

Authors Cited

- Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *Mandatory Sentences of Imprisonment in Common Law Jurisdictions: Some Representative Models*, report by Julian V. Roberts with the assistance of Rafal Morek and Mihael Cole, November 2005 (online: http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/ccs-ajc/rr05_10/index.html).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 26).
- Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Groberman JJ.A.), 2014 BCCA 224, 356 B.C.A.C. 275, 610 W.A.C. 275, 12 C.R. (7th) 190,

Lois et règlements cités

- 18 U.S.C. § 3553(f) (2012).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 12, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5)e), 718.1, 718.2e), 720(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 214(5)e).
Code pénal [Brottsbalken] (Suède), c. 29, art. 5.
Criminal Law Amendment Act, 1997 (Afr. du Sud), No. 105 of 1997, art. 51(3)(a).
Criminal Law (Sentencing) Act 1988 (S.A.), art. 17.
Firearms Act 1968 (R.-U.), 1968, c. 27, art. 51A(2).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 2(1) « infraction désignée », « trafic », partie I, 4 à 10, 5(1), (2), (3)a), a.1), 10(4), (5), ann. I, II, VII.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 39(1).
Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (R.-U.), 2000, c. 6, art. 109(3), 110(2), 111(2).
Sentencing Act (N.T.), art. 78DI.
Sentencing Act 1991 (Vic.), art. 10(1).
Sentencing Act 2002 (N.-Z.), art. 86E, 102, 103.
Violent Crime Reduction Act 2006 (R.-U.), 2006, c. 38, art. 29(4).

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de common law : Quelques modèles représentatifs*, rapport par Julian V. Roberts avec le concours de Rafal Morek et Mihael Cole, novembre 2005 (en ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/ajc-ccs/rr05_10/index.html).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 26).
- Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Kirkpatrick et Groberman), 2014 BCCA 224, 356 B.C.A.C. 275, 610 W.A.C. 275, 12 C.R. (7th) 190,

312 C.R.R. (2d) 66, [2014] B.C.J. No. 1212 (QL), 2014 CarswellBC 1688 (WL Can.), setting aside two decisions of Galati Prov. Ct. J., 2014 BCPC 11, [2014] B.C.J. No. 145 (QL), 2014 CarswellBC 423 (WL Can.), and 2014 BCPC 8, [2014] B.C.J. No. 274 (QL), 2014 CarswellBC 358 (WL Can.). Appeal allowed, Wagner, Gascon and Brown JJ. dissenting in part.

David N. Fai and Jeffrey W. Beedell, for the appellant.

W. Paul Riley, Q.C., and Todd C. Gerhart, for the respondent.

Eric V. Gottardi and Mila Shah, for the intervenor the Canadian Bar Association.

Faisal Mirza and Roger A. Love, for the intervenor the African Canadian Legal Clinic.

Maia Tsurumi and Adrienne Smith, for the intervenors the Pivot Legal Society and the Union of British Columbia Indian Chiefs.

Khalid Janmohamed and Ryan Peck, for the intervenors the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, the Prisoners with HIV/AIDS Support Action Network and the Canadian Association of People Who Use Drugs.

Matthew A. Nathanson, for the intervenor the British Columbia Civil Liberties Association.

Dirk Derstine and Janani Shanmuganathan, for the intervenor the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Kassandra Cronin and Kendra Milne, for the intervenor the West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

312 C.R.R. (2d) 66, [2014] B.C.J. No. 1212 (QL), 2014 CarswellBC 1688 (WL Can.), qui a infirmé deux décisions du juge Galati, 2014 BCPC 11, [2014] B.C.J. No. 145 (QL), 2014 CarswellBC 423 (WL Can.), et 2014 BCPC 8, [2014] B.C.J. No. 274 (QL), 2014 CarswellBC 358 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Wagner, Gascon et Brown sont dissidents en partie.

David N. Fai et Jeffrey W. Beedell, pour l'appellant.

W. Paul Riley, c.r., et Todd C. Gerhart, pour l'intimée.

Eric V. Gottardi et Mila Shah, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Faisal Mirza et Roger A. Love, pour l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne.

Maia Tsurumi et Adrienne Smith, pour les intervenantes Pivot Legal Society et l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique.

Khalid Janmohamed et Ryan Peck, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, le Réseau d'action et de soutien des prisonniers et prisonnières vivant avec le VIH/sida et l'Association canadienne des personnes qui utilisent des drogues.

Matthew A. Nathanson, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Dirk Derstine et Janani Shanmuganathan, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Kassandra Cronin et Kendra Milne, pour l'intervenante West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

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

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] Parliament has the power to proscribe conduct as criminal and determine the punishment for it, and judges have the duty to apply the laws Parliament adopts on punishment to offenders. But individuals are also entitled to receive, and judges have a duty to impose, sentences that are constitutional having regard to the circumstances of each case that comes before them. Sometimes a judge's duty to apply a mandatory minimum sentence provision conflicts with the judge's duty to impose a sentence that does not violate the guarantees of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this appeal, the Court is once again confronted with the problem of how the imposition of a mandatory minimum sentence can be reconciled with the imperative that no person shall be punished in a manner than infringes the *Charter*.

[2] We are asked to decide the constitutionality of a one-year mandatory minimum sentence for a controlled substances offence. I conclude that this provision, while permitting constitutional sentences in a broad array of cases, will sometimes mandate sentences that violate the constitutional guarantee against cruel and unusual punishment. Insofar as the law requires a one-year sentence of imprisonment, it violates the guarantee against cruel and unusual punishment in s. 12 of the *Charter* and is not justified under s. 1.

[3] As this Court's decision in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, illustrates, the reality is that mandatory minimum sentences for offences that can be committed in many ways and under many different circumstances by a wide range of people are constitutionally vulnerable because they will almost

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Le Parlement possède le pouvoir de tenir un acte pour criminel et de l'interdire, ainsi que de déterminer la sanction à infliger pour sa perpétration, et les tribunaux ont l'obligation d'appliquer les dispositions adoptées par le Parlement en matière de peines à infliger aux délinquants. Or, dans toute affaire dont un tribunal est saisi, le délinquant a le droit de se voir infliger, et le tribunal a l'obligation de lui infliger, une peine qui est constitutionnelle au vu des faits de l'espèce. Il arrive que l'obligation du tribunal d'appliquer une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire aille à l'encontre de son obligation d'infliger une peine qui ne porte pas atteinte aux garanties de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans la présente affaire, la Cour se retrouve encore une fois aux prises avec la question de savoir comment l'infliction d'une peine minimale obligatoire peut se concilier avec la nécessité impérieuse que nul ne soit puni selon des modalités contraires à la *Charte*.

[2] Nous sommes appelés à nous prononcer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement qu'encourt l'auteur d'une infraction relative à une substance réglementée. J'estime que la disposition en cause, même si elle permet d'infliger des peines constitutionnelles dans une grande variété d'affaires, commande parfois une peine attentatoire à la garantie constitutionnelle contre les peines cruelles et inusitées. Dans la mesure où elle prescrit une peine d'emprisonnement d'un an, la disposition porte atteinte au droit à la protection contre les peines cruelles et inusitées que garantit l'art. 12 de la *Charte* et l'atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier.

[3] Comme il appert de l'arrêt *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, le fait est que la disposition qui rend passible d'une peine minimale obligatoire l'auteur d'une infraction qui peut être perpétrée de nombreuses manières et dans de nombreuses circonstances différentes, par une grande variété de

inevitably catch situations where the prescribed mandatory minimum would require an unconstitutional sentence. One solution is for such laws to narrow their reach, so that they catch only conduct that merits the mandatory minimum sentence. Another option to preserve the constitutionality of offences that cast a wide net is to provide for residual judicial discretion to impose a fit and constitutional sentence in exceptional cases. This approach, widely adopted in other countries, provides a way of resolving the tension between Parliament's right to choose the appropriate range of sentences for an offence, and the constitutional right to be free from cruel and unusual punishment.

[4] For the reasons that follow, I conclude that, although he was not required to do so, the provincial court judge in this case had the power to consider the constitutional validity of the mandatory minimum sentence provision at issue; that he did not err in finding it unconstitutional; and that the sentence of one year he imposed on the appellant should be upheld.

II. The Challenged Law

[5] Section 5(3)(a)(i)(D) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“CDSA”), provides:

5 (1) No person shall traffic in a substance included in Schedule I, II, III or IV or in any substance represented or held out by that person to be such a substance.

(2) No person shall, for the purpose of trafficking, possess a substance included in Schedule I, II, III or IV.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2)

(a) subject to paragraph (a.1), if the subject matter of the offence is a substance included in Schedule I or II, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life, and

(i) to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year if

personnes, se révèle vulnérable sur le plan constitutionnel, car elle s'appliquera presque inévitablement dans des situations où le minimum obligatoire équivaudra à une peine inconstitutionnelle. Une solution consiste alors à réduire son champ d'application de manière qu'elle ne vise que le comportement qui justifie l'infliction de la peine minimale obligatoire. Un autre moyen d'assurer la constitutionnalité d'une infraction qui ratisse large consiste à conférer au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de déterminer une peine juste et constitutionnelle dans des cas exceptionnels. Largement retenue à l'étranger, cette dernière solution établit un compromis entre le droit du Parlement d'arrêter la fourchette de peines qui convient pour une infraction et le droit constitutionnel de chacun à la protection contre les peines cruelles et inusitées.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que même s'il n'était pas tenu de l'exercer, le juge de la cour provinciale avait en l'espèce le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire en cause, qu'il n'a pas eu tort de conclure à son inconstitutionnalité et que la peine d'un an d'emprisonnement qu'il a infligée à l'appelant devrait être confirmée.

II. La règle de droit contestée

[5] La division 5(3)a)(i)(D) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« LRCDas »), dispose :

5 (1) Il est interdit de faire le trafic de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou de toute substance présentée ou tenue pour telle par le trafiquant.

(2) Il est interdit d'avoir en sa possession, en vue d'en faire le trafic, toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV.

(3) Quiconque contrevient aux paragraphes (1) ou (2) commet :

a) dans le cas de substances inscrites aux annexes I ou II, mais sous réserve de l'alinéa a.1), un acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité, la durée de l'emprisonnement ne pouvant être inférieure :

(i) à un an, si la personne, selon le cas :

(D) the person was convicted of a designated substance offence, or had served a term of imprisonment for a designated substance offence, within the previous 10 years, . . .

[6] To be subject to the mandatory minimum sentence of one year of imprisonment, an offender must be convicted of trafficking, or of possession for the purpose of trafficking, of either any quantity of a Schedule I substance, such as cocaine, heroin or methamphetamine, or three kilograms or more of a Schedule II substance, namely cannabis: s. 5(3)(a) and (a.1) of the *CDSA*. The offender must also have been convicted within the previous 10 years of a “designated substance offence”, which is defined at s. 2(1) of the *CDSA* as any offence under Part I of the *CDSA* other than simple possession.

III. The Factual Background

[7] The appellant, Joseph Ryan Lloyd, was a drug addict and dealer in Vancouver’s Downtown Eastside. He was addicted to cocaine, methamphetamine and heroin, and sold drugs to support his addiction. He had been convicted of a number of drug-related offences.

[8] On February 8, 2013, Mr. Lloyd was convicted of possession of a Schedule I substance, methamphetamine, for the purpose of trafficking, and sentenced to jail. A month after his release, he was again arrested and charged with three counts of possession for the purpose of trafficking of a Schedule I drug, namely crack cocaine, methamphetamine, and heroin. The presiding judge, Galati Prov. Ct. J., convicted him on all three counts.

[9] At the sentencing hearing, Mr. Lloyd told the provincial court judge that he trafficked in drugs to support his drug addiction, but that he was taking steps to get help. He acknowledged that the drugs he trafficked in were dangerous and addictive, and that

(D) a, au cours des dix dernières années, été reconnue coupable d’une infraction désignée ou purgé une peine d’emprisonnement relativement à une telle infraction,

[6] Pour encourir la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement, le délinquant doit être déclaré coupable de trafic ou de possession, en vue d’en faire le trafic, de toute quantité d’une substance inscrite à l’annexe I telle que la cocaïne, l’héroïne ou la méthamphétamine, ou de trois kilogrammes ou plus d’une substance inscrite à l’annexe II, à savoir le cannabis (al. 5(3)a) et (a.1) de la *LRCDAS*). Le délinquant doit aussi, au cours des 10 années précédentes, avoir été déclaré coupable d’une « infraction désignée », laquelle s’entend, selon le par. 2(1) de la *LRCDAS*, de toute infraction prévue par la partie I de la *LRCDAS*, sauf la possession simple.

III. Le contexte factuel

[7] Toxicomane et trafiquant de drogue du quartier Downtown Eastside à Vancouver, l’appelant, Joseph Ryan Lloyd, souffrait d’une dépendance à la cocaïne, à la méthamphétamine et à l’héroïne et il vendait de la drogue pour satisfaire son besoin de consommation. Il a été déclaré coupable d’un certain nombre d’infractions liées à la drogue.

[8] Le 8 février 2013, M. Lloyd a été déclaré coupable de possession d’une substance inscrite à l’annexe I — la méthamphétamine — en vue d’en faire le trafic. Il a été condamné à une peine d’emprisonnement. Un mois après sa mise en liberté, il a de nouveau été arrêté puis accusé de trois chefs de possession, en vue d’en faire le trafic, d’une drogue inscrite à l’annexe I, à savoir le crack, la méthamphétamine et l’héroïne. Le juge Galati, de la cour provinciale, l’a reconnu coupable des trois chefs d’accusation.

[9] À l’audience de détermination de la peine, M. Lloyd a dit se livrer au trafic de la drogue pour satisfaire son besoin de consommation, mais avoir entrepris des démarches pour obtenir de l’aide. Il a reconnu que les drogues dont il faisait le trafic étaient

until recently he had given no thought to their effect on the people who purchased them. Because he had been convicted of a similar drug offence shortly before, he was subject to a mandatory minimum sentence of one year of imprisonment, pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA*. Mr. Lloyd therefore asked for a declaration under s. 24(1) of the *Charter* that the mandatory minimum provision is unconstitutional and of no force or effect because it violates ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*.

[10] Galati Prov. Ct. J. acknowledged that lower sentences have occasionally been imposed on repeat offender, addicted traffickers: 2014 BCPC 8. In this case, however, he found — without considering the mandatory minimum provision — that the appropriate sentencing range for Mr. Lloyd’s offences was 12 to 18 months, and that the appropriate sentence for him was 12 months. He noted that, in spite of this conclusion, Mr. Lloyd had standing to challenge the constitutional validity of the mandatory minimum because of its potential inflationary effect on the appropriate sentencing range. Turning to that issue, Galati Prov. Ct. J. found that the mandatory minimum violates s. 12 of the *Charter* because it would impose cruel and unusual punishment in cases where, for example, an addict possesses a small amount of a Schedule I drug to share with a spouse or a friend. A one-year sentence for such an offender, he held, would be grossly disproportionate to what is justified by the legitimate penological goals and sentencing principles of the *CDSA*, and would be considered abhorrent or intolerable by most Canadians. Galati Prov. Ct. J. rejected the claim that the mandatory minimum sentence also violates ss. 7 and 9 of the *Charter*. He found that the violation of s. 12 was not justified under s. 1 of the *Charter* (2014 BCPC 11), and sentenced Mr. Lloyd to one year of imprisonment.

[11] The British Columbia Court of Appeal (Groberman J.A., for himself and Newbury and

dangereuses et créaient une dépendance, et que ce n’était que récemment qu’il avait songé à l’effet qu’elles avaient sur les personnes qui se les procuraient. Comme il avait, peu de temps auparavant, été déclaré coupable d’une infraction apparentée en matière de drogue, il était passible d’une peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement suivant la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCIDAS*. M. Lloyd a donc demandé, sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*, une déclaration selon laquelle la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire est inconstitutionnelle et inopérante parce qu’elle contrevient aux art. 7, 9 et 12 de la *Charte*.

[10] Le juge Galati reconnaît que des peines moins sévères ont parfois été infligées à des trafiquants toxicomanes récidivistes (2014 BCPC 8). En l’espèce, toutefois, il conclut — sans tenir compte de la disposition sur la peine minimale obligatoire — que la fourchette des peines appropriées pour les infractions commises par M. Lloyd est de 12 à 18 mois d’emprisonnement, et qu’un emprisonnement de 12 mois convient dans son cas. Il signale que malgré cette conclusion, M. Lloyd a qualité pour contester la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire étant donné l’effet à la hausse que celle-ci peut avoir sur la fourchette applicable. Sur ce point, le juge Galati statue que la peine minimale obligatoire contrevient à l’art. 12 de la *Charte* parce qu’elle emporte l’infliction d’une peine cruelle et inusitée lorsque, par exemple, le toxicomane possède une petite quantité d’une drogue inscrite à l’annexe I en vue de la partager avec sa conjointe ou un ami. Dans un tel cas, une peine d’emprisonnement d’un an est selon lui exagérément disproportionnée à ce que justifient les objectifs pénologiques légitimes et les principes de détermination de la peine qui sous-tendent la *LRCIDAS*. Il ajoute que la plupart des Canadiens la tiendraient pour odieuse ou intolérable. Le juge Galati rejette l’allégation selon laquelle la peine minimale obligatoire contrevient en outre aux art. 7 et 9 de la *Charte*. Il estime que l’atteinte à l’art. 12 n’est pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte* (2014 BCPC 11), et il condamne M. Lloyd à un an d’emprisonnement.

[11] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge Groberman, s’exprimant en son nom, et les

Kirkpatrick J.J.A.) held that judges of the Provincial Court do not have the power to make formal declarations of constitutional invalidity: 2014 BCCA 224, 356 B.C.A.C. 275. Only superior courts of inherent jurisdiction have this power. The Court of Appeal therefore set aside what it read as the provincial court judge's declaration of unconstitutionality. It further held that while Mr. Lloyd had standing to challenge the mandatory minimum provision under which he was sentenced, the court was not obligated to consider the issue unless it would have had an impact on the sentence. Because the minimum sentence provision at issue did not result in a significant change to the low end of the sentencing range, and could not have affected Mr. Lloyd, the court declined to consider the constitutional challenge to the mandatory minimum provision.

[12] The Court of Appeal also allowed the Crown's sentence appeal and increased Mr. Lloyd's sentence to 18 months concurrent for the three offences. It held that a sentence at the high end of the normal range was justified because (1) Mr. Lloyd possessed three different substances for street-level distribution; (2) the substances are dangerous, highly addictive, and socially destructive; (3) he committed the offences while on probation; (4) he was carrying a knife in a sheath, contrary to the terms of his probation; (5) he had a lengthy criminal record, with 21 prior convictions; and (6) his attempts at rehabilitation were embryonic, and he showed little insight into the harm caused to others. The Court of Appeal held that the sentencing judge wrongly took three to four months as the low end of the normal range for sentences, when in fact it was one year. It increased the sentence accordingly.

juges Newbury et Kirkpatrick) statue qu'un juge de la cour provinciale n'a pas le pouvoir de déclarer formellement une disposition inconstitutionnelle (2014 BCCA 224, 356 B.C.A.C. 275). Seule une cour supérieure ayant une compétence inhérente possède ce pouvoir. La Cour d'appel annule donc ce qui constitue, selon elle, une déclaration d'inconstitutionnalité par le juge de la cour provinciale. Elle conclut également que même si M. Lloyd a qualité pour contester la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire et sous le régime de laquelle il a été condamné, elle n'est tenue de se prononcer que si la disposition est susceptible d'influer sur la peine. Comme la disposition contestée ne modifie pas sensiblement l'extrémité inférieure de la fourchette de peines applicable et ne peut avoir d'incidence sur M. Lloyd, la Cour d'appel refuse de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire.

[12] La Cour d'appel fait également droit à l'appel du ministère public quant à la peine et porte celle-ci à 18 mois d'emprisonnement pour chacune des trois infractions, à purger concurremment. Elle conclut qu'une peine située à l'extrémité supérieure de la fourchette habituelle est justifiée pour les motifs suivants : (1) M. Lloyd avait en sa possession trois substances différentes destinées à la distribution dans la rue; (2) ces substances sont dangereuses, créent une grande dépendance et ont un effet destructeur sur la société; (3) les infractions ont été commises alors que M. Lloyd faisait l'objet d'une ordonnance de probation; (4) ce dernier portait un couteau sous étui, contrairement aux conditions de son ordonnance de probation; (5) il possédait un lourd casier judiciaire constitué de 21 déclarations de culpabilité; (6) ses efforts de réadaptation demeuraient au stade embryonnaire et il semblait peu conscient du tort causé à autrui. La Cour d'appel estime que le juge qui a déterminé la peine a considéré à tort que l'extrémité inférieure de la fourchette habituelle correspond à trois ou quatre mois d'emprisonnement alors qu'il s'agit en réalité d'un an d'emprisonnement. Elle accroît la durée de la peine en conséquence.

IV. Analysis

[13] Three issues are raised on appeal: (1) Did the provincial court judge have the power to decide the constitutionality of the mandatory minimum sentence? (2) Is the mandatory minimum sentence law at issue unconstitutional? (3) Did the Court of Appeal err in increasing Mr. Lloyd's sentence from 12 months to 18 months?

A. *Did the Provincial Court Judge Have the Power to Decide the Constitutionality of the Mandatory Minimum Sentence?*

[14] The provincial court judge, having found that the mandatory minimum sentence at issue would affect Mr. Lloyd's sentence only if it raised the floor of the appropriate range of sentences, proceeded to consider the law's constitutionality and "declare" it unconstitutional. The Court of Appeal set aside this declaration and declined to consider the question on the ground that the challenged law does not raise the threshold of the sentencing range and thus could not have affected Mr. Lloyd's sentence. The Crown asks us to confirm that provincial courts cannot make declarations of constitutional invalidity and should rule on the constitutionality of a mandatory minimum sentence only if it would have an impact on the offender before them.

[15] The law on this matter is clear. Provincial court judges are not empowered to make formal declarations that a law is of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*; only superior court judges of inherent jurisdiction and courts with statutory authority possess this power. However, provincial court judges do have the power to determine the constitutionality of a law where it is properly before them. As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 316, "it has always been open to provincial courts to declare legislation invalid in criminal cases. No one may be convicted of an offence under an invalid statute." See also *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations*

IV. Analyse

[13] Le pourvoi soulève trois questions : (1) Le juge de la cour provinciale avait-il le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire? (2) La disposition prévoyant la peine minimale obligatoire en cause est-elle inconstitutionnelle? (3) La Cour d'appel a-t-elle tort de faire passer la peine de M. Lloyd de 12 à 18 mois d'emprisonnement?

A. *Le juge de la cour provinciale avait-il le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire?*

[14] Après avoir conclu que la peine minimale obligatoire en cause influencerait sur la peine infligée à M. Lloyd uniquement si elle avait pour effet d'élever le plancher de la fourchette de peines applicable, le juge de la cour provinciale se penche sur la constitutionnalité de la règle de droit contestée et [TRADUCTION] « déclare » celle-ci inconstitutionnelle. La Cour d'appel annule la déclaration d'inconstitutionnalité et refuse d'examiner la question au motif que la règle de droit contestée n'a pas pour effet, selon elle, d'élever le plancher de la fourchette et ne peut donc pas influencer sur la peine infligée à M. Lloyd. Le ministère public nous demande de confirmer qu'une cour provinciale ne peut déclarer une disposition inconstitutionnelle et qu'elle ne devrait se prononcer sur la constitutionnalité d'une peine minimale obligatoire que lorsque cette peine a une incidence sur le délinquant en cause.

[15] Le droit applicable en la matière est clair. Un juge d'une cour provinciale n'est pas habilité à faire une déclaration formelle selon laquelle une règle de droit est inopérante en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Seul possède ce pouvoir un juge d'une cour supérieure ayant une compétence inhérente ou d'un tribunal qui en est légalement investi. Le juge d'une cour provinciale a toutefois le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d'une règle de droit lorsque la question est soulevée dans une instance dont il est à juste titre saisi. Comme le dit la Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 316, « les cours provinciales ont toujours eu la possibilité de déclarer une loi

Board), [1991] 2 S.C.R. 5, at pp. 14-17; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 592; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (B.C.C.A.), at pp. 439-40; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-25.

[16] Just as no one may be convicted of an offence under an invalid statute, so too may no one be sentenced under an invalid statute. Provincial court judges must have the power to determine the constitutional validity of mandatory minimum provisions when the issue arises in a case they are hearing. This power flows directly from their statutory power to decide the cases before them. The rule of law demands no less.

[17] In my view, the provincial court judge in this case did no more than this. Mr. Lloyd challenged the mandatory minimum that formed part of the sentencing regime that applied to him. As the Court of Appeal found, he was entitled to do so. The provincial court judge was entitled to consider the constitutionality of the mandatory minimum provision. He ultimately concluded that the mandatory minimum sentence was not grossly disproportionate as to Mr. Lloyd. The fact that he used the word “declare” does not convert his conclusion to a formal declaration that the law is of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[18] To be sure, it does not follow that a provincial court judge is obligated to consider the constitutionality of a mandatory minimum provision where it can have no impact on the sentence in the case at issue. Judicial economy dictates that judges should not squander time and resources on matters they need not decide. But a formalistic approach should be avoided. Thus, once the judge in this case determined that the mandatory minimum did not materially exceed the bottom of the sentencing

invalide dans des affaires criminelles. Nul ne peut être reconnu coupable d’infraction à une loi invalide. » Voir aussi *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p. 14-17; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 592; *Re Shewchuk and Ricard* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (C.A. C.-B.), p. 439-440; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-25.

[16] Nul ne pouvant être déclaré coupable d’une infraction sous le régime d’une loi invalide, nul ne peut non plus se voir infliger une peine sur le fondement d’une loi invalide. Un juge d’une cour provinciale doit pouvoir statuer sur la constitutionnalité d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire lorsque la question est soulevée dans une affaire qu’il instruit. Ce pouvoir découle directement de celui, que lui confère la loi, de trancher les litiges dont il est saisi. La primauté du droit n’exige rien de moins.

[17] À mon avis, le juge de la cour provinciale ne fait rien de plus en l’espèce. M. Lloyd contestait la peine minimale obligatoire qui fait partie du régime de détermination de la peine auquel il est soumis. Comme le conclut la Cour d’appel, il était en droit de le faire. Le juge de la cour provinciale pouvait se pencher sur la constitutionnalité de la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire. Il a finalement conclu que la peine minimale obligatoire n’est pas exagérément disproportionnée dans le cas de M. Lloyd. L’emploi du verbe [TRADUCTION] « déclarer » ne transforme pas sa conclusion en une déclaration formelle selon laquelle la règle de droit est inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[18] Il ne s’ensuit certes pas que le juge de la cour provinciale est tenu de se pencher sur la constitutionnalité d’une disposition qui prévoit une peine minimale obligatoire lorsque celle-ci n’est pas susceptible d’influer sur la peine infligée dans le cas considéré. Le principe de l’économie des ressources judiciaires commande que les tribunaux s’abstiennent de consacrer temps et ressources à des questions qu’ils n’ont pas besoin de trancher. Il ne faut toutefois pas se montrer trop strict à cet

range applicable to Mr. Lloyd, he could have declined to consider its constitutionality. To put it in legal terms, the doctrine of mootness should be flexibly applied. If an issue arises as to the validity of the law, the provincial court judge has the power to determine it as part of the decision-making process in the case. To compel provincial court judges to conduct an analysis of whether the law could have any impact on an offender's sentence, as a condition precedent to considering the law's constitutional validity, would place artificial constraints on the trial and decision-making process.

[19] The effect of a finding by a provincial court judge that a law does not conform to the Constitution is to permit the judge to refuse to apply it in the case at bar. The finding does not render the law of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. It is open to provincial court judges in subsequent cases to decline to apply the law, for reasons already given or for their own; however, the law remains in full force or effect, absent a formal declaration of invalidity by a court of inherent jurisdiction.

[20] I conclude that the provincial court judge in this case had the power to consider the constitutional validity of the challenged sentencing provision in the course of making his decision on the case before him.

B. *Is the Mandatory Minimum Sentence Here Unconstitutional?*

[21] Section 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* provides a minimum sentence of one year of imprisonment for trafficking or possession for the purpose of trafficking in a Schedule I or II drug, where the offender has been convicted of any drug offence (except possession) within the previous 10 years. The law

égard. Dès lors qu'il a conclu en l'espèce que la peine minimale obligatoire n'excédait pas sensiblement la peine correspondant à l'extrémité inférieure de la fourchette applicable à M. Lloyd, le juge pouvait refuser d'examiner sa constitutionnalité. En langue juridique, la doctrine du caractère théorique doit s'appliquer avec souplesse. Lorsque la constitutionnalité d'une règle de droit est contestée, le juge de la cour provinciale a le pouvoir de trancher dans l'exercice du pouvoir juridictionnel qu'il possède dans l'instance. L'obliger à se demander, avant qu'il ne puisse examiner la constitutionnalité de la règle de droit, si cette dernière pourrait avoir une incidence sur la peine infligée au délinquant aurait pour effet d'assujettir le déroulement du procès et l'exercice du pouvoir juridictionnel à des contraintes artificielles.

[19] Conclure qu'une règle de droit n'est pas conforme à la Constitution permet à un juge de la cour provinciale de refuser d'appliquer cette règle dans l'affaire dont il est saisi. La règle de droit n'est pas pour autant inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est loisible aux juges de la cour provinciale de refuser d'appliquer la règle de droit dans des affaires subséquentes pour les motifs déjà exposés ou pour d'autres motifs qui leur sont propres. La règle de droit demeure toutefois pleinement opérante en l'absence d'une déclaration formelle d'invalidité par une cour ayant une compétence inhérente.

[20] Je conclus que le juge de la cour provinciale pouvait, en exerçant son pouvoir juridictionnel dans l'instance dont il était saisi, se pencher sur la constitutionnalité de la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire.

B. *La peine minimale obligatoire en cause est-elle inconstitutionnelle?*

[21] La division 5(3)a(i)(D) de la *LRCDAS* dispose qu'une peine minimale d'un an d'emprisonnement est infligée pour trafic ou possession, en vue d'en faire le trafic, d'une drogue inscrite aux annexes I ou II au délinquant qui, au cours des 10 années précédentes, a été reconnu coupable de

provides an exception to the minimum one-year sentence if the offender has, prior to sentencing, successfully completed a drug treatment court program or another program approved under s. 720(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46: s. 10(5) of the *CDSA*. The question is whether this law violates the *Charter*.

(1) Does the Law Violate Section 12 of the Charter?

[22] The analytical framework to determine whether a sentence constitutes a “cruel and unusual” punishment under s. 12 of the *Charter* was recently clarified by this Court in *Nur*. A sentence will infringe s. 12 if it is “grossly disproportionate” to the punishment that is appropriate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender: *Nur*, at para. 39; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. A law will violate s. 12 if it imposes a grossly disproportionate sentence on the individual before the court, or if the law’s reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on others: *Nur*, at para. 77.

[23] A challenge to a mandatory minimum sentencing provision under s. 12 of the *Charter* involves two steps: *Nur*, at para. 46. First, the court must determine what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*. The court need not fix the sentence or sentencing range at a specific point, particularly for a reasonable hypothetical case framed at a high level of generality. But the court should consider, even implicitly, the rough scale of the appropriate sentence. Second, the court must ask whether the mandatory minimum requires the judge to impose a sentence that is grossly disproportionate to the offence and its circumstances: *Smith*, at p. 1073; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 498; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at paras. 26-29; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 337-38. In the past, this Court has referred to

toute infraction en matière de drogue (sauf la possession). Une exception est prévue dans le cas du délinquant qui, avant la détermination de sa peine, termine avec succès un programme judiciaire de traitement de la toxicomanie ou un autre programme agréé visé au par. 720(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (par. 10(5) de la *LRCDAS*). La question est de savoir si cette règle de droit contrevient à la *Charte*.

(1) La règle de droit contrevient-elle à l’art. 12 de la Charte?

[22] Récemment, dans l’arrêt *Nur*, la Cour a clarifié le cadre analytique dans lequel il convient d’examiner si une peine constitue ou non une peine « cruel[le] et inusité[e] » au sens de l’art. 12 de la *Charte*. Une peine contrevient à l’art. 12 lorsqu’elle est « exagérément disproportionnée » à la peine qui convient, eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant (*Nur*, par. 39; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073). Une règle de droit porte atteinte à l’art. 12 lorsqu’elle a pour effet d’infliger à l’accusé une peine exagérément disproportionnée ou que ses applications raisonnablement prévisibles infligeront à d’autres personnes des peines exagérément disproportionnées (*Nur*, par. 77).

[23] Statuer au regard de l’art. 12 de la *Charte* sur une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire commande une analyse en deux étapes (*Nur*, par. 46). Premièrement, le tribunal doit déterminer ce qui constitue une peine proportionnée à l’infraction eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Il n’a pas à attribuer à la peine ou à la fourchette de peines des valeurs précises, spécialement dans le cas d’une situation hypothétique raisonnable revêtant un degré élevé de généralité. Mais il doit considérer, ne serait-ce qu’implicitement, l’échelle générale des peines qui sont appropriées. Deuxièmement, le tribunal doit se demander si la peine minimale obligatoire le contraint à infliger une peine exagérément disproportionnée à l’infraction et aux circonstances de sa perpétration (*Smith*, p. 1073; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 498; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 26-29; *R.*

proportionality as the relationship between the sentence to be imposed and the sentence that is fit and proportionate: see e.g. *Nur*, at para. 46; *Smith*, at pp. 1072-73. The question, put simply, is this: In view of the fit and proportionate sentence, is the mandatory minimum sentence grossly disproportionate to the offence and its circumstances? If so, the provision violates s. 12.

[24] This Court has established a high bar for finding that a sentence represents a cruel and unusual punishment. To be “grossly disproportionate” a sentence must be more than merely excessive. It must be “so excessive as to outrage standards of decency” and “abhorrent or intolerable” to society: *Smith*, at p. 1072, citing *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688; *Morrissey*, at para. 26; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 14. The wider the range of conduct and circumstances captured by the mandatory minimum, the more likely it is that the mandatory minimum will apply to offenders for whom the sentence would be grossly disproportionate.

[25] This brings us to the law challenged in this case. Mr. Lloyd concedes that the one-year minimum jail term is not a sentence that is grossly disproportionate as applied to him but only in relation to reasonably foreseeable applications of the law to others. The question before us is therefore: Could a one-year sentence of imprisonment be grossly disproportionate to the offence of possession for the purpose of trafficking a Schedule I substance in reasonably foreseeable cases?

[26] On its face, a one-year sentence for an offender with a prior conviction for a drug offence who is convicted for trafficking or possession for the purpose of trafficking in a Schedule I drug, such as cocaine, heroin or methamphetamine, may not seem excessive. Schedule I drugs are highly addictive and inflict great harm on individuals and society. Trafficking in these drugs is rightly considered a serious offence: see *R. v. Greyeyes*, [1997] 2 S.C.R. 825, at

c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 337-338). Par le passé, la Cour a vu dans la proportionnalité le rapport entre la peine devant être infligée et celle qui est juste et proportionnée (voir p. ex. *Nur*, par. 46; *Smith*, p. 1072-1073). Pour simplifier, disons qu’il faut se demander si, compte tenu de la peine juste et proportionnée, la peine minimale obligatoire est exagérément disproportionnée à l’infraction et aux circonstances de sa perpétration. Dans l’affirmative, la disposition contrevient à l’art. 12.

[24] La Cour place la barre haute lorsqu’il s’agit de savoir si une peine constitue une peine cruelle et inusitée. Pour qu’elle soit « exagérément disproportionnée », la peine ne peut être simplement excessive. Elle doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine », de même qu’« odieuse ou intolérable » socialement (*Smith*, p. 1072, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688; *Morrissey*, par. 26; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 14). Plus la variété des comportements et des circonstances qui font encourir la peine minimale obligatoire est grande, plus cette peine est susceptible d’être infligée à des délinquants pour lesquels elle est exagérément disproportionnée.

[25] Passons maintenant à la règle de droit contestée en l’espèce. M. Lloyd concède que la peine minimale d’un an d’emprisonnement ne constitue pas une peine exagérément disproportionnée dans son cas et qu’elle l’est seulement dans ses applications raisonnablement prévisibles à d’autres personnes. Il faut donc se demander si, dans certains cas raisonnablement prévisibles, une peine d’un an d’emprisonnement peut être exagérément disproportionnée à l’infraction de possession d’une substance inscrite à l’annexe I en vue d’en faire le trafic.

[26] De prime abord, une peine d’un an d’emprisonnement infligée à un délinquant qui a déjà été reconnu coupable d’une infraction liée à la drogue et qui, cette fois, est déclaré coupable de trafic ou de possession, en vue d’en faire le trafic, d’une substance inscrite à l’annexe I telle que la cocaïne, l’héroïne ou la méthamphétamine peut ne pas paraître excessive. Les substances inscrites à l’annexe I créent de grandes dépendances et causent de grands

para. 6, per L'Heureux-Dubé J.; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 80, per Cory J. (dissenting on another issue).

[27] The problem with the mandatory minimum sentence provision in this case is that it “casts its net over a wide range of potential conduct”: *Nur*, at para. 82. As a result, it catches not only the serious drug trafficking that is its proper aim, but conduct that is much less blameworthy. This renders it constitutionally vulnerable.

[28] Three features of the law make it applicable in a large number of situations, varying greatly in an offender’s blameworthiness.

[29] First, it applies to any amount of Schedule I substances. As such, it applies indiscriminately to professional drug dealers who sell dangerous substances for profit and to drug addicts who possess small quantities of drugs that they intend to share with a friend, a spouse, or other addicts.

[30] Second, the definition of “traffic” in the *CDSA* captures a very broad range of conduct. It targets not only people selling drugs, but all who “administer, give, transfer, transport, send or deliver the substance” (s. 2(1)), irrespective of the reason for doing so and regardless of the intent to make a profit. As such, it would catch someone who gives a small amount of a drug to a friend, or someone who is only trafficking to support his own habit.

[31] Third, the minimum sentence applies when there is a prior conviction for any “designated substance offence” within the previous 10 years, which captures any of the offences in ss. 4 to 10 of the

préjudices aux individus et à la société. On considère à juste titre que le trafic de ces drogues constitue une infraction grave (voir *R. c. Greyeyes*, [1997] 2 R.C.S. 825, par. 6, la juge L'Heureux-Dubé; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 80, le juge Cory, dissident sur un autre point).

[27] La disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire contestée en l'espèce est problématique en ce qu'elle « s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels » (*Nur*, par. 82). Par voie de conséquence, elle vise non seulement le trafic de drogue hautement répréhensible, ce qui correspond à son objectif légitime, mais aussi le comportement qui se révèle beaucoup moins répréhensible. Dès lors, elle est vulnérable sur le plan constitutionnel.

[28] Trois de ses caractéristiques font que la règle de droit s'applique dans un grand nombre de situations dans lesquelles la culpabilité morale varie beaucoup d'un délinquant à l'autre.

[29] Premièrement, elle s'applique à toute quantité d'une substance inscrite à l'annexe I. Elle s'applique donc indifféremment au trafiquant de drogue professionnel qui vend des substances dangereuses afin de réaliser un profit et au toxicomane qui a en sa possession une petite quantité de drogue qu'il compte partager avec un ami, sa conjointe ou un autre toxicomane.

[30] Deuxièmement, selon la définition qu'en donne la *LRCDA*S, le « trafic » s'entend d'une très grande variété d'actes. Il englobe la vente de drogue, mais aussi « [l']administration, [le] don, [la] cession, [le] transport, [l']expédition ou [la] livraison [de la] substance » (par. 2(1)), indépendamment du motif sous-jacent et peu importe qu'il y ait ou non intention de réaliser un profit. La disposition englobe donc le fait de donner une petite quantité de drogue à un ami ou de s'adonner au trafic seulement pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation.

[31] Troisièmement, la peine minimale s'applique lorsqu'il y a déjà eu, au cours des 10 années précédentes, déclaration de culpabilité relativement à une « infraction désignée », ce qui englobe toute

CDSA, except the offence of simple possession. In addition, the prior conviction can be for any substance, in any amount — even, for example, a small amount of marihuana.

[32] At one end of the range of conduct caught by the mandatory minimum sentence provision stands a professional drug dealer who engages in the business of dangerous drugs for profit, who is in possession of a large amount of Schedule I substances, and who has been convicted many times for similar offences. At the other end of the range stands the addict who is charged for sharing a small amount of a Schedule I drug with a friend or spouse, and finds herself sentenced to a year in prison because of a single conviction for sharing marihuana in a social occasion nine years before. I agree with the provincial court judge that most Canadians would be shocked to find that such a person could be sent to prison for one year.

[33] Another foreseeable situation caught by the law is the following. A drug addict with a prior conviction for trafficking is convicted of a second offence. In both cases, he was only trafficking in order to support his own addiction. Between conviction and the sentencing he goes to a rehabilitation centre and conquers his addiction. He comes to the sentencing court asking for a short sentence that will allow him to resume a healthy and productive life. Under the law the judge has no choice but to sentence him to a year in prison. Such a sentence would also be grossly disproportionate to what is fit in the circumstances and would shock the conscience of Canadians.

[34] It is argued that the exception to the mandatory minimum sentence provisions at issue in this case cures its constitutional infirmity. The law does not require the court to impose the one-year

infraction prévue aux art. 4 à 10 de la *LRCDS*, sauf celle de possession simple. En outre, la condamnation antérieure peut être intervenue pour n'importe quelle substance et n'importe quelle quantité (par exemple, une petite quantité de marihuana).

[32] À une extrémité de la gamme, le comportement qui tombe sous le coup de la disposition sur la peine minimale obligatoire est celui du trafiquant de drogue professionnel qui fait le commerce de drogues dangereuses pour le profit, qui est en possession d'une grande quantité de substances inscrites à l'annexe I et qui a maintes fois été déclaré coupable d'infractions apparentées. À l'autre extrémité, il y a le toxicomane qui fait l'objet d'une accusation de trafic pour avoir partagé avec un ami ou sa conjointe une petite quantité d'une substance inscrite à l'annexe I et qui écope d'un an de prison parce qu'il a déjà été reconnu coupable de trafic, une seule fois, neuf ans auparavant, après avoir partagé de la marihuana lors d'une réunion sociale. Je conviens avec le juge de la cour provinciale que la plupart des Canadiens seraient consternés d'apprendre qu'une telle personne pourrait écopier d'un an de prison.

[33] Une autre situation dans laquelle la règle de droit est raisonnablement susceptible de s'appliquer est la suivante. Un toxicomane est reconnu coupable de trafic une deuxième fois. Comme pour la fois précédente, il ne s'est livré au trafic que pour satisfaire son propre besoin de consommation. Dans l'intervalle compris entre la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine, il se rend dans un centre de désintoxication et parvient à vaincre sa dépendance. Le jour de la détermination de sa peine, il demande à être emprisonné moins longtemps afin de pouvoir mener à nouveau une vie saine et productive. Légalement, le juge n'a d'autre choix que de le condamner à un an de prison. Une telle peine est également exagérément disproportionnée à ce qui est juste dans les circonstances et elle est de nature à choquer la conscience des Canadiens.

[34] On fait valoir que l'exception prévue à l'application de la disposition sur la peine minimale obligatoire visée en l'espèce remédie au vice constitutionnel. La règle de droit ne commande pas l'infliction

minimum jail term if, prior to the imposition of sentence, the offender successfully completes an approved drug treatment court program or a treatment program under s. 720(2) of the *Criminal Code*: s. 10(5) of the *CDSA*. This exception is a step in the right direction. However, it is too narrow to cure the constitutional infirmity. First, it is confined to particular programs, which a particular offender may or may not be able to access. At the time of Mr. Lloyd's sentencing, there was only one approved drug treatment program in Vancouver. Second, to be admissible to these programs, the offender must usually plead guilty and forfeit his right to a trial. One constitutional deprivation cannot cure another. Third, the requirement that the offender successfully complete the program may not be realistic for heavily addicted offenders whose conduct does not merit a year in jail. Finally, in most programs, the Crown has the discretion to disqualify an applicant. As stated in *Nur*, exemptions from minimum sentences based on Crown discretion provide only "illusory" protection against grossly disproportionate punishment (para. 94).

[35] As I have already said, in light of *Nur*, the reality is this: mandatory minimum sentences that, as here, apply to offences that can be committed in various ways, under a broad array of circumstances and by a wide range of people are vulnerable to constitutional challenge. This is because such laws will almost inevitably include an acceptable reasonable hypothetical for which the mandatory minimum will be found unconstitutional. If Parliament hopes to sustain mandatory minimum penalties for offences that cast a wide net, it should consider narrowing their reach so that they only catch offenders that merit the mandatory minimum sentences.

de la peine minimale d'un an d'emprisonnement lorsque, avant la détermination de la peine, le délinquant termine avec succès un programme judiciaire de traitement approuvé ou un programme de traitement agréé conformément au par. 720(2) du *Code criminel* (par. 10(5) de la *LRCIDAS*). L'établissement de cette exception constitue un pas dans la bonne direction, mais il ne suffit pas pour remédier au vice constitutionnel. En premier lieu, l'exception ne vaut que pour certains programmes auxquels le délinquant en cause peut avoir accès ou non. Lors de la condamnation de M. Lloyd à sa peine, il n'existait qu'un seul programme de traitement agréé de la toxicomanie à Vancouver. En deuxième lieu, pour pouvoir participer à un tel programme, le délinquant doit habituellement inscrire un plaidoyer de culpabilité et renoncer à son droit à un procès. Une atteinte constitutionnelle ne saurait remédier à une autre. En troisième lieu, l'exigence de terminer le programme avec succès peut ne pas être réaliste lorsque le délinquant souffre d'une grande dépendance et que ses actes ne justifient pas un séjour d'un an en prison. Enfin, en ce qui concerne la plupart des programmes, le ministère public est investi d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'empêcher la participation d'un délinquant. Comme le dit la Cour dans *Nur*, l'exception à l'infliction de la peine minimale qui découle de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire n'offre qu'une protection « illusoire » contre la peine exagérément disproportionnée (par. 94).

[35] Le fait est, je le répète, au vu de l'arrêt *Nur*, que la peine minimale obligatoire qui, comme celle contestée en l'espèce, s'applique à une infraction susceptible d'être perpétrée de diverses manières, dans maintes circonstances différentes et par une grande variété de personnes se révèle vulnérable sur le plan constitutionnel. La raison en est que la disposition qui la prévoit englobera presque inévitablement une situation hypothétique raisonnable acceptable dans laquelle le minimum obligatoire sera jugé inconstitutionnel. Si le législateur tient à prévoir des peines minimales obligatoires pour des infractions qui ratissent large, il lui faudra envisager de réduire leur champ d'application de manière qu'elles ne visent que les délinquants qui méritent de se les voir infliger.

[36] Another solution would be for Parliament to build a safety valve that would allow judges to exempt outliers for whom the mandatory minimum will constitute cruel and unusual punishment. Residual judicial discretion for exceptional cases is a technique widely used to avoid injustice and constitutional infirmity in other countries: Department of Justice Canada, Research and Statistics Division, *Mandatory Sentences of Imprisonment in Common Law Jurisdictions: Some Representative Models* (2005) (online), at pp. 1, 4 and 35. It allows the legislature to impose severe sentences for offences deemed abhorrent, while avoiding unconstitutionally disproportionate sentences in exceptional cases. The residual judicial discretion is usually confined to exceptional cases and may require the judge to give reasons justifying departing from the mandatory minimum sentence prescribed by the law. It is for the legislature to determine the parameters of the residual judicial discretion. The laws of other countries reveal a variety of approaches: *Criminal Law Amendment Act, 1997* (S. Afr.), No. 105 of 1997, s. 51(3)(a); *Firearms Act 1968* (U.K.), 1968, c. 27, s. 51A(2); *Violent Crime Reduction Act 2006* (U.K.), 2006, c. 38, s. 29(4); *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* (U.K.), 2000, c. 6, ss. 109(3), 110(2) and 111(2); *Sentencing Act* (N.T.), s. 78DI; *Sentencing Act 1991* (Vic.), s. 10(1); *Sentencing Act 2002* (N.Z.), ss. 86E, 102 and 103; *Criminal Law (Sentencing) Act 1988* (S.A.), s. 17; 18 U.S.C. § 3553(f) (2012); *Penal Code [Brottsbalken]* (Swed.), c. 29, s. 5. There is no precise formula and only one requirement — that the residual discretion allow for a lesser sentence where application of the mandatory minimum would result in a sentence that is grossly disproportionate to what is fit and appropriate and would constitute cruel and unusual punishment.

[37] I conclude that the challenged mandatory minimum sentence of one year of imprisonment violates s. 12 of the *Charter*.

[36] Le législateur pourrait par ailleurs recourir à un mécanisme qui permettrait au tribunal d'écarter la peine minimale obligatoire dans les cas exceptionnels où elle constituerait une peine cruelle et inusitée. L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire résiduel susceptible d'être exercé dans les cas exceptionnels est un moyen répandu à l'étranger pour prévenir l'injustice et l'inconstitutionnalité (Ministère de la Justice du Canada, Division de la recherche et de la statistique, *Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de common law : Quelques modèles représentatifs* (2005) (en ligne), p. 1, 4-5 et 35). Il permet au législateur de prévoir de lourdes peines pour les crimes jugés odieux tout en évitant l'infliction de peines qui sont disproportionnées au point d'être inconstitutionnelles dans certains cas exceptionnels. Le pouvoir discrétionnaire résiduel ne peut habituellement être exercé qu'à titre exceptionnel, et le tribunal peut devoir préciser les raisons pour lesquelles il n'inflige pas la peine minimale obligatoire que prescrit la loi. Il appartient au législateur d'arrêter les paramètres du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal. Différentes approches ressortent des lois adoptées à l'étranger : *Criminal Law Amendment Act, 1997* (Afr. du Sud), n° 105 de 1997, al. 51(3)(a); *Firearms Act 1968* (R.-U.), 1968, c. 27, par. 51A(2); *Violent Crime Reduction Act 2006* (R.-U.), 2006, c. 38, par. 29(4); *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000* (R.-U.), 2000, c. 6, par. 109(3), 110(2) et 111(2); *Sentencing Act* (N.T.), art. 78DI; *Sentencing Act 1991* (Vic.), par. 10(1); *Sentencing Act 2002* (N.-Z.), art. 86E, 102 et 103; *Criminal Law (Sentencing) Act 1988* (S.A.), art. 17; 18 U.S.C. § 3553(f) (2012); *Code pénal [Brottsbalken]* (Suède), c. 29, art. 5. Il n'existe pas de formule précise, mais seulement une exigence unique, à savoir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel permette d'infliger une peine moindre que la peine minimale obligatoire lorsque celle-ci équivaudrait à une peine exagérément disproportionnée à ce qui est juste et approprié et constituerait une peine cruelle et inusitée.

[37] J'arrive à la conclusion que la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement contestée en l'espèce contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

(2) Does the Law Violate Section 7 of the Charter?

[38] In view of my conclusion that the law violates s. 12 of the *Charter*, the question of whether it also violates the s. 7 guarantee of liberty need not be addressed. However, it may be useful to comment on the issue, since it has arisen in this and other cases.

[39] Section 7 of the *Charter* provides that no person may be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. Mr. Lloyd argues that the principle of proportionality in sentencing — that the judge should impose a fit sentence having regard to all relevant factors — is a principle of fundamental justice under s. 7. The challenged mandatory minimum sentence prevents trial judges from considering all relevant circumstances in sentencing. Therefore, Mr. Lloyd asserts, it violates s. 7.

[40] I am unable to accept the submission that the principle of proportionality in sentencing is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. My starting point is the observation that principles of fundamental justice in s. 7 must be defined in a way that promotes coherence within the *Charter* and conformity to the respective roles of Parliament and the courts.

[41] I turn first to coherence within the *Charter*. It is necessary to read s. 7 in a way that is consistent with s. 12. Mr. Lloyd's proposal would set a new constitutional standard for sentencing laws — a standard that is lower than the cruel and unusual punishment standard prescribed by s. 12. As McIntyre J. (dissenting on another issue) stated in *Smith*, at p. 1107:

While section 7 sets out broad and general rights which often extend over the same ground as other rights set out in the *Charter*, it cannot be read so broadly as to render other rights nugatory. If section 7 were found to impose

(2) La règle de droit contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte?

[38] Étant donné ma conclusion selon laquelle la règle de droit contrevient à l'art. 12 de la *Charte*, point n'est besoin de se demander si elle porte aussi atteinte au droit à la liberté que garantit l'art. 7. Cependant, il peut être opportun d'examiner la question puisqu'elle est soulevée dans le dossier et qu'elle l'a été dans d'autres.

[39] L'article 7 de la *Charte* dispose qu'il ne peut être porté atteinte à la liberté d'une personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. M. Lloyd soutient que la proportionnalité de la peine — le juge étant tenu d'infliger une peine juste eu égard à tous les facteurs pertinents — constitue un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7. La peine minimale obligatoire contestée empêche le juge du procès de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes au moment de déterminer la peine. C'est pourquoi M. Lloyd prétend qu'elle contrevient à l'art. 7.

[40] Je ne peux faire droit à la prétention selon laquelle le principe de proportionnalité dans la détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 de la *Charte*. Je fais observer à cet égard que les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 doivent être définis de manière à favoriser la cohérence interne de la *Charte* et le respect des fonctions respectives du Parlement et des tribunaux.

[41] Considérons d'abord la cohérence interne de la *Charte*. L'article 7 doit être interprété d'une façon conciliable avec l'art. 12. La thèse de M. Lloyd revient à soumettre les dispositions relatives à la détermination de la peine à une nouvelle norme constitutionnelle, une norme moins stricte que celle de la peine cruelle et inusitée de l'art. 12. Comme le dit le juge McIntyre (dissident sur un autre point) dans l'arrêt *Smith*, p. 1107 :

L'article 7 proclame des droits de nature générale et de portée très large qui recourent parfois les autres droits énoncés dans la *Charte*, mais on ne saurait lui donner une interprétation large au point de rendre nuls ces autres

greater restrictions on punishment than s. 12 — for example by prohibiting punishments which were merely excessive — it would entirely subsume s. 12 and render it otiose. For this reason, I cannot find that s. 7 raises any rights or issues not already considered under s. 12.

[42] This Court again held that ss. 7 and 12 could not impose a different standard with respect to the proportionality of punishment in *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 160, per Gonthier and Binnie JJ.:

Is there then a principle of fundamental justice embedded in s. 7 that would give rise to a constitutional remedy against a punishment that does not infringe s. 12? We do not think so. To find that gross and excessive disproportionality of punishment is required under s. 12 but a lesser degree of proportionality suffices under s. 7 would render incoherent the scheme of interconnected “legal rights” set out in ss. 7 to 14 of the *Charter* by attributing contradictory standards to ss. 12 and 7 in relation to the same subject matter. Such a result, in our view, would be unacceptable.

[43] Recognition of the principle of proportionality in sentencing as a principle of fundamental justice under s. 7 would also have implications for the respective roles of Parliament and the courts. The principle of proportionality is an admirable guide for judges seeking to impose fit sentences within the legal parameters established by Parliament. But it is not an overarching constitutional principle that allows judges to subvert the norms of punishment enacted by Parliament. Those norms are judged only by the standard of s. 12.

[44] It has been said that “proportionality in sentencing could aptly be described as a principle of fundamental justice”: *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 36. However, this does not mean that proportionality constitutes a new principle of fundamental justice distinct from the well-established principle of gross disproportionality under s. 7 of the *Charter*.

droits. Si on concluait que l’art. 7 impose des restrictions plus sévères que l’art. 12 en matière de peine, comme par exemple en interdisant les peines simplement excessives, il subsumerait complètement l’art. 12 et le rendrait inutile. C’est pourquoi il m’est impossible de conclure que l’art. 7 soulève des droits ou des questions qui n’ont pas déjà été examinés dans le contexte de l’art. 12.

[42] Dans l’arrêt *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 160, les juges Gonthier et Binnie statuent de nouveau que les art. 7 et 12 ne peuvent imposer des normes différentes quant à la proportionnalité de la peine :

En conséquence, existe-t-il un principe de justice fondamentale consacré à l’art. 7 qui donnerait droit à une réparation constitutionnelle lorsqu’une peine ne contrevient pas à l’art. 12? Nous ne le croyons pas. Conclure qu’une disproportion exagérée et excessive est requise pour qu’une peine porte atteinte à l’art. 12, mais qu’un degré de disproportion moindre suffit pour qu’il y ait atteinte à l’art. 7 rendrait incohérent l’ensemble des « garanties juridiques » interreliées énoncées aux art. 7 à 14 de la *Charte* en assignant aux art. 12 et 7 des normes contradictoires pour une même question. Un tel résultat serait selon nous inacceptable.

[43] Reconnaître que la proportionnalité de la peine constitue un principe de justice fondamentale pour les besoins de l’art. 7 aurait aussi des répercussions sur les fonctions respectives du Parlement et des tribunaux. Le principe de proportionnalité offre un repère inestimable au juge soucieux d’infliger une peine juste à l’intérieur des limites que fixe le législateur. Elle ne constitue cependant pas un principe constitutionnel prépondérant qui permet au tribunal de faire abstraction des normes de sanction établies par le législateur. Ces normes ne peuvent être appréciées qu’au regard de l’art. 12.

[44] Dans l’arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 36, la Cour dit qu’« on peut décrire à juste titre la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale ». Pour autant, la proportionnalité ne constitue cependant pas un nouveau principe de justice fondamentale distinct du principe bien établi de la disproportion exagérée auquel on recourt pour l’application de l’art. 7 de la *Charte*.

[45] Parliament has the power to make policy choices with respect to the imposition of punishment for criminal activities and the crafting of sentences that it deems appropriate to balance the objectives of deterrence, denunciation, rehabilitation and protection of society. Courts owe Parliament deference in a s. 12 analysis. As Borins Dist. Ct. J. stated in an oft-approved passage:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the Charter is properly a judicial function, the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest of cases where the punishment prescribed is so excessive when compared with the punishment prescribed for other offences as to outrage standards of decency.

(*R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont.), at p. 238)

[46] Similarly, in *Lyons*, at pp. 344-45, La Forest J. stressed the importance of the high threshold of s. 12, explaining that the word “grossly” “reflect[ed] this Court’s concern not to hold Parliament to a standard so exacting . . . as to require punishments to be perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender”.

[47] I conclude that proportionality is not a principle of fundamental justice, and that the challenged mandatory minimum does not violate s. 7 of the *Charter*.

[45] Le Parlement possède le pouvoir de faire des choix de politique générale en ce qui a trait à l’infligence de peines aux auteurs d’actes criminels et d’arrêter les peines qu’il juge appropriées pour tenir compte des objectifs que sont la dissuasion, la dénonciation, la réadaptation et la protection de la société. Dans leur analyse au regard de l’art. 12, les tribunaux doivent faire preuve de déférence vis-à-vis du législateur. Voici un passage maintes fois cité des motifs du juge Borins, de la Cour de district, sur ce point :

[TRADUCTION] Il n’appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d’une large discrétion pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la Charte constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes où la peine prescrite est excessive, comparativement à la peine prévue pour d’autres infractions, au point de constituer une atteinte aux normes de la décence.

(*R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont.), p. 238)

[46] Dans la même veine, le juge La Forest souligne, dans l’arrêt *Lyons*, p. 344-345, l’importance du critère strict qu’établit l’art. 12. Il explique que l’adverbe « exagérément » « traduit le souci qu’avait cette Cour de ne pas astreindre le législateur à une norme à ce point sévère [. . .] qu’elle exigerait des peines parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant ».

[47] Je conclus que la proportionnalité ne constitue pas un principe de justice fondamentale et que la peine minimale obligatoire contestée en l’espèce ne contrevient pas à l’art. 7 de la *Charte*.

(3) Is the Violation of Section 12 Saved by Section 1 of the *Charter*?

[48] In my view, the Crown has not made the case that the challenged law's imposition of grossly disproportionate punishment on some people is justified by an overarching objective. It is therefore not a reasonable limit on the s. 12 right.

[49] Parliament's objective — to combat the distribution of illicit drugs — is unquestionably an important objective: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 141. This objective is rationally connected to the imposition of a one-year mandatory minimum sentence for the offence of possession for the purpose of trafficking of Schedule I drugs. However, the law does not minimally impair the s. 12 right. As discussed above, the law covers a wide array of situations of varying moral blameworthiness, without differentiation or exemption, save for the single exception in s. 10(5) of the *CDSA*. The Crown has not established that less harmful means to achieve Parliament's objective of combatting the distribution of illicit drugs, whether by narrowing the reach of the law or by providing for judicial discretion in exceptional cases, were not available. Nor has it shown that the impact of the limit on offenders deprived of their rights is proportionate to the good flowing from their inclusion in the law.

[50] I conclude that the violation of the s. 12 right is not justified under s. 1 of the *Charter*.

C. *Did the Court of Appeal Err in Increasing the Sentence From One Year to 18 Months?*

[51] Mr. Lloyd also appeals from the Court of Appeal's substitution of a sentence of 18 months of imprisonment for the one-year sentence imposed by the provincial court judge.

[52] A trial judge's determination of the appropriate sentence is entitled to deference. Appellate

(3) L'atteinte à l'art. 12 est-elle justifiée par application de l'article premier de la *Charte*?

[48] À mon sens, le ministère public n'a pas prouvé qu'un objectif prépondérant justifie que la règle de droit contestée inflige à certaines personnes une peine exagérément disproportionnée. La règle de droit contestée ne restreint donc pas dans des limites raisonnables le droit garanti à l'art. 12.

[49] L'objectif du législateur, à savoir contrer la distribution de drogues illégales, est assurément important (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 141). Il a un lien rationnel avec l'infliction de la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement à l'auteur d'une infraction de possession, en vue d'en faire le trafic, d'une substance inscrite à l'annexe I. Toutefois, la règle de droit en cause ne porte pas atteinte le moins possible au droit garanti par l'art. 12. Rappelons qu'elle s'applique dans une grande variété de situations où la culpabilité morale varie d'un délinquant à l'autre, à l'exclusion de toute distinction ou exception, sauf l'unique exception que prévoit le par. 10(5) de la *LRCDS*. Le ministère public n'a pas établi l'inexistence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objectif du législateur de contrer la distribution de drogues illégales, qu'il s'agisse de restreindre le champ d'application de la règle de droit ou de permettre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans les cas exceptionnels. Il n'a pas non plus prouvé que l'effet préjudiciable de la restriction des droits des délinquants est proportionnel à son effet bénéfique.

[50] J'estime donc que l'atteinte au droit garanti par l'art. 12 n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

C. *La Cour d'appel a-t-elle tort de faire passer la peine d'emprisonnement d'un an à 18 mois?*

[51] M. Lloyd interjette aussi appel de la substitution par la Cour d'appel d'une peine d'emprisonnement de 18 mois à la peine d'un an infligée en cour provinciale.

[52] Le juge du procès qui détermine la peine appropriée a droit à la déférence. Une cour d'appel

courts cannot alter a trial judge’s sentence unless it is demonstrated that the trial judge made a legal error or imposed a sentence that is demonstrably unfit: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 11, per Wagner J. The Court of Appeal in this case took the view that the provincial court judge applied the wrong sentencing range — a range of three to four months at the low end to 18 months at the high end. A careful reading of the reasons of the provincial court judge does not, in my respectful view, bear this out. The trial judge noted that sentences of three to four months for the offence had been upheld in a few exceptional cases, but went on to identify the appropriate sentencing range as 12 to 18 months. Noting a number of mitigating factors, he sentenced Mr. Lloyd to 12 months. In any event, even if the provincial court judge had erred in stating the range, the Court of Appeal would not have been entitled to intervene. “[T]he choice of sentencing range or of a category within a range falls within the trial judge’s discretion and cannot in itself constitute a reviewable error”: *Lacasse*, at para. 51.

[53] The Court of Appeal also took issue with the provincial court judge’s weighing of the factors relevant to Mr. Lloyd’s sentence. It stated that the case was “not one in which there were many mitigating factors that would call for a particularly light sentence”: para. 68. But, to once again quote Wagner J. in *Lacasse*, “an appellate court may not intervene simply because it would have weighed the relevant factors differently” (para. 49).

[54] Finally, the Court of Appeal did not establish that a 12-month sentence in this case was demonstrably unfit.

[55] I would restore the sentence of one year imposed by the provincial court judge.

V. Conclusion

[56] The appeal is allowed. Section 5(3)(a)(i) (D) of the *CDSA* is declared to be inconsistent with

ne peut infirmer sa décision que s’il est démontré qu’il a commis une erreur de droit ou infligé une peine manifestement non indiquée (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 11, le juge Wagner). Dans la présente affaire, la Cour d’appel se dit d’avis que le juge de la cour provinciale n’applique pas la bonne fourchette de peines en fixant le plancher à trois à quatre mois et le plafond à 18 mois. Soit dit en tout respect, ce n’est pas ce qui ressort de la lecture attentive des motifs du juge de la cour provinciale. Le juge signale que des peines de trois à quatre mois ont été confirmées pour l’infraction dans quelques cas exceptionnels, mais il ajoute que la peine indiquée en l’espèce se situe entre 12 et 18 mois. Compte tenu de certaines circonstances atténuantes, il condamne M. Lloyd à 12 mois d’emprisonnement. Quoiqu’il en soit, même si le juge de la cour provinciale avait retenu une fourchette erronée, la Cour d’appel n’aurait pas été admise à intervenir : « [L]e choix de la fourchette de peines ou de l’une de ses catégories relève de la discrétion du juge de première instance et ne peut, en soi, constituer une erreur révisable » (*Lacasse*, par. 51).

[53] La Cour d’appel critique la manière dont le juge de la cour provinciale apprécie les facteurs susceptibles d’influer sur la peine de M. Lloyd. Elle dit qu’il [TRADUCTION] « ne s’agit pas d’un cas où de nombreuses circonstances atténuantes militent en faveur d’une peine particulièrement clémente » (par. 68). Or, il convient de citer une fois encore les motifs du juge Wagner dans *Lacasse* : « [U]ne cour d’appel ne peut intervenir simplement parce qu’elle aurait attribué un poids différent aux facteurs pertinents » (par. 49).

[54] Enfin, la Cour d’appel ne fait pas la démonstration qu’une peine de 12 mois d’emprisonnement est manifestement non indiquée en l’espèce.

[55] Je suis d’avis de rétablir la peine d’un an infligée par le juge de la cour provinciale.

V. Conclusion

[56] Le pourvoi est accueilli. La division 5(3)a)(i) (D) de la *LRCDA*s est déclarée incompatible avec

s. 12 of the *Charter* and not justified under s. 1. It is therefore of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The sentence of the Court of Appeal is set aside and the sentence of one year of imprisonment imposed by the provincial court judge is restored.

The following are the reasons delivered by

WAGNER, GASCON AND BROWN JJ. (dissenting in part) —

I. Overview

[57] Judicial discretion is fundamental to sentencing in Canada. Between the “distant statutory poles” of minimum and maximum sentences, judges have “considerable latitude in ordering an appropriate period of incarceration which advances the goals of sentencing and properly reflects the overall culpability of the offender”: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 37. This wide discretion ensures that, in accordance with the “fundamental principle” of sentencing, judges impose sentences that are fit and proportionate to the gravity of a particular offence, and to the degree of responsibility of a particular offender: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.1.

[58] Judicial sentencing discretion is also key to the public’s confidence in the criminal justice system. Unfit sentences — whether because they are too severe or too lenient — “could cause the public to question the credibility of the system in light of its objectives”: *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 3. As Wilson J. observed in her concurring reasons in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 533:

It is basic to any theory of punishment that the sentence imposed bear some relationship to the offence; it must be a “fit” sentence proportionate to the seriousness of the offence. Only if this is so can the public be satisfied that the offender “deserved” the punishment he

l’art. 12 de la *Charte* et non justifiée au regard de l’article premier. Elle est donc déclarée inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La peine infligée par la Cour d’appel est annulée, et celle d’un an d’emprisonnement prononcée par le juge de la cour provinciale est rétablie.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES WAGNER, GASCON ET BROWN (dissidents en partie) —

I. Aperçu

[57] Au Canada, le pouvoir discrétionnaire du tribunal est fondamental en matière de détermination de la peine. Entre les « pôles éloignés » que sont la peine minimale et la peine maximale, le tribunal jouit d’« une grande latitude dans la détermination de la période d’incarcération favorisant les objectifs de la détermination de la peine et tenant compte de la culpabilité générale du contrevenant » (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 37). Grâce à ce large pouvoir discrétionnaire, le tribunal inflige, conformément au « principe fondamental » qui préside à sa détermination, une peine qui est à la fois appropriée et proportionnelle à la gravité de l’infraction perpétrée et au degré de responsabilité du délinquant (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718.1).

[58] Le pouvoir discrétionnaire du tribunal est aussi crucial pour maintenir la confiance du public dans le système de justice pénale. Une peine inappropriée parce qu’elle est soit trop sévère, soit trop clémente « peut [. . .] susciter dans l’esprit du justiciable un doute quant à la crédibilité du système compte tenu de ses objectifs » (*R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 3). Dans *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533, la juge Wilson (motifs concordants) fait d’ailleurs observer ce qui suit :

Il est essentiel, dans toute théorie des peines, que la sentence imposée ait un certain rapport avec l’infraction. Il faut que la sentence soit appropriée et proportionnelle à la gravité de l’infraction. Ce n’est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant « méritait »

received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system.

[59] Mandatory minimum sentences can sometimes be inconsistent with the principle that sentences should be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Mandatory minimums shift the focus of sentencing away from the particular offender's circumstances, and instead prioritize denunciation, general deterrence and retribution. As a result, "[t]hey may, in extreme cases, impose unjust sentences": *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para. 44.

[60] Nevertheless, while mandatory minimums are sometimes inconsistent with the proportionality principle, the Court has long held that they do not, in and of themselves, impose cruel and unusual punishment: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1077, per Lamer J.; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 501. Mandatory minimums are "a forceful expression of governmental policy in the area of criminal law": *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 45. As such, Parliament is owed substantial deference in crafting mandatory minimum sentences: *Goltz*, at p. 501; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.). It is only on "rare and unique occasions" that a minimum sentence will infringe s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as the test for infringing s. 12 is "very properly stringent and demanding": *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, at p. 1417. This longstanding framework was maintained and reaffirmed last year by the Court in *Nur*.

[61] We accept the Chief Justice's account of the facts of this case and the decisions below. We also agree with her analysis on the jurisdiction of provincial court judges and her analysis of s. 7 of the *Charter*. Finally, for the reasons given by the Chief Justice, we would allow the appellant's sentence appeal, and reduce his sentence from 18 months to 12 months, as ordered by the provincial court judge.

la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système.

[59] Une peine minimale obligatoire peut parfois être inconciliable avec le principe selon lequel une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Elle ne s'attache plus à la situation du délinquant en cause, mais privilégie plutôt la dénonciation, la dissuasion générale et le châtement. Ainsi, « [d]ans certains cas extrêmes, elle peut même emporter l'infliction d'une peine injuste » (*R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 44).

[60] Néanmoins, même si une peine minimale obligatoire peut parfois aller à l'encontre du principe de proportionnalité, la Cour a décidé il y a longtemps qu'elle ne constitue pas en soi une peine cruelle et inusitée (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1077, le juge Lamer; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 501). La peine minimale obligatoire « est l'expression claire d'une politique générale dans le domaine du droit pénal » (*R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, par. 45). C'est pourquoi le législateur a droit à une grande déférence lorsqu'il établit une peine minimale obligatoire (*Goltz*, p. 501; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.)). Ce n'est que « très rarement » qu'une peine minimale contreviendra à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car le critère auquel il faut alors satisfaire est « à bon droit strict et exigeant » (*Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, p. 1417). Dans l'arrêt *Nur* rendu l'an dernier, la Cour confirme l'application de ces paramètres reconnus depuis longtemps.

[61] Nous souscrivons à l'exposé des faits et des décisions des juridictions inférieures qui figure dans les motifs de la Juge en chef. Nous acceptons également l'analyse de notre collègue concernant la compétence d'un juge d'une cour provinciale et l'application de l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, pour les motifs invoqués par la Juge en chef, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de l'appelant en ce qui concerne la peine infligée et de ramener celle-ci de 18 à 12 mois d'emprisonnement, de manière à rétablir la peine imposée par le juge de la cour provinciale.

[62] We respectfully disagree, however, with the Chief Justice’s analysis of s. 12 of the *Charter*. Applying the “stringent and demanding” s. 12 test to this appeal, we cannot conclude that the challenged one-year mandatory minimum infringes s. 12. The Court has struck down mandatory minimums under s. 12 only in very rare cases. Indeed, it has done so only *twice* in the decades since the *Charter*’s enactment. This is simply not one of those rare cases. The impugned provision would not result in grossly disproportionate sentences for any of the hypothetical offenders used by the Chief Justice to justify her finding that s. 12 is infringed. In our view, if the well-established s. 12 jurisprudence is applied, the challenged one-year mandatory minimum is constitutional.

II. Analysis

A. *The Court Has Very Rarely Invalidated Mandatory Minimum Sentences*

[63] The Court has upheld the constitutionality of mandatory minimum sentences in almost every case where it has considered the issue. It has rarely found mandatory minimum sentences to be unconstitutional, given the extremely high threshold that must be met before a s. 12 infringement will be found. This approach acknowledges Parliament’s legitimate role in the sentencing process, while ensuring that no Canadian is subjected to cruel and unusual punishment.

[64] For instance, in *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, the Court upheld the mandatory minimum sentence for first degree murder of life imprisonment with no eligibility for parole for 25 years. *Luxton* involved a murder that occurred in the course of a forcible confinement. Pursuant to then s. 214(5)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 231(5)(e)), this murder was deemed to be first

[62] Toutefois, nous nous dissocions respectueusement de l’analyse de la Juge en chef concernant l’application de l’art. 12 de la *Charte*. Si on retient en l’espèce le critère « strict et exigeant » que commande l’art. 12, nous ne pouvons conclure que la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement que conteste l’appelant porte atteinte au droit garanti à l’art. 12. La Cour n’invalide que très rarement une peine minimale obligatoire sur le fondement de l’art. 12. Cela n’est arrivé en fait que *deux fois* au cours des décennies qui ont suivi l’entrée en vigueur de la *Charte*. La présente espèce n’est tout simplement pas de celles qui justifient une mesure aussi exceptionnelle. La disposition attaquée n’a pas pour effet d’infliger une peine exagérément disproportionnée dans l’une ou l’autre des situations hypothétiques retenues par la Juge en chef pour étayer sa conclusion selon laquelle il y a atteinte au droit garanti par l’art. 12. À notre avis, en raison de la jurisprudence bien établie relative à l’art. 12, la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement attaquée en l’espèce est constitutionnelle.

II. Analyse

A. *La Cour invalide très rarement une peine minimale obligatoire*

[63] La Cour a confirmé la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire contestée devant elle dans presque tous les cas dont elle a été saisie. Elle a rarement conclu à l’inconstitutionnalité d’une peine minimale obligatoire au regard de l’art. 12 étant donné le seuil extrêmement élevé qu’il faut franchir pour parvenir à pareille conclusion. Cette approche reconnaît le rôle légitime du législateur dans le processus de détermination de la peine tout en faisant en sorte qu’aucun Canadien ne se voie infliger une peine cruelle et inusitée.

[64] À titre d’exemple, dans *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, la Cour confirme la peine minimale obligatoire prévue pour le crime de meurtre au premier degré, soit l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans. Dans cette affaire, le meurtre a eu lieu pendant une séquestration. Suivant le libellé de l’al. 214(5)e) du *Code criminel* d’alors, S.R.C. 1970, c. C-34 (disposition

degree murder even though it was not “planned and deliberate”. The Court nevertheless found that the mandatory minimum sentence for first degree murder did not infringe s. 12 in these circumstances.

[65] In *Goltz*, the Court upheld a mandatory minimum sentence of seven days’ imprisonment and a \$300 fine for the offence of driving while prohibited. An offender had to have a poor driving record resulting in a driving prohibition, and drive in knowing breach of the prohibition, in order to be convicted under this section. Justice Gonthier, writing for the majority, stated that the offence of driving while prohibited was “grave” because “[i]t may involve a risk to the lives and limbs of innocent users of the province’s roads, by persons designated bad drivers by a fair and cautious identification system, who knowingly step outside the law” (p. 511). A sentence of seven days’ imprisonment for this offence did not constitute cruel and unusual punishment.

[66] In *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, a four-year mandatory minimum sentence for the offence of criminal negligence causing death with a firearm was found not to infringe s. 12. The offence captured conduct that was “wanton or reckless, and deserving of criminal liability” (para. 36), regardless of whether the offender had the subjective intention to break the law.

[67] In *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, the Court held that the mandatory minimum sentence for second degree murder of life imprisonment with no eligibility for parole for 10 years did not infringe s. 12. It stated that the *mens rea* required for second degree murder — subjective foresight of death — is the “most serious level of moral blameworthiness” (para. 82), regardless of the offender’s subjective motives for committing the offence. A mandatory minimum sentence of life imprisonment is not cruel and unusual punishment where “the gravest possible consequences resulted from an act

aujourd’hui remplacée par l’al. 231(5)e), il y avait présomption de meurtre au premier degré malgré l’absence de « préméditation ». La Cour estime néanmoins dans les circonstances que la peine minimale obligatoire pour meurtre au premier degré ne contrevient pas à l’art. 12.

[65] Dans l’arrêt *Goltz*, la Cour confirme une peine minimale obligatoire de sept jours d’emprisonnement et de 300 \$ d’amende prévue pour l’infraction de conduite sous le coup d’une interdiction. Pour qu’il soit déclaré coupable de l’infraction, le délinquant devait avoir eu un piètre dossier de conduite qui avait mené à l’interdiction et avoir pris le volant en se sachant sous le coup d’une interdiction. Au nom des juges majoritaires, le juge Gonthier dit que l’infraction de conduite sous le coup d’une interdiction est « grave » parce qu’« [e]lle peut mettre en danger même la vie d’innocents usagers des routes de la province du fait que des personnes désignées mauvais conducteurs dans le cadre d’un système juste et prudent d’identification désobéissent sciemment à la loi » (p. 511). Sept jours d’emprisonnement pour avoir commis cette infraction ne sauraient constituer une peine cruelle et inusitée.

[66] Dans *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, la Cour statue qu’un emprisonnement minimal de quatre ans pour l’infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu n’est pas contraire à l’art. 12. L’infraction s’entend d’un acte « ayant un caractère déréglé ou téméraire justifiant que [l]a responsabilité criminelle soit engagée » (par. 36), que l’accusé ait eu ou non l’intention subjective de désobéir à la loi.

[67] Dans *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, la Cour opine que la peine minimale obligatoire prévue pour le meurtre au deuxième degré, à savoir l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans, ne contrevient pas à l’art. 12. Elle affirme que la *mens rea* requise pour le meurtre au deuxième degré — la prévision subjective de la mort — correspond au « plus sérieux niveau de culpabilité morale » (par. 82), peu importe le mobile qu’ait pu avoir le délinquant. La peine minimale obligatoire — l’emprisonnement à perpétuité — n’est ni cruelle ni inusitée lorsque « les

of the most serious and morally blameworthy intentionality” (para. 84).

[68] Finally, in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, the Court upheld a four-year mandatory minimum sentence for manslaughter with a firearm.

[69] In comparison, there have been only two instances since the advent of the *Charter* where the Court has found that a mandatory minimum sentence infringes s. 12: *Smith* and *Nur*.

[70] In *Smith*, at issue was a seven-year mandatory minimum for importing narcotics into Canada. The minimum applied regardless of the seriousness or quantity of the imported drugs, or whether the drugs were intended for personal use: pp. 1077-78. Justice Lamer held that the minimum infringed s. 12 because of the “wide net” it cast: p. 1077. He relied on the hypothetical case of a young person who drove back into Canada from a winter break in the U.S. with his or her first “joint of grass” (p. 1053).

[71] In *Nur*, the Court considered the three-year mandatory minimum for an offender’s first conviction for possessing prohibited or restricted firearms when the firearm is loaded or kept with readily accessible ammunition. The minimum was five years for a second or subsequent conviction. Again, in striking down the minimums, the Court emphasized their breadth. These minimums applied even in the case of a “licensing” type offence, when a “licensed and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby . . . makes a mistake as to where it can be stored” (para. 82). The minimums were grossly disproportionate in the licensing scenario because of the “minimal blameworthiness of the offender . . . and the absence of any harm or real risk of harm flowing from the conduct” (para. 83). In its s. 1 *Charter* analysis, the Court suggested that a constitutionally compliant alternative would keep “a close correspondence

plus graves conséquences possible ont découlé d’un acte dont l’intentionnalité est la plus grave et la plus moralement coupable » (par. 84).

[68] Enfin, dans *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, la Cour reconnaît la validité d’un emprisonnement minimal de quatre ans pour homicide involontaire coupable avec usage d’une arme à feu.

[69] À l’opposé, depuis l’avènement de la *Charte*, on ne recense que deux arrêts — *Smith* et *Nur* — dans lesquels la Cour conclut qu’une peine minimale obligatoire contrevient à l’art. 12.

[70] Dans *Smith*, le litige porte sur l’emprisonnement minimal de sept ans prévu pour l’importation de stupéfiants au Canada. La peine minimale s’applique indépendamment de la quantité et de la nocivité de la drogue importée, ainsi que de son usage projeté, personnel ou non (p. 1077-1078). Le juge Lamer conclut que la peine minimale contrevient à l’art. 12 à cause de sa « portée » (p. 1077). Il se fonde sur la situation hypothétique d’une jeune personne qui, après avoir passé son congé de mi-session aux États-Unis, rentre au pays en ayant en sa possession son premier « joint de mari » (p. 1053).

[71] Dans *Nur*, la Cour examine la peine minimale obligatoire de trois ans d’emprisonnement infligée à l’auteur d’une première infraction de possession d’arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargées ou avec des munitions facilement accessibles. L’emprisonnement minimal est de cinq ans en cas de récidive. Là encore, la Cour invalide les peines minimales en soulignant leur portée. Les peines minimales valent même pour l’auteur d’une infraction de type « réglementaire », soit pour « le propriétaire responsable d’une arme, titulaire d’un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d’entreposage autorisé » (par. 82). Les peines minimales sont jugées exagérément disproportionnées dans le cas hypothétique d’une infraction de type réglementaire étant donné la « faible culpabilité morale du délinquant [. . .] et l’absence de préjudice ou de risque

between conduct attracting significant moral blameworthiness — such as those engaged in criminal activity or conduct that poses a danger to others — and the mandatory minimum” (para. 117).

B. This Case Is Not One of These Rare Cases

[72] The impugned one-year mandatory minimum in s. 5(3)(a)(i)(D) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“*CDSA*”), was enacted in 2012 as part of the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1: see s. 39(1). It provides as follows:

5 (1) No person shall traffic in a substance included in Schedule I, II, III or IV or in any substance represented or held out by that person to be such a substance.

(2) No person shall, for the purpose of trafficking, possess a substance included in Schedule I, II, III or IV.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2)

(a) subject to paragraph (a.1), if the subject matter of the offence is a substance included in Schedule I or II, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life, and

(i) to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year if

. . . .

(D) the person was convicted of a designated substance offence, or had served a term of imprisonment for a designated substance offence, within the previous 10 years, or

. . . .

réel qu’un préjudice découle du comportement » (par. 83). Dans son analyse au regard de l’article premier de la *Charte*, la Cour laisse entendre qu’une solution de rechange conforme à la *Charte* serait de veiller à ce qu’« il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l’acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale obligatoire » (par. 117).

B. La présente espèce ne saurait s’ajouter aux rares cas recensés

[72] La disposition prévoyant l’emprisonnement minimal obligatoire d’un an attaquée en l’espèce — la div. 5(3)a)(i)(D) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (« *LRC DAS* ») — a été adoptée en 2012 dans le cadre de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1 (voir le par. 39(1)). Voici son libellé :

5 (1) Il est interdit de faire le trafic de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou de toute substance présentée ou tenue pour telle par le trafiquant.

(2) Il est interdit d’avoir en sa possession, en vue d’en faire le trafic, toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV.

(3) Quiconque contrevient aux paragraphes (1) ou (2) commet :

a) dans le cas de substances inscrites aux annexes I ou II, mais sous réserve de l’alinéa a.1), un acte criminel passible de l’emprisonnement à perpétuité, la durée de l’emprisonnement ne pouvant être inférieure :

(i) à un an, si la personne, selon le cas :

. . . .

(D) a, au cours des dix dernières années, été reconnue coupable d’une infraction désignée ou purgé une peine d’emprisonnement relativement à une telle infraction,

. . . .

(a.1) if the subject matter of the offence is a substance included in Schedule II in an amount that is not more than the amount set out for that substance in Schedule VII, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than five years less a day;

[73] Two conditions must be satisfied for the challenged one-year mandatory minimum to apply.

[74] First, the offender must have trafficked, or possessed for the purpose of trafficking, any amount of a Schedule I substance, three kilograms of cannabis resin or marijuana (Schedule II substances), or any amount of the other Schedule II substances (ss. 5(3)(a), 5(3)(a.1) and Schedule VII). Schedule I contains the most serious drugs, such as opium, codeine, heroin, cocaine, fentanyl, and methamphetamine. Therefore, the mandatory minimum applies where the offender traffics or possesses for the purpose of trafficking any amount of the most serious drugs known to our law, or a significant quantity of cannabis, a less serious drug.

[75] Second, the offender must have either been convicted of a designated substance offence, or served a term of imprisonment for a designated substance offence, within the previous 10 years. A “designated substance offence” is any offence under Part I of the *CDSA*, except for simple possession: s. 2(1) of the *CDSA*. Thus, the minimum applies if the offender has a prior record for offences such as trafficking, possession for the purpose of trafficking, importing and exporting, or production.

[76] We observe that the one-year mandatory minimum sentence in s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* confirmed existing sentencing practice for this offence. As noted by the provincial court judge, 2014 BCPC 8, at para. 45 (CanLII), the impugned mandatory minimum codified the bottom of the sentencing range for trafficking in Schedule I substances by offenders with at least one prior, related conviction.

a.1) dans le cas de substances inscrites à la fois à l’annexe II et à l’annexe VII, et ce, pourvu que la quantité en cause n’excède pas celle mentionnée à cette dernière annexe, un acte criminel passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans moins un jour;

[73] L’emprisonnement minimal obligatoire d’un an s’applique à deux conditions.

[74] Premièrement, le délinquant doit avoir fait le trafic ou avoir été en possession, en vue d’en faire le trafic, de quelque quantité d’une substance inscrite à l’annexe I, de trois kilogrammes de résine de cannabis ou de marijuana (des substances inscrites à l’annexe II) ou de quelque quantité d’une autre substance inscrite à l’annexe II (al. 5(3)a), 5(3)a.1) et annexe VII). L’annexe I énumère les drogues les plus dangereuses, tels l’opium, la codéine, l’héroïne, la cocaïne, le fentanyl et la méthamphétamine. La peine minimale obligatoire vise donc le délinquant reconnu coupable de trafic ou de possession, en vue d’en faire le trafic, de quelque quantité de l’une ou l’autre des drogues les plus dangereuses connues du législateur, ou d’une grande quantité de cannabis, une drogue moins dangereuse.

[75] Deuxièmement, le délinquant doit soit avoir été déclaré coupable d’une infraction désignée, soit avoir purgé une peine d’emprisonnement relativement à une telle infraction, au cours des 10 années précédentes. Une « infraction désignée » s’entend de toute infraction prévue par la partie I de la *LRCDAS*, à l’exception de la possession simple (par. 2(1) de la *LRCDAS*). Par conséquent, le délinquant encourt la peine minimale s’il a déjà été reconnu coupable de certaines infractions telles que trafic, possession en vue de faire le trafic, importation, exportation ou production.

[76] Nous notons que l’emprisonnement minimal obligatoire d’un an prévu à la div. 5(3)a)(i)(D) de la *LRCDAS* confirme l’usage qui valait auparavant pour sanctionner l’auteur d’une telle infraction. Le juge de la cour provinciale (2014 BCPC 8) signale d’ailleurs au par. 45 (CanLII) que la peine minimale obligatoire contestée consacre l’extrémité inférieure de la fourchette de peines applicable jusqu’alors au

Across Canada, offenders who trafficked in small amounts of Schedule I substances with at least one prior, related conviction were routinely sentenced to at least 12 months' imprisonment: see, e.g., *R. v. Tabujara*, 2010 BCSC 1568 (1 year); *R. v. Yonis*, 2011 ABPC 20 (2 years less a day); *R. v. Johnson*, 2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41 (18 months); *R. v. Young*, 2010 NWTSC 18 (13 months); *R. v. Desmond*, 2010 BCPC 127 (20 months); *R. v. Bryan*, 2010 NWTSC 41 (1 year); *R. v. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 5271 (1 year); *R. v. Meunier*, 2011 QCCQ 1588 (18 months); *R. v. Tracey*, 2008 CanLII 68168 (Ont. S.C.J.) (15 months); *R. v. Draskoczi*, 2008 NWTTC 12 (18 months); *R. v. Kotsabasakis*, 2008 NBQB 266, 334 N.B.R. (2d) 396 (15 months); *R. v. Rainville*, 2010 ABCA 288, 490 A.R. 150 (18 months); *R. v. Delorme*, 2010 NWTSC 42 (20 months).

[77] Further, a prior conviction for a related offence has historically and consistently been treated as an aggravating factor in sentencing, justifying an increased sentence within the range of appropriate sentences for the offence and the offender: *R. v. Scheer* (1932), 26 Alta. L.R. 489 (App. Div.), at p. 491; C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at p. 371. The application of the mandatory minimum in s. 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* is conditional upon the offender having such a prior conviction. Again, Parliament has merely codified an existing sentencing practice.

[78] Parliament also recognized that many people traffic serious drugs in order to support their own addictions. Sections 10(4) and (5) were added to the *CDSA* in 2012 to allow sentencing judges to refrain from imposing the mandatory minimum sentence on offenders who successfully complete drug treatment programs:

trafic d'une substance inscrite à l'annexe I lorsque le délinquant a déjà été reconnu coupable au moins une fois d'une infraction apparentée. Dans l'ensemble du Canada, le délinquant qui s'était livré au trafic d'une petite quantité d'une substance inscrite à l'annexe I et qui avait auparavant été reconnu coupable au moins une fois d'une infraction apparentée était systématiquement condamné à un emprisonnement d'au moins 12 mois (voir p. ex. *R. c. Tabujara*, 2010 BCSC 1568 (1 an); *R. c. Yonis*, 2011 ABPC 20 (2 ans moins un jour); *R. c. Johnson*, 2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41 (18 mois); *R. c. Young*, 2010 NWTSC 18 (13 mois); *R. c. Desmond*, 2010 BCPC 127 (20 mois); *R. c. Bryan*, 2010 NWTSC 41 (1 an); *R. c. Otchere-Badu*, 2010 ONSC 5271 (1 an); *R. c. Meunier*, 2011 QCCQ 1588 (18 mois); *R. c. Tracey*, 2008 CanLII 68168 (C.S.J. Ont.) (15 mois); *R. c. Draskoczi*, 2008 NWTTC 12 (18 mois); *R. c. Kotsabasakis*, 2008 NBBR 266, 334 R.N.-B. (2^e) 396 (15 mois); *R. c. Rainville*, 2010 ABCA 288, 490 A.R. 150 (18 mois); *R. c. Delorme*, 2010 NWTSC 42 (20 mois).

[77] En outre, la commission antérieure d'une infraction apparentée a toujours été considérée comme une circonstance aggravante qui justifiait l'infliction d'une peine sévère parmi celles tenues pour appropriées à l'infraction et au délinquant (*R. c. Scheer* (1932), 26 Alta. L.R. 489 (Div. app.), p. 491; C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8^e éd. 2012), p. 371). Pour encourir la peine minimale obligatoire prévue à la div. 5(3)(a)(i)(D) de la *LRCDA*S, le délinquant doit avoir déjà été reconnu coupable d'une infraction apparentée. Encore là, le législateur ne fait que consacrer un usage existant en matière de détermination de la peine.

[78] Le Parlement reconnaît par ailleurs que bon nombre de personnes qui s'adonnent au trafic de drogues dangereuses le font afin de pouvoir satisfaire leur propre dépendance. Les paragraphes 10(4) et (5) ont été ajoutés à la *LRCDA*S en 2012 dans le but de permettre au tribunal qui détermine la peine de s'abstenir d'infliger la peine minimale obligatoire au délinquant qui termine avec succès un programme de traitement de la toxicomanie :

(4) A court sentencing a person who is convicted of an offence under this Part may delay sentencing to enable the offender

(a) to participate in a drug treatment court program approved by the Attorney General; or

(b) to attend a treatment program under subsection 720(2) of the *Criminal Code*.

(5) If the offender successfully completes a program under subsection (4), the court is not required to impose the minimum punishment for the offence for which the person was convicted.

[79] Thus, it is only offenders who traffic in serious drugs *and* who have a prior related conviction or served a prison term for a drug offence (excluding simple possession) within the past 10 years *and* who do not successfully complete a treatment program between conviction and sentencing that are subject to a mandatory minimum sentence of one year in prison. This is a very narrow and tailored mandatory minimum sentence.

[80] The conduct caught by s. 5(3)(a)(i)(D) bears no resemblance to the harmless “licensing” offence that was found to infringe s. 12 of the *Charter* in *Nur*. In *Nur*, the provision was found to infringe s. 12 because it applied to “truly criminal conduct [that] poses a real and immediate danger to the public” (para. 82, quoting 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, at para. 51, per Doherty J.A.), as well as to an offender with “minimal blameworthiness” (para. 83) who simply makes a mistake about where his firearm may be stored.

[81] Section 5(3)(a)(i)(D) applies only to the offences of trafficking or possession for the purpose of trafficking. An offender may traffic Schedule I or

(4) Le tribunal qui détermine la peine à infliger à une personne reconnue coupable d’une infraction prévue par la présente partie peut reporter la détermination de la peine :

a) afin de permettre à la personne de participer à un programme judiciaire de traitement de la toxicomanie approuvé par le procureur général;

b) afin de permettre à la personne de participer à un programme conformément au paragraphe 720(2) du *Code criminel*.

(5) Le tribunal n’est pas tenu d’infliger une peine minimale d’emprisonnement à la personne qui termine avec succès un programme visé au paragraphe (4).

[79] Dès lors, seul le délinquant qui fait le trafic de drogues dangereuses *et* qui a déjà commis une infraction apparentée ou purgé une peine d’emprisonnement relativement à une infraction liée à la drogue (à l’exception de la simple possession) au cours des 10 années précédentes *et* qui ne termine pas avec succès un programme de traitement entre sa déclaration de culpabilité et la détermination de sa peine encourt la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement. Il s’agit d’une peine minimale obligatoire dont la portée est très étroitement circonscrite.

[80] Le comportement qui tombe sous le coup de la div. 5(3)a(i)(D) ne s’apparente en rien à celui, inoffensif, qui correspond à l’infraction de type « réglementaire » sur laquelle la Cour s’appuie dans *Nur* pour conclure à une violation de l’art. 12 de la *Charte*. Dans cette décision, la Cour statue que la disposition va à l’encontre de l’art. 12 parce qu’elle s’applique non seulement au « comportement [. . .] véritablement criminel [qui] expose le public à un danger réel et immédiat » (par. 82, citant 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, par. 51, le juge Doherty), mais aussi au délinquant ayant une « faible culpabilité morale » (par. 83) qui se méprend seulement sur le lieu d’entreposage autorisé de son arme à feu.

[81] La division 5(3)a(i)(D) s’applique uniquement aux infractions de trafic et de possession en vue de faire le trafic. Un délinquant peut se livrer

II drugs in a variety of ways. However, in order to be convicted of trafficking, the offender must intend to traffic the drugs and must know the substance he is trafficking. The act of trafficking will always disseminate the harms and associated miseries caused by illicit drugs to other members of society. Even at the low end of the moral blameworthiness spectrum for this offence, there is nothing resembling the responsible gun owner in *Nur* who mistakenly stores his firearm in the wrong place. All trafficking is serious and involves blameworthy conduct.

[82] Indeed, as the Chief Justice recognizes, Schedule I drugs in particular pose severe health risks to users, including the risk of addiction and overdose. Drug trafficking also leads to serious social harms. For instance, some heavy drug users turn to crime in order to support their drug habits: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 85-88, per Cory J. (dissenting). Drug abuse also imposes “significant if not staggering” societal costs in the form of health care and law enforcement expenses (para. 89). Trafficking in illicit drugs, especially dangerous drugs such as those listed in Schedule I, is a serious crime.

[83] The one-year mandatory minimum at issue in this appeal also stands in stark contrast to the provision that was struck down in *Smith*. The provision in *Smith* imposed a mandatory minimum sentence of seven years for importing any amount of a narcotic, whether the importation was for distribution or mere personal use. There was no exemption clause allowing for a lesser sentence in certain circumstances, and no prior conviction for a related offence was required before it would apply. Cognizant of these shortcomings, Lamer J. in his s. 1 *Charter* analysis suggested several modifications to the minimum that would make it constitutional. He wrote, at pp. 1080-81:

au trafic d’une substance inscrite aux annexes I ou II de multiples façons. Cependant, pour commettre l’infraction, il doit avoir l’intention de faire le trafic de la substance en cause et connaître la nature de la substance dont il fait le trafic. Le trafic fera toujours en sorte que d’autres membres de la société connaissent les dommages et les souffrances causés par les drogues illicites. Même à l’extrémité inférieure du continuum de culpabilité morale correspondant à cette infraction, rien ne s’apparente à la situation, considérée dans *Nur*, du propriétaire d’arme responsable qui entrepose par erreur son arme au mauvais endroit. Tout trafic est grave et comporte un acte moralement répréhensible.

[82] La Juge en chef reconnaît en effet que les drogues inscrites à l’annexe I exposent tout particulièrement leurs usagers à de sérieux problèmes de santé, dont la toxicomanie et la surdose. Le trafic de la drogue engendre aussi de graves problèmes sociaux. En effet, certains grands toxicomanes recourent au crime pour pouvoir satisfaire leur besoin de consommation (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 85-88, le juge Cory (dissident)). De plus, la toxicomanie inflige à la société un coût « important, voire consternant » pour la prestation de soins de santé et l’application de la loi (par. 89). Le trafic de drogues illicites, surtout de drogues dangereuses comme celles inscrites à l’annexe I, constitue un crime grave.

[83] La peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement que vise le pourvoi se distingue aussi nettement de celle invalidée dans *Smith*. La disposition alors en cause prévoyait un emprisonnement minimal obligatoire de sept ans pour l’importation de toute quantité d’un stupéfiant, que ce soit pour en faire le trafic ou pour la seule consommation personnelle. Nulle exception ne permettait d’alléger la peine dans certaines circonstances, et nulle déclaration de culpabilité antérieure pour une infraction apparentée n’était requise pour que s’applique la peine minimale obligatoire. Conscient de ces lacunes, le juge Lamer, dans l’analyse à laquelle il se livre au regard de l’article premier de la *Charte*, propose quelques modifications de nature à rendre constitutionnelle la peine minimale. Il écrit ce qui suit aux p. 1080-1081 :

Clearly there is no need to be indiscriminate. We do not need to sentence the small offenders to seven years in prison in order to deter the serious offender. . . . The result sought could be achieved by limiting the imposition of a minimum sentence to the importing of certain quantities, to certain specific narcotics of the schedule, to repeat offenders, or even to a combination of these factors. [Emphasis added.]

[84] Section 5(3)(a)(i)(D) is limited in the manner Lamer J. suggested in *Smith*. It applies only to trafficking offences (not when the drugs are for personal use). It applies only to specific narcotics (Schedule I and II drugs) in specific quantities (of certain Schedule II drugs). And it applies only to certain repeat offenders.

[85] The Chief Justice finds that the challenged one-year mandatory minimum “casts its net over a wide range of potential conduct” (para. 27, citing *Nur*, at para. 82), and suggests that all mandatory minimums for offences that can be committed in many ways, in many different circumstances, and by a wide range of people, are “constitutionally vulnerable because they will almost inevitably catch situations where the prescribed mandatory minimum would require an unconstitutional sentence”: para. 3; see also para. 35. We respectfully disagree. If the challenged minimum is compared to those in *Smith* and *Nur*, this mandatory minimum simply does not cover a “wide range” of conduct. It is, rather, carefully tailored to catch only harmful and highly blameworthy conduct.

C. *The Reasonable Hypotheticals Considered Do Not Support a Section 12 Infringement*

[86] The Chief Justice accepts that the one-year mandatory minimum is not grossly disproportionate

Manifestement, il n’est pas nécessaire d’agir sans distinction. Il n’est pas nécessaire de condamner les petits contrevenants à sept ans de prison pour dissuader l’auteur d’une infraction grave. [. . .] Le résultat recherché aurait pu être atteint en limitant l’imposition d’une peine minimale à l’importation de certaines quantités, à certains stupéfiants déterminés de l’annexe, aux récidivistes ou même à une combinaison de ces facteurs. [Nous soulignons.]

[84] La portée de la div. 5(3)a(i)(D) est circonscrite de la manière ainsi préconisée par le juge Lamer dans *Smith*. La peine minimale obligatoire ne vaut que pour l’infraction de trafic (elle est inapplicable lorsque la drogue est destinée à l’usage personnel). Seuls sont visés certains stupéfiants (les drogues inscrites aux annexes I et II) et certaines quantités (de certaines drogues inscrites à l’annexe II). Et elle ne peut être infligée qu’à certains récidivistes.

[85] La Juge en chef estime que la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement contestée en l’espèce « s’applique à une vaste gamme de comportements potentiels » (par. 27, citant *Nur*, par. 82) et laisse entendre que la disposition qui rend passible d’une peine minimale obligatoire l’auteur d’une infraction qui peut être perpétrée de nombreuses manières et dans de nombreuses circonstances différentes, par une grande variété de personnes, se révèle « vulnérable sur le plan constitutionnel, car elle s’appliquera presque inévitablement dans des situations où le minimum obligatoire équivaudra à une peine inconstitutionnelle » (par. 3; voir également le par. 35). Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d’accord. Comparée aux peines minimales contestées dans les affaires *Smith* et *Nur*, celle attaquée en l’espèce n’est tout simplement pas applicable à une « vaste gamme » de comportements. La disposition qui la prévoit est en fait soigneusement rédigée pour ne viser que le comportement préjudiciable et hautement répréhensible.

C. *Les situations hypothétiques raisonnables considérées n’étayant pas la violation de l’art. 12*

[86] La Juge en chef admet que la peine minimale obligatoire d’un an d’emprisonnement n’est pas

as applied to the appellant, Mr. Lloyd. The only issue is whether it imposes grossly disproportionate punishment in reasonably foreseeable scenarios.

[87] When considering s. 12 *Charter* challenges to mandatory minimums, courts should keep firmly in mind that, by its terms, s. 12 does not prohibit merely excessive or disproportionate punishments. It prohibits only “cruel and unusual treatment or punishment”. As a result, the “gross disproportionality” test that has developed under s. 12 is, quite rightly, a difficult standard to meet. To infringe s. 12, the punishment must be “so excessive as to outrage standards of decency”: *Smith*, at p. 1072, citing *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at p. 688, per Laskin C.J. In other words, Canadians must find the punishment “abhorrent or intolerable”: *Morrisey*, at para. 26. A merely disproportionate punishment does not infringe s. 12: *Smith*, at p. 1072; *Nur*, at para. 39. And in crafting mandatory minimums, Parliament is not obliged to perfectly accommodate “the moral nuances of every crime and every offender”: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 345.

[88] With respect, the gross disproportionality standard is not satisfied in either of the hypothetical situations relied on by the Chief Justice. In essence, what she does is consider mitigating circumstances in isolation from the moral blameworthiness of the offence, which the mandatory minimum is intended to address.

(1) The Sharing Scenario

[89] First, the Chief Justice invokes the situation of an “addict who is charged for sharing a small amount of a Schedule I drug with a friend or spouse, and finds herself sentenced to a year in prison because of a single conviction for sharing marijuana in a social occasion nine years before” (para. 32). The

exagérément disproportionnée dans le cas de l’appelant, M. Lloyd. Reste seulement à se demander si la disposition qui la prévoit inflige une peine exagérément disproportionnée dans certaines situations hypothétiques raisonnables.

[87] Le tribunal saisi de la contestation d’une peine minimale sur le fondement de l’art. 12 de la *Charte* doit demeurer bien conscient du fait que, de par son libellé, cette disposition n’interdit pas la peine qui est seulement excessive ou disproportionnée. L’article 12 ne prohibe que les « traitements ou peines cruels et inusités ». C’est pourquoi il est difficile, à juste titre, de satisfaire au critère de la « disproportion exagérée » qui a été établi pour les besoins de son application. Pour qu’elle soit contraire à l’art. 12, la peine infligée doit être « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » (*Smith*, p. 1072, citant *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 688, le juge en chef Laskin). Autrement dit, les Canadiens doivent considérer que la peine est « odieuse ou intolérable » (*Morrisey*, par. 26). La peine qui n’est que disproportionnée ne contrevient pas à l’art. 12 (*Smith*, p. 1072; *Nur*, par. 39). Au moment de concevoir une peine minimale obligatoire, le législateur n’a pas à l’adapter parfaitement aux « nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant » (*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 345).

[88] Avec égards, le critère de la disproportion exagérée n’est respecté dans aucune des situations hypothétiques invoquées par la Juge en chef. Essentiellement, notre collègue considère les circonstances atténuantes indépendamment du caractère moralement répréhensible de l’infraction auquel le minimum obligatoire est censé s’appliquer.

(1) Le scénario du partage

[89] D’abord, la Juge en chef évoque la situation d’un « toxicomane qui fait l’objet d’une accusation de trafic pour avoir partagé avec un ami ou sa conjointe une petite quantité d’une substance inscrite à l’annexe I et qui écope d’un an de prison parce qu’il a déjà été reconnu coupable de trafic, une seule

provincial court judge invoked a similar hypothetical situation in his analysis (paras. 48-49).

[90] In our respectful view, this hypothetical scenario cannot be relied on in the s. 12 analysis. If the circumstances described in a hypothetical scenario might not result in a conviction for the offence at issue, then the hypothetical is not reasonable and should not be considered: *Goltz*, at pp. 519-20. The analysis must focus on the effect of the sentence once a conviction has properly been secured, rather than the effect of the sentence where the innocence of the accused remains debatable. The jurisprudence suggests that the sharing scenario the provincial court judge described could fall outside the offence of trafficking and instead constitute mere joint possession: *R. v. Gardiner* (1987), 35 C.C.C. (3d) 461 (Ont. C.A.); *R. v. Weiler* (1975), 23 C.C.C. (2d) 556 (Ont. C.A.). Of course, if this hypothetical offender were convicted merely of joint possession, then the challenged mandatory minimum would not apply.

[91] Assuming that sharing can ground a conviction for trafficking, the Chief Justice's hypothetical scenario still strikes us as unfit for consideration under s. 12. In that hypothetical, the offender is convicted of trafficking for sharing drugs not once, but twice — with the prior sharing incident occurring nine years before, and involving only marijuana. Since there appear to be very few reported cases where offenders have been convicted of trafficking for sharing drugs, a scenario involving a *two-time* sharing trafficker with no other conviction strikes us as “far-fetched” or “marginally imaginable”, and thus inappropriate for the s. 12 analysis: *Nur*, at para. 54, citing *Goltz*, at p. 506. With respect, it also comes very close to “the most innocent and sympathetic case imaginable”: *Nur*, at para. 75.

fois, neuf ans auparavant, après avoir partagé de la marijuana lors d'une réunion sociale » (par. 32). Le juge de la cour provinciale renvoie d'ailleurs à une situation hypothétique semblable dans son analyse (par. 48-49).

[90] Avec égards, ce scénario ne saurait étayer l'analyse que commande l'art. 12. Lorsque la situation envisagée ne peut entraîner une déclaration de culpabilité quant à l'infraction en cause, il ne s'agit pas d'une situation hypothétique raisonnable et il ne faut pas la considérer (*Goltz*, p. 519-520). L'analyse doit s'attacher à l'effet de la peine une fois la culpabilité régulièrement établie, non à l'effet de la peine lorsque la culpabilité ou l'innocence de l'accusé n'est pas déterminée de façon définitive. Il appert de la jurisprudence que le partage envisagé par le juge de la cour provinciale pourrait ne pas constituer un trafic, mais plutôt une simple possession commune (*R. c. Gardiner* (1987), 35 C.C.C. (3d) 461 (C.A. Ont.); *R. c. Weiler* (1975), 23 C.C.C. (2d) 556 (C.A. Ont.)). Évidemment, si ce délinquant hypothétique était seulement déclaré coupable de possession commune, la peine minimale obligatoire contestée ne s'appliquerait pas.

[91] À supposer que le partage puisse fonder une déclaration de culpabilité pour trafic, nous demeurons convaincus que le scénario de la Juge en chef ne saurait être pris en compte au regard de l'art. 12. Dans cette situation hypothétique, le délinquant est reconnu coupable de trafic après avoir partagé de la drogue, de marijuana seulement, non pas une mais deux fois, le premier partage remontant à neuf ans. Comme très peu de décisions semblent avoir été publiées relativement à des affaires où le délinquant a été déclaré coupable de trafic après avoir partagé de la drogue, le scénario d'un délinquant reconnu coupable de trafic *deux fois* par suite d'un partage et qui n'a pas été déclaré coupable d'une autre infraction nous apparaît nettement « invraisemblabl[e] » ou « difficilement imaginabl[e] » et, de ce fait, inapproprié pour les besoins de l'analyse que commande l'art. 12 (*Nur*, par. 54, citant *Goltz*, p. 506). Avec égards, cela revient presque à constituer « un dossier qui, par sa bénignité, inspirerait la plus grande sympathie possible » (*Nur*, par. 75).

[92] That said, even if the Chief Justice's sharing scenario were accepted as a reasonable hypothetical, we are nevertheless of the opinion that the impugned provision would not impose grossly disproportionate punishment. It has been held at least once that those who traffic by sharing are less morally blameworthy than those who traffic for profit. In the somewhat dated case of *R. v. O'Connor*, 1975 CarswellBC 842 (WL Can.), a husband was found guilty of trafficking for transporting cannabis and LSD home for him and his wife to use. He bought the drugs with his wife's knowledge and consent and had prior convictions of an unknown nature. On the peculiar facts of that case, the Court of Appeal reduced the sentence from three years' to three months' imprisonment on the basis of the offender's diminished moral blameworthiness:

... while I have no doubt that the conduct in this case amounted to trafficking ... when we come to the matter of sentence in this case it should be regarded as a case of possession without any element whatever of a commercial dealing in the drugs ... [para. 6]

[93] While the "sharing" trafficker may be somewhat less morally blameworthy than the cold-blooded trafficker of hard drugs for profit, we are not convinced that she is so much less morally blameworthy that a one-year sentence would "outrage standards of decency". Whether the offender traffics by sharing, or to support her own addiction, or purely for profit, she facilitates the distribution of dangerous substances into the community. She may provide drugs to people who would not otherwise have had access to them. The harm to the community — in the form of overdose, addiction, and the crime that sometimes comes with supporting addiction — remains the same regardless of the offender's motives.

[92] Cela dit, à supposer que le partage envisagé par la Juge en chef constitue une situation hypothétique raisonnable, nous demeurons d'avis que la disposition attaquée n'inflige pas une peine exagérément disproportionnée. On recense au moins une décision dans laquelle le tribunal statue que la culpabilité morale de la personne qui se livre au trafic de la drogue en la partageant est moindre que celle de la personne qui se livre au trafic de la drogue pour réaliser un profit. Dans une affaire quelque peu ancienne — *R. c. O'Connor*, 1975 CarswellBC 842 (WL Can.) —, un mari a été déclaré coupable de trafic parce qu'il avait apporté à la maison du cannabis et du LSD destinés à sa consommation et à celle de son épouse, laquelle avait été informée de l'achat et y avait consenti. Le mari avait déjà été reconnu coupable d'infractions de nature non précisée. Au vu des faits particuliers du dossier, la Cour d'appel a ramené la peine de trois ans à trois mois d'emprisonnement en invoquant la faible culpabilité morale du délinquant :

[TRADUCTION] ... je ne doute certes pas qu'il y a bel et bien eu trafic [...], mais lorsqu'il s'agit de déterminer la peine, il faut voir dans les faits de l'espèce une possession totalement exempte de quelque attribut du commerce de la drogue ... [par. 6]

[93] Bien que le trafiquant « partageur » puisse être en quelque sorte moins moralement coupable que le trafiquant insensible qui se livre au commerce de drogues dures pour le profit, nous ne sommes pas convaincus que son degré de culpabilité morale soit si inférieur qu'une peine d'emprisonnement d'un an soit « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine ». Qu'il s'adonne au trafic de la drogue en la partageant, pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation ou pour le seul profit, le délinquant facilite la distribution de substances dangereuses au sein de la collectivité. Il est possible qu'il fournisse de la drogue à des gens qui n'y auraient pas accès autrement. Le préjudice causé à la société — surdose, toxicomanie et crimes que commettent parfois les toxicomanes pour se procurer de la drogue — demeure, quelle que soit la motivation du délinquant.

[94] Furthermore, the sharing trafficker in this scenario has a prior drug-related conviction. She was clearly on notice that trafficking in illicit substances is a serious offence, and yet she chose to traffic again anyway. The blameworthiness of a repeat offender must be higher than that of a first-time offender.

[95] Given the seriousness of the offence of drug trafficking and the deference owed to Parliament in setting mandatory minimum policies, we cannot agree that this well-tailored one-year mandatory minimum imposes grossly disproportionate punishment in this scenario.

(2) The Rehabilitation Scenario

[96] The Chief Justice also proposes the scenario of a drug addict with a prior trafficking conviction who is convicted of a second trafficking offence. He traffics to support his addiction. Between conviction for the second offence and sentencing, he is rehabilitated and overcomes his addiction. He seeks a short sentence from the judge so that he can resume a healthy life. The sentencing judge is required to impose a one-year minimum sentence.

[97] We are not convinced that the application of the mandatory minimum in this scenario is a grossly disproportionate punishment, for two reasons. First, the mandatory minimum may not even apply. Second, even if the minimum does apply, the scenario is remarkably similar to the circumstances of Mr. Lloyd himself, for whom the Chief Justice agrees that this one-year sentence is not cruel and unusual.

[98] First, the exemption clause in ss. 10(4) and (5) of the *CDSA* states that the mandatory minimum sentence does not apply where the offender attends

[94] Qui plus est, dans le scénario considéré, le trafiquant partageur a déjà commis des infractions liées à la drogue. Il savait sans l'ombre d'un doute que le trafic d'une substance illicite constitue une infraction grave, mais il a quand même décidé de s'y livrer une fois de plus. La culpabilité morale imputée au récidiviste doit être plus grande que celle imputée à l'auteur d'une première infraction.

[95] Vu la gravité de l'infraction de trafic de drogue et la déférence qui s'impose vis-à-vis du législateur et de ses politiques générales en matière de peines minimales obligatoires, nous ne pouvons convenir que, dans cette situation hypothétique, la disposition prévoyant la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement et dont la portée est bien circonscrite inflige une peine exagérément disproportionnée.

(2) Le scénario de la réadaptation

[96] La Juge en chef invoque en outre le scénario du toxicomane qui a été reconnu coupable de trafic dans le passé et qui l'est une fois de plus. Le délinquant se livre au trafic de la drogue pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation. Entre sa déclaration de culpabilité pour la seconde infraction et la détermination de sa peine, il suit un programme de réadaptation et surmonte sa dépendance. Il demande au tribunal de le condamner à un emprisonnement d'une durée inférieure afin qu'il puisse à nouveau mener une vie saine, mais le tribunal est tenu de lui infliger le minimum obligatoire.

[97] Nous ne sommes pas persuadés que, dans un tel cas, la peine minimale obligatoire constitue une peine exagérément disproportionnée, et ce, pour deux raisons. D'abord, le minimum obligatoire pourrait ne pas même s'appliquer. Ensuite, à supposer qu'il s'applique, la situation du délinquant hypothétique s'apparente beaucoup à celle de M. Lloyd en l'espèce, une situation pour laquelle la Juge en chef estime qu'un emprisonnement d'un an n'est ni cruel ni inusité.

[98] Premièrement, l'exception que prévoient les par. 10(4) et (5) de la *LRCDA*s fait en sorte que la peine minimale obligatoire ne s'applique pas lorsque

and successfully completes an approved treatment program between conviction and sentencing. If the offender in this reasonable hypothetical did indeed go to “a rehabilitation centre and conqu[e] his addiction” (Chief Justice’s reasons, at para. 33) between conviction and sentencing, s. 10(5) of the *CDSA* could apply and the sentencing judge would not be required to impose the mandatory minimum sentence at all.

[99] Second, even if the minimum applies, it does not impose grossly disproportionate punishment. In this scenario, the offender has a prior conviction for a related offence, but was trafficking in order to support his own addiction, and is on the path to a healthy and productive life. Similarly, Mr. Lloyd has prior convictions for drug trafficking, but he testified at sentencing that he trafficked only to support his own addictions. Between conviction and sentencing, he contacted rehabilitation facilities and took the addictions programming that was available to him. He came to court at sentencing and asked for a short sentence of three to four months. The Chief Justice’s second hypothetical offender would be subject to the same sentencing range as Mr. Lloyd in British Columbia, a range which the courts below both agreed was 12 to 18 months. Indeed, both are “low level dealers with prior relevant convictions, trafficking to support their own addictions”, as put by the provincial court judge in establishing the applicable range (para. 28).

[100] The Chief Justice agrees that a one-year sentence is fit for Mr. Lloyd. If this is accepted, then we question how it can be possible for a one-year sentence to be grossly disproportionate for a reasonable hypothetical offender who is almost identically

le délinquant termine avec succès un programme de traitement agréé entre le moment où il est reconnu coupable et celui où il sera condamné à une peine. Si, dans cette situation hypothétique raisonnable, le délinquant se rend dans « un centre de désintoxication et parvient à vaincre sa dépendance » (motifs de la Juge en chef, par. 33) après avoir été reconnu coupable mais avant d’avoir été condamné à une peine, le par. 10(5) de la *LRCDas* pourrait s’appliquer et le tribunal ne serait aucunement tenu d’infliger la peine minimale obligatoire.

[99] Deuxièmement, même si la peine minimale s’applique, elle n’équivaut pas à une peine exagérément disproportionnée. Suivant ce scénario, le délinquant a déjà commis une infraction liée à la drogue, mais il s’est livré au trafic pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation et il est en voie de mener une vie saine et productive. M. Lloyd a lui aussi déjà commis des infractions liées à la drogue, mais lors de la détermination de sa peine, il a dit ne s’être livré au trafic que pour pouvoir satisfaire son propre besoin de consommation. Entre le moment où il a été reconnu coupable et celui où il devait être condamné à une peine, il a communiqué avec un centre de désintoxication et s’est inscrit aux programmes qui s’offraient à lui. Il s’est présenté à l’audience de détermination de la peine et a demandé qu’on le condamne seulement à trois ou quatre mois d’emprisonnement. Suivant le deuxième scénario de la Juge en chef, le délinquant est assujéti à la même fourchette de peines que M. Lloyd en Colombie-Britannique, soit une fourchette de peines dont les deux juridictions inférieures conviennent qu’elle est comprise entre 12 et 18 mois. Comme l’a dit le juge de la cour provinciale lorsqu’il a déterminé la fourchette applicable, les deux délinquants sont en effet [TRADUCTION] « de petits trafiquants qui possèdent un casier judiciaire et qui se livrent au trafic pour pouvoir satisfaire leur propre besoin de consommation » (par. 28).

[100] Puisque la Juge en chef reconnaît qu’un emprisonnement d’un an est approprié dans le cas de M. Lloyd, comment alors cette peine pourrait-elle se révéler exagérément disproportionnée dans une situation hypothétique raisonnable presque identique

situated to Mr. Lloyd himself. More generally, if a challenged mandatory minimum corresponds to the lower end of the sentencing range applicable to the hypothetical offender relied on, as it does here, we wonder if that minimum can ever be found to be grossly disproportionate on the basis of such a hypothetical.

(3) Other Hypothetical Scenarios

[101] Like the Chief Justice, we do not propose to discuss in detail the various hypothetical scenarios raised by the interveners. Many of the interveners suggested hypothetical scenarios, sometimes based on reported cases, which included offenders with various personal characteristics. For instance, the African Canadian Legal Clinic suggested a scenario that emphasizes the circumstances of African Canadians. Pivot Legal Society and the Union of British Columbia Indian Chiefs suggested scenarios involving Aboriginal offenders and addicted offenders. The West Coast Women's Legal Education and Action Fund suggested hypotheticals that focus on the experiences of female offenders.

[102] The interveners' hypothetical scenarios do not convince us that the challenged one-year mandatory minimum imposes grossly disproportionate punishment. In conducting the reasonable hypothetical analysis under s. 12, courts must inevitably consider the personal circumstances of hypothetical offenders, provided of course that courts do not artificially concoct "the most innocent and sympathetic case imaginable": *Nur*, at para. 75. But the personal circumstances of hypothetical offenders must not be allowed to overwhelm the analysis. When considering reasonable hypotheticals, courts must also not lose sight of the seriousness of the conduct that the mandatory minimum proscribes. It must be recalled that the conduct captured by this one-year mandatory minimum — trafficking or possessing for the purpose of trafficking Schedule I or II substances, with a related prior conviction — remains serious, harmful and morally blameworthy.

à la situation de M. Lloyd? D'un point de vue plus général, si comme c'est le cas en l'espèce, le minimum obligatoire contesté correspond à l'extrémité inférieure de la fourchette de peines applicable au délinquant hypothétique, nous voyons mal comment ce minimum peut être qualifié d'exagérément disproportionné suivant un tel scénario.

(3) Autres scénarios

[101] À l'instar de la Juge en chef, nous nous abstenons d'examiner le détail des différentes situations hypothétiques avancées par les intervenants. Nombre d'entre eux formulent, parfois à partir de décisions publiées, des hypothèses où les délinquants ont diverses caractéristiques personnelles. À titre d'exemple, la Clinique juridique africaine canadienne avance un scénario qui met en évidence la situation des Canadiens de race noire. Les organismes Pivot Legal Society et Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique conjecturent sur le sort des délinquants autochtones et des délinquants toxicomanes. Quant au West Coast Women's Legal Education and Action Fund, ses hypothèses s'attachent aux situations vécues par les délinquantes.

[102] Les scénarios des intervenants ne nous convainquent pas du caractère exagérément disproportionné de l'emprisonnement minimal d'un an contesté en l'espèce. Lorsqu'il est appelé à examiner des situations hypothétiques raisonnables au regard de l'art. 12, le tribunal doit forcément tenir compte de la situation personnelle des délinquants hypothétiques, à condition bien sûr de ne pas concocter « un dossier qui, par sa bénignité, inspirerait la plus grande sympathie possible » (*Nur*, par. 75). Toutefois, la situation personnelle des délinquants hypothétiques ne doit pas prendre toute la place. Le tribunal qui examine des situations hypothétiques raisonnables ne doit pas non plus perdre de vue la gravité du comportement auquel s'applique la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement. Il faut se rappeler que, en l'espèce, les actes réprimés — trafic ou possession en vue du trafic d'une substance inscrite aux annexes I ou II, et perpétration antérieure d'une infraction apparentée — demeurent graves, préjudiciables et moralement répréhensibles.

[103] Moreover, mandatory minimum sentences need not “simultaneously pursue all of the traditional sentencing principles” in order to pass constitutional muster: *Morrisey*, at para. 46 (emphasis deleted). Parliament may, within constitutional limits, set a minimum sentence that prioritizes general deterrence, denunciation and retribution over other sentencing objectives like rehabilitation. Similarly, we would add, it is open to Parliament to set a statutory minimum that prioritizes deterrence, denunciation and retribution over other statutory sentencing considerations, such as, to take just one example, the sentencing judge’s duty to consider “all available sanctions, other than imprisonment, that are reasonable in the circumstances . . . with particular attention to the circumstances of Aboriginal offenders”: *Criminal Code*, s. 718.2(e); *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 85; *Nasogaluak*, at para. 45.

[104] Parliament must simply refrain from setting minimums that are “so excessive as to outrage standards of decency”: *Smith*, at p. 1072 (emphasis added). We are not convinced that a one-year term of imprisonment for the serious conduct caught by the challenged minimum crosses this high constitutional threshold. Accordingly, we conclude that the challenged one-year mandatory minimum does not infringe s. 12 of the *Charter*.

D. *Mandatory Minimums Are Not Per Se Unconstitutional*

[105] That said, some further comments about the potential implications of the Chief Justice’s reasons are, in our view, warranted.

[106] The Chief Justice suggests that mandatory minimums for offences that can be committed in many ways, in many different circumstances, and by a wide range of people, are “constitutionally vulnerable because they will almost inevitably catch situations where the prescribed mandatory minimum would require an unconstitutional sentence”: para. 3;

[103] Par ailleurs, une peine minimale obligatoire n’a pas à « vise[r] à la fois tous les objectifs traditionnels de détermination de la peine » pour satisfaire aux exigences de la Constitution (*Morrisey*, par. 46 (soulignement omis)). Le législateur peut, à l’intérieur des limites établies par la Constitution, fixer une peine minimale qui accorde plus d’importance à la dissuasion générale, à la dénonciation et au châtement qu’aux autres objectifs de détermination de la peine, telle la réadaptation. Qui plus est, il est loisible au législateur de fixer une peine minimale qui accorde plus d’importance à la dissuasion, à la dénonciation et au châtement qu’aux autres considérations législatives propres à la détermination de la peine, notamment, pour ne donner qu’un exemple, l’obligation du tribunal d’examiner, « plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones, de toutes les sanctions substitutives qui sont raisonnables dans les circonstances » (*Code criminel*, al. 718.2e); *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 85; *Nasogaluak*, par. 45).

[104] Le législateur doit seulement se garder de fixer une peine minimale qui est « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » (*Smith*, p. 1072 (nous soulignons)). Nous ne sommes pas convaincus que l’emprisonnement d’un an prévu pour les actes graves que vise la disposition contestée franchit ce seuil constitutionnel élevé. Nous arrivons donc à la conclusion que l’emprisonnement minimal obligatoire d’un an attaqué en l’espèce ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte*.

D. *Les peines minimales obligatoires ne sont pas inconstitutionnelles en soi*

[105] Cela dit, certaines remarques supplémentaires s’imposent selon nous au sujet des répercussions possibles de l’approche de la Juge en chef.

[106] La Juge en chef laisse entendre que la disposition qui rend passible d’une peine minimale obligatoire l’auteur d’une infraction qui peut être perpétrée de nombreuses manières et dans de nombreuses circonstances différentes, par une grande variété de personnes, se révèle « vulnérable sur le plan constitutionnel, car elle s’appliquera presque inévitablement

see also para. 35. This statement, however, is in tension with the Court's s. 12 jurisprudence. In the past, the Court has upheld mandatory minimums that cover a wide range of potential conduct, including in *Morrissey, Luxton* and *Latimer*, for offences such as criminal negligence causing death with a firearm and murder. Criminal negligence homicides "can be committed in an almost infinite variety of ways": *Morrissey*, at para. 31. And "[t]he culpability of murderers must vary as much as, and perhaps more than, the culpability of those accused of any other crime": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 53-10. The Chief Justice's reasons would represent, in our respectful view, a departure from the Court's jurisprudence, which has consistently maintained that mandatory minimums are not *per se* unconstitutional: *Smith*, at p. 1077.

[107] The Chief Justice's s. 12 analysis also seems to be in tension with her reasoning on s. 7 of the *Charter*. She rejects Mr. Lloyd's argument that "proportionality in sentencing" is a principle of fundamental justice under s. 7 on the basis that there is no "overarching constitutional principle that allows judges to subvert the norms of punishment enacted by Parliament" (para. 43). She also states that Parliament may make "policy choices with respect to the imposition of punishment for criminal activities and the crafting of sentences that it deems appropriate to balance the objectives of deterrence, denunciation, rehabilitation and protection of society" (para. 45). Yet, if few mandatory minimums can survive the scrutiny exemplified in the Chief Justice's reasons on s. 12, then one must question what role is left for Parliament's legitimate policy choices in setting punishment.

[108] We should not, however, be taken as disagreeing with the suggestion that Parliament may wish to consider providing judges some discretion to

dans des situations où le minimum obligatoire équivaldra à une peine inconstitutionnelle » (par. 3; voir également le par. 35). Cette affirmation entre cependant en conflit avec la jurisprudence de la Cour relative à l'art. 12. Par le passé, la Cour a confirmé des peines minimales qui s'appliquaient à une vaste gamme de comportements potentiels, notamment dans les arrêts *Morrissey, Luxton* et *Latimer*, relativement à des infractions comme la négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu et le meurtre. Or, l'homicide résultant de négligence criminelle « peut être commi[s] d'un nombre presque infini de façons » (*Morrissey*, par. 31). De plus, [TRADUCTION] « [I]a culpabilité varie sans doute autant, sinon plus, d'un meurtrier à l'autre que d'un auteur de tout autre crime à un autre » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 53-10). L'approche préconisée par la Juge en chef revient à notre humble avis à se dissocier de la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle les peines minimales obligatoires ne sont pas inconstitutionnelles en soi (*Smith*, p. 1077).

[107] Le raisonnement de la Juge en chef concernant l'art. 12 paraît également entrer en conflit avec celui qu'elle tient relativement à l'art. 7 de la *Charte*. Elle rejette la thèse de M. Lloyd selon laquelle la « proportionnalité de la peine » constitue un principe de justice fondamentale pour l'application de l'art. 7 au motif qu'il n'y a pas de « principe constitutionnel prépondérant qui permet au tribunal de faire abstraction des normes de sanction établies par le législateur » (par. 43). Elle ajoute que le législateur « possède le pouvoir de faire des choix de politique générale en ce qui a trait à l'infliction de peines aux auteurs d'actes criminels et d'arrêter les peines qu'il juge appropriées pour tenir compte des objectifs que sont la dissuasion, la dénonciation, la réadaptation et la protection de la société » (par. 45). Or, si un petit nombre seulement de peines minimales obligatoires peuvent résister au contrôle que préconise la Juge en chef au regard de l'art. 12, il faut se demander de quel pouvoir jouit encore le législateur pour l'adoption de politiques générales légitimes en matière de peines.

[108] Nous ne sommes toutefois pas en désaccord avec l'idée que le législateur puisse envisager la possibilité de conférer au tribunal un pouvoir

avoid applying mandatory minimums in appropriate cases: Chief Justice's reasons, at para. 36. But we wish to make clear that Parliament is not obliged to create exemptions to mandatory minimums as a matter of constitutional law. Parliament may legislate to limit judges' sentencing discretion. Limiting judicial discretion is one of the key purposes of mandatory minimum sentences, and this purpose may be inconsistent with providing judges a safety valve to avoid the application of the mandatory minimum in some cases. As the Chief Justice observed in *Ferguson*, at para. 55, the purpose of mandatory minimums is

to remove judicial discretion and to send a clear and unequivocal message to potential offenders that if they commit a certain offence, or commit it in a certain way, they will receive a sentence equal to or exceeding the mandatory minimum specified by Parliament.

[109] Whether Parliament should enact judicial safety valves to mandatory minimum sentences, and if so, what form they should take, are questions of policy that are within the exclusive domain of Parliament. The only limits on Parliament's discretion are provided by the Constitution, and in particular, the *Charter* right not to be subjected to cruel and unusual punishment. Section 5(3)(a)(i)(D) of the *CDSA* does not exceed this limit and does not amount to cruel and unusual punishment.

III. Conclusion

[110] Accordingly, in our view, the impugned one-year mandatory minimum does not infringe s. 12 of the *Charter*, and for the reasons given by the Chief Justice, it does not infringe s. 7 either. We agree with the Chief Justice that the sentence appeal should be allowed, and the 12-month sentence imposed by the provincial court judge restored.

discrétionnaire qui lui permettrait de se soustraire à l'obligation d'infliger la peine minimale lorsque les circonstances s'y prêtent (motifs de la Juge en chef, par. 36). Mais nous tenons à préciser que le législateur n'a pas l'obligation constitutionnelle de prévoir une exception à l'application d'une peine minimale obligatoire. Le législateur peut restreindre le pouvoir discrétionnaire du tribunal en matière de détermination de la peine. Restreindre le pouvoir discrétionnaire du tribunal est d'ailleurs l'un des objectifs principaux de l'établissement de peines minimales obligatoires, et cet objectif peut se révéler incompatible avec la création d'un mécanisme qui permettrait au tribunal d'écarter la peine minimale obligatoire dans certains cas. Comme le signale la Juge en chef dans l'arrêt *Ferguson*, par. 55, l'objectif de la peine minimale obligatoire est de

retirer leur pouvoir discrétionnaire aux juges et faire comprendre de façon claire et non équivoque aux contrevenants éventuels que, s'ils commettent une certaine infraction ou s'ils la commettent d'une certaine manière, ils se verront infliger une peine égale ou supérieure à la peine minimale obligatoire prescrite par le législateur.

[109] La question de savoir si le législateur devrait ou non prévoir un mécanisme permettant d'écarter l'infliction d'une peine minimale obligatoire et, dans l'affirmative, quelle forme ce mécanisme devrait revêtir, relève de la politique générale et du pouvoir exclusif du Parlement. Seuls la Constitution et, plus particulièrement, le droit garanti par la *Charte* d'être protégé contre les peines cruelles et inusitées limitent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. La division 5(3)a(i)(D) de la *LRCDS* respecte cette limite, et la peine qu'elle prévoit n'équivaut pas à une peine cruelle et inusitée.

III. Conclusion

[110] Nous sommes donc d'avis que l'emprisonnement minimal obligatoire d'un an contesté en l'espèce ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 12 de la *Charte* et, pour les motifs exposés par la Juge en chef, qu'il ne contrevient pas non plus à l'art. 7. Nous convenons avec la Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir la peine de 12 mois infligée par le juge de la cour provinciale.

Appeal allowed, WAGNER, GASCON and BROWN JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: David N. Fai Law Corporation, Vancouver; Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Peck and Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: Faisal Mirza, Mississauga; African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the interveners the Pivot Legal Society and the Union of British Columbia Indian Chiefs: Maia Tsurumi, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.

Solicitor for the interveners the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, the Prisoners with HIV/AIDS Support Action Network and the Canadian Association of People Who Use Drugs: HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: MN Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Derstine Penman, Toronto.

Solicitors for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund: La Liberté Cronin, Vancouver; West Coast LEAF, Vancouver.

Pourvoi accueilli, les juges WAGNER, GASCON et BROWN sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : David N. Fai Law Corporation, Vancouver; Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Peck and Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne : Faisal Mirza, Mississauga; Clinique juridique africaine canadienne, Toronto.

Procureurs des intervenantes Pivot Legal Society et l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique : Maia Tsurumi, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.

Procureur des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, le Réseau d'action et de soutien des prisonniers et prisonnières vivant avec le VIH/sida et l'Association canadienne des personnes qui utilisent des drogues : HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : MN Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Derstine Penman, Toronto.

Procureurs de l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund : La Liberté Cronin, Vancouver; West Coast LEAF, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Hamidreza Safarzadeh-Markhali
Respondent

and

**Attorney General of Canada,
British Columbia Civil Liberties Association,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
John Howard Society of Canada,
West Coast Prison Justice Society and
Aboriginal Legal Services of
Toronto Inc.** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SAFARZADEH-MARKHALI

2016 SCC 14

File No.: 36162.

2015: November 4; 2016: April 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Credit for pre-sentence custody — Criminal Code denying enhanced credit in certain circumstances — Whether denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of prior conviction is overbroad in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 719(3.1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Hamidreza Safarzadeh-Markhali
Intimé

et

**Procureur général du Canada,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique, Criminal Lawyers'
Association (Ontario), Société John Howard
du Canada, West Coast Prison Justice Society
et Aboriginal Legal Services of
Toronto Inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SAFARZADEH-MARKHALI

2016 CSC 14

N° du greffe : 36162.

2015 : 4 novembre; 2016 : 15 avril.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Crédit pour détention présentencielle — Exclusion par le Code criminel de la majoration du crédit dans certaines circonstances — L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a-t-elle une portée excessive de manière à contrevenir à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 719(3.1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Sentencing courts have historically given enhanced credit for time spent in pre-sentence custody, typically at a rate of two days for every day of detention. The *Truth in Sentencing Act* amended the *Criminal Code* to provide a general expectation of one day of credit for every day spent in pre-sentence custody and, if the circumstances justify it, enhanced credit to a maximum of one and a half days. Pursuant to s. 719(3.1) of the *Code*, enhanced credit is not available if the person was denied bail primarily because of a prior conviction. M was arrested, charged with several offences and consented to his detention. At his bail hearing, the bail judge concluded that s. 515(9.1) required her to make an endorsement that M's detention was warranted primarily because of M's criminal record. The endorsement made M ineligible to receive enhanced credit for pre-sentence custody. The sentencing judge found the restrictions on enhanced credit in s. 719(3.1) of the *Code* unconstitutional. The Ontario Court of Appeal agreed and concluded that the challenged portion of s. 719(3.1) is of no force and effect.

Held: The appeal should be dismissed.

The denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of a prior conviction is overbroad because it catches people in ways that have nothing to do with the legislative purpose of s. 719(3.1) of the *Code*, which is to enhance public safety and security. Section 719(3.1) thus violates s. 7 of the *Charter*.

It is clear that s. 719(3.1) limits liberty. Its effect is to require offenders who come within its ambit to serve more time in prison than they would have otherwise. Laws that curtail liberty in a way that is overbroad do not conform to the principles of fundamental justice.

The first step in the overbreadth analysis is to ascertain the purpose of the challenged law. To determine a law's purpose, courts look to statements of purpose in the legislation, if any; the text, context, and scheme of the legislation; and extrinsic evidence such as legislative history and evolution. In presenting the *Truth in Sentencing Act* to Parliament, the Minister of Justice explained that denial of enhanced credit was aimed at promoting public safety and public confidence in the justice system, by imposing longer sentences on violent and repeat offenders and increasing their exposure to rehabilitative programming. Based

Les tribunaux appelés à déterminer la peine ont, par le passé, majoré le crédit accordé pour la durée de la détention présentencielle, habituellement à raison de deux jours contre un. La *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* a modifié le *Code criminel* de sorte qu'un jour de crédit soit généralement alloué pour chaque jour de détention présentencielle et qu'un crédit majoré d'au plus un jour et demi puisse être alloué si les circonstances le justifient. Suivant le par. 719(3.1) du *Code*, un crédit majoré ne peut être accordé à une personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure. Arrêté, puis accusé de plusieurs infractions, M a consenti à demeurer sous garde. À l'enquête sur la mise en liberté sous caution, la juge a conclu que le par. 515(9.1) l'obligeait à inscrire au dossier que M demeurait détenu principalement en raison de son casier judiciaire. Cette inscription rendait M inadmissible à un crédit majoré pour détention présentencielle. Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du crédit majoré prévue au par. 719(3.1) du *Code*. La Cour d'appel de l'Ontario s'est rangée à cet avis et a déclaré inopérante la partie contestée du par. 719(3.1).

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a une portée excessive parce qu'elle s'applique selon des modalités qui n'ont rien à voir avec l'objectif législatif qui sous-tend le par. 719(3.1) du *Code*, à savoir l'accroissement de la sûreté et de la sécurité publiques. Ce paragraphe contrevient donc à l'art. 7 de la *Charte*.

Le paragraphe 719(3.1) restreint manifestement la liberté. Il oblige le délinquant qui tombe sous le coup de son libellé à purger une peine d'emprisonnement plus longue que celle qu'il aurait purgée autrement. La règle de droit qui limite la liberté d'une manière excessive ne respecte pas les principes de justice fondamentale.

La première mesure à prendre pour se prononcer sur la portée excessive est de circonscrire l'objectif de la règle de droit contestée. Lorsqu'il s'agit de déterminer l'objectif de la règle de droit, le tribunal considère son énoncé dans le texte de loi, s'il en est, le texte, le contexte et l'économie de la loi, ainsi que des éléments de preuve extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution. Dans sa présentation de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* au Parlement, le ministre de la Justice a expliqué que l'exclusion du crédit majoré visait à promouvoir la sûreté publique et la confiance des citoyens dans le

on the text, context and scheme of the legislation, coupled with the Minister's statements of purpose, the animating social value behind the denial of enhanced credit is enhancing public confidence in the justice system. The legislative purpose of the total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail because of a prior conviction is to enhance public safety and security by increasing violent and chronic offenders' access to rehabilitation programs. The means for achieving the legislative purpose is the challenged provision itself and the effect of the provision is to impose longer periods of custody on all persons who receive an endorsement under s. 515(9.1) of the *Code*.

It is a principle of fundamental justice that a law that deprives a person of life, liberty, or security of the person must not do so in a way that is overbroad. The law must not go further than reasonably necessary to achieve its legislative goals. The provision in issue captures people it was not intended to capture: offenders who do not pose a threat to public safety or security. Section 515(9.1) does not specify or even broadly identify the offences that warrant an endorsement and limited availability of judicial review means that persons wrongly tagged with an endorsement will be without recourse to have the error remedied.

The infringement of s. 7 of the *Charter* is not justified under s. 1. While the challenged provision is rationally connected to its purpose of enhancing public safety and security, it is neither minimally impairing nor proportionate. Alternative and more reasonable means of achieving its purposes were open to Parliament. The benefit to public safety by increasing access to rehabilitation programs is not trivial but the law's overbreadth means that offenders who have neither committed violent offences nor present a risk to public safety will be unnecessarily deprived of liberty.

The Court of Appeal erred in holding that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. The principles

de justice par l'infliction de peines d'une durée accrue aux criminels violents et aux récidivistes, ainsi que par l'accroissement de l'accès de ces derniers à des programmes de réadaptation. Étant donné le texte, le contexte et l'économie de la loi, ainsi que les déclarations du ministre sur son objectif, la valeur sociale directrice derrière l'exclusion du crédit majoré est l'accroissement de la confiance du public dans le système de justice. L'objectif législatif de l'exclusion totale du crédit majoré dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution en raison d'une condamnation antérieure est d'accroître la sûreté et la sécurité publiques grâce à un accès accru des délinquants violents et chroniques à des programmes de réadaptation. Le moyen retenu pour atteindre l'objectif législatif correspond à la disposition contestée comme telle, et la disposition a pour effet de prévoir une période de détention d'une durée accrue dans le cas de toute personne dont le dossier de l'instance renferme une inscription conformément au par. 515(9.1) du *Code*.

Il est un principe de justice fondamentale selon lequel la disposition qui porte atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité ne doit pas le faire de manière excessive. Elle doit s'en tenir à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre les objectifs législatifs. La disposition en cause s'applique à des personnes auxquelles elle n'est pas censée s'appliquer, à savoir des délinquants qui ne constituent pas une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Le paragraphe 515(9.1) omet de préciser, voire d'indiquer en gros, quelles infractions justifient une inscription, et l'accès restreint à la révision judiciaire fait en sorte que la personne dont le dossier renferme à tort une inscription est dépourvue de tout recours pour faire corriger l'erreur.

L'atteinte à l'art. 7 de la *Charte* n'est pas justifiée par application de l'article premier. La disposition contestée a un lien rationnel avec son objectif d'accroître la sûreté et la sécurité publiques, mais elle ne porte pas atteinte le moins possible au droit en cause et elle n'est pas proportionnée. Des moyens différents et plus raisonnables s'offraient au législateur pour atteindre ses objectifs. Les effets bénéfiques sur la sûreté publique qui découlent de l'accès accru à des programmes de réadaptation ne sont pas négligeables, mais la portée excessive de la règle de droit fait en sorte qu'un délinquant qui n'a pas commis une infraction de violence et qui ne présente pas non plus un risque pour la sûreté publique se voit inutilement privé de liberté.

La Cour d'appel a eu tort de statuer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de

and purposes for determining a fit sentence, enumerated in s. 718 of the *Code* and provisions that follow — including the fundamental principle of proportionality in s. 718.1 — do not have constitutional status. The constitutional dimension of proportionality in sentencing is the prohibition of grossly disproportionate sentences in s. 12 of the *Charter*. The standard imposed by s. 7 with respect to sentencing is the same as it is under s. 12.

Cases Cited

Applied: *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; **referred to:** *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 520(1), 521(1), 524(4), (8), 718, 718.1, 718.2(b), 719(3), (3.1).
Truth in Sentencing Act, S.C. 2009, c. 29.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 144, No. 41, 2nd Sess., 40th Parl., April 20, 2009, pp. 2417-18 and 2432.
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009, pp. 11-12 and 15.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Watt and Strathy JJ.A.), 2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97, 316 C.C.C. (3d) 87, 325 O.A.C. 17, 13 C.R. (7th) 30, 319 C.R.R. (2d) 36, [2014] O.J. No. 4194 (QL), 2014 CarswellOnt 12258 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Block J., 2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32,

l'art. 7 de la *Charte*. Les principes et les objectifs de la détermination d'une peine juste, énoncés aux art. 718 et suivants du *Code*, y compris le principe fondamental de proportionnalité inscrit à l'art. 718.1, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. La dimension constitutionnelle de la proportionnalité de la peine réside dans le fait que l'art. 12 de la *Charte* interdit l'infliction d'une peine qui serait exagérément disproportionnée. La norme qu'impose l'art. 7 au chapitre de la détermination de la peine est la même que pour l'art. 12.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; **arrêts mentionnés :** *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 520(1), 521(1), 524(4), (8), 718, 718.1, 718.2(b), 719(3), (3.1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'adéquation de la peine et du crime, L.C. 2009, c. 29.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 20, 2^e sess., 40^e lég., 6 mai 2009, p. 11-12 et 15.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, n° 41, 2^e sess., 40^e lég., 20 avril 2009, p. 2417-2418 et 2432.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Watt et Strathy), 2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97, 316 C.C.C. (3d) 87, 325 O.A.C. 17, 13 C.R. (7th) 30, 319 C.R.R. (2d) 36, [2014] O.J. No. 4194 (QL), 2014 Carswell-Ont 12258 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Block relative à la détermination de la peine,

[2012] O.J. No. 3563 (QL), 2012 CarswellOnt 9292 (WL Can.). Appeal dismissed.

Roger A. Pinnock, for the appellant.

Jill R. Presser, Andrew Menchynski and Timothy J. Lutes, for the respondent.

Sharlene Telles-Langdon and Kathryn Hucal, for the intervener the Attorney General of Canada.

Nader R. Hasan and Justin Safayeni, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Ingrid Grant, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Andrew S. Faith and Jeffrey Haylock, for the intervener the John Howard Society of Canada.

Greg J. Allen and Kenneth K. Leung, for the intervener the West Coast Prison Justice Society.

Jonathan Rudin and Emily Hill, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] A person charged with a crime is held in custody pending trial unless released on bail. If found guilty at trial, an issue arises: In calculating the sentence, how much credit should the person receive for the time already spent in custody? A credit of one day for every day of pre-sentence custody will almost never put the person on equal footing with offenders released on bail, because the time spent in pre-sentence custody does not count for purposes of parole eligibility, earned remission and statutory release: *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, at para. 26. A one-for-one credit, in other words, results in longer incarceration for offenders detained

2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32, [2012] O.J. No. 3563 (QL), 2012 CarswellOnt 9292 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Roger A. Pinnock, pour l'appelante.

Jill R. Presser, Andrew Menchynski et Timothy J. Lutes, pour l'intimé.

Sharlene Telles-Langdon et Kathryn Hucal, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Nader R. Hasan et Justin Safayeni, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Ingrid Grant, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Andrew S. Faith et Jeffrey Haylock, pour l'intervenante la Société John Howard du Canada.

Greg J. Allen et Kenneth K. Leung, pour l'intervenante West Coast Prison Justice Society.

Jonathan Rudin et Emily Hill, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La personne accusée d'un crime est détenue jusqu'à l'issue de son procès, sauf si elle est libérée sous caution. La question suivante se pose lorsqu'elle est déclarée coupable : dans le calcul de sa peine, quel crédit convient-il de lui accorder pour le temps déjà passé sous garde? L'octroi d'un crédit d'un jour pour chaque jour de détention présenticielle ne met presque jamais la personne qui n'est pas libérée sous caution sur un pied d'égalité avec celle qui l'est, car la durée de la détention présenticielle n'est pas prise en compte pour déterminer l'admissibilité à la libération conditionnelle, à la réduction méritée de peine ou à la libération d'office

in pre-sentence custody than for offenders released on bail. On account of this discrepancy and the reality that pre-sentence custody is generally more onerous than post-sentence custody, sentencing courts have historically given “enhanced” credit for time spent in pre-sentence custody.

[2] Parliament revised this regime in 2009. It did not do away with enhanced credit, but it capped that credit at one and a half days for each day of pre-sentence custody. Parliament also — which brings us to the issue in this case — removed a sentencing court’s discretion to give any enhanced credit to offenders for pre-sentence custody, if they were denied bail primarily on the basis of their criminal record. The question is whether this law violates the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[3] For the reasons that follow, I conclude that the provision infringes s. 7 of the *Charter*, and is not justified under s. 1 of the *Charter*.

II. Background

[4] The respondent, Hamidreza Safarzadeh-Markhali, was arrested and charged with several offences in November 2010. Because of the nature of some of the charges against him, Mr. Safarzadeh-Markhali bore the burden of justifying his release on bail. At his bail hearing, he initially sought to show cause for his release, but later made clear that he consented to his detention. Notwithstanding this consent, the bail judge concluded that s. 515(9.1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, required her to make an endorsement that Mr. Safarzadeh-Markhali’s detention was warranted primarily because of his criminal record. Under s. 719(3.1) of the *Code*, this endorsement made Mr. Safarzadeh-Markhali ineligible to receive enhanced credit for the pre-sentence custody that followed.

(*R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, par. 26). Autrement dit, le délinquant qui n’obtient qu’un jour de crédit par jour de détention présentencielle passe plus de temps en prison que celui qui est libéré sous caution. Afin de combler cette différence, et parce que la détention antérieure au prononcé de la peine est généralement plus pénible que celle qui lui est postérieure, les tribunaux appelés à déterminer la peine ont de fait « majoré » le crédit accordé pour la durée de la détention présentencielle.

[2] En 2009, le législateur a soumis le régime à une révision. Il n’a pas supprimé la majoration du crédit, mais l’a plafonnée à un jour et demi pour chaque jour de détention présentencielle. En outre, et c’est l’objet du litige en l’espèce, le législateur a retiré au tribunal chargé de la détermination de la peine le pouvoir discrétionnaire qui lui permettait d’accorder un crédit majoré pour détention présentencielle au délinquant qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison de son casier judiciaire. Il s’agit de savoir si la disposition législative en cause porte atteinte au droit à la liberté que garantit l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la disposition contrevient à l’art. 7 de la *Charte* et que l’atteinte n’est pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

II. Historique

[4] En novembre 2010, l’intimé, Hamidreza Safarzadeh-Markhali, a été arrêté puis accusé de plusieurs infractions. Étant donné la nature de certaines des accusations, il lui appartenait de justifier sa libération sous caution. Lors de l’enquête sur sa mise en liberté sous caution, il a d’abord tenté de justifier son élargissement, mais il a ensuite clairement indiqué qu’il consentait à demeurer sous garde. Malgré ce consentement, la juge qui présidait l’enquête a conclu que le par. 515(9.1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, l’obligeait à inscrire au dossier que M. Safarzadeh-Markhali demeurerait détenu principalement en raison de son casier judiciaire. Par application du par. 719(3.1) du *Code*, cette inscription rendait M. Safarzadeh-Markhali inadmissible à un crédit majoré pour la détention présentencielle qui a suivi.

[5] The sentencing judge and the Ontario Court of Appeal held that the removal of discretion to award enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) is unconstitutional. The Crown appeals.

[6] Mr. Safarzadeh-Markhali has been deported to Iran. While the appeal is moot as to him, counsel agree that the issue of whether the relevant portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is constitutional is of importance throughout Canada, and that we should decide it.

III. The Challenged Legislation

[7] The challenged legislation relates to the practice of granting enhanced credit for pre-sentence custody.

[8] Enhanced credit serves two purposes. First, it ensures that an offender detained in pre-sentence custody — which is not subject to parole and early release provisos — does not spend more time behind bars than an identically situated offender released on bail. Second, it compensates for factors such as overcrowding, inmate turnover, and labour disputes that make pre-sentence custody more onerous than post-sentence custody: *Summers*, at para. 28. For these reasons, sentencing courts have long followed a practice of granting offenders enhanced credit — typically at a rate of two for one, but occasionally higher or lower depending on an offender's particular circumstances — for time in pre-sentence custody.

[9] Parliament sought to change this practice by enacting the *Truth in Sentencing Act*, S.C. 2009, c. 29, which amended the *Criminal Code* to provide (1) a general expectation of one day of credit for every day spent in pre-sentence custody; (2) the possibility of enhanced credit, capped at one and a half days of credit for every day of pre-sentence custody,

[5] Le juge qui a prononcé la peine et la Cour d'appel de l'Ontario ont jugé inconstitutionnelle la suppression au par. 719(3.1) du pouvoir discrétionnaire permettant d'allouer un crédit majoré pour la détention présentencielle. Le ministère public interjette appel.

[6] M. Safarzadeh-Markhali a été expulsé en Iran. Le pourvoi est donc théorique à son égard, mais les avocats conviennent que la question de la constitutionnalité de la partie contestée du par. 719(3.1) du *Code criminel* revêt de l'importance à la grandeur du Canada et que notre Cour devrait la trancher.

III. La disposition législative contestée

[7] La disposition législative contestée touche à la pratique qui consiste à allouer un crédit majoré pour la détention présentencielle.

[8] Le crédit majoré permet d'atteindre deux objectifs. Premièrement, il fait en sorte que le délinquant détenu de manière préventive ne passe pas plus de temps en prison que le délinquant dans la même situation qui est libéré sous caution du fait que la durée de sa détention présentencielle n'est pas prise en compte aux fins de l'admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération anticipée. Deuxièmement, il compense par exemple la surpopulation, le renouvellement constant des détenus et les conflits de travail qui rendent la détention antérieure au prononcé de la peine plus pénible que celle qui suit ce prononcé (*Summers*, par. 28). Voilà pourquoi les tribunaux chargés de la détermination de la peine recourent depuis longtemps à la pratique qui consiste à allouer au délinquant un crédit majoré — généralement à raison de deux jours contre un, mais parfois suivant un ratio plus ou moins élevé, selon la situation particulière du délinquant — pour la durée de la détention présentencielle.

[9] Désireux de modifier cette pratique, le législateur a édicté la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime*, L.C. 2009, c. 29, qui modifie le *Code criminel* de sorte (1) qu'un jour de crédit soit généralement alloué pour chaque jour de détention présentencielle, (2) qu'un crédit majoré d'au plus un jour et demi puisse être alloué pour chaque jour de

“if the circumstances justify it”; (3) *a cap of one day (i.e., no enhanced credit) if the offender was denied bail primarily on the basis of a prior conviction as certified under s. 515(9.1)*, or if the offender’s bail was revoked under s. 524(4) or (8) of the *Code*.

[10] These provisions are found in ss. 719(3) and 719(3.1) of the *Criminal Code*:

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence but the court shall limit any credit for that time to a maximum of one day for each day spent in custody.

(3.1) Despite subsection (3), if the circumstances justify it, the maximum is one and one-half days for each day spent in custody unless the reason for detaining the person in custody was stated in the record under subsection 515(9.1) or the person was detained in custody under subsection 524(4) or (8).

This appeal is concerned only with the underlined portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code*.

[11] The denial of enhanced credit in s. 719(3.1) relevant here is triggered by an endorsement made by a bail judge under s. 515(9.1) of the *Criminal Code*:

(9.1) Despite subsection (9), if the justice orders that the accused be detained in custody primarily because of a previous conviction of the accused, the justice shall state that reason, in writing, in the record.

[12] No one disputes that a s. 515(9.1) endorsement is, in some circumstances, unreviewable. The review provisions of the *Criminal Code*, ss. 520(1) and 521(1), do not refer to endorsements under s. 515(9.1). In oral argument, the Crown took the position that if a reviewing judge vacates an accused’s detention order, the endorsement is also necessarily vacated. As a matter of statutory interpretation, it is not obvious that this is so. In any event, the Crown

détention présentencielle, « si les circonstances le justifient » et (3) *que le crédit ne puisse dépasser un jour (ce qui équivaut à supprimer toute majoration) lorsque le délinquant se voit refuser sa mise en liberté sous caution principalement en raison d’une condamnation antérieure selon l’attestation prévue au par. 515(9.1)*, ou que sa mise en liberté est révoquée en application des par. 524(4) ou (8) du *Code*.

[10] Les dispositions en cause sont les par. 719(3) et (3.1) du *Code criminel* :

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d’une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l’infraction; il doit, le cas échéant, restreindre le temps alloué pour cette période à un maximum d’un jour pour chaque jour passé sous garde.

(3.1) Malgré le paragraphe (3), si les circonstances le justifient, le maximum est d’un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, sauf dans le cas où la personne a été détenue pour le motif inscrit au dossier de l’instance en application du paragraphe 515(9.1) ou au titre de l’ordonnance rendue en application des paragraphes 524(4) ou (8).

Le pourvoi ne vise que la partie soulignée de ce dernier paragraphe.

[11] L’exclusion du crédit majoré visée en l’espèce intervient en application du par. 719(3.1) lorsque le dossier de l’instance renferme l’inscription du juge que prévoit le par. 515(9.1) du *Code criminel* :

(9.1) Malgré le paragraphe (9), si le juge de paix ordonne la détention sous garde du prévenu en se fondant principalement sur toute condamnation antérieure, il est tenu d’inscrire ce motif au dossier de l’instance.

[12] Nul ne conteste que, dans certaines situations, l’inscription prévue au par. 515(9.1) est insusceptible de révision. Les dispositions du *Code criminel* relatives à la révision — les par. 520(1) et 521(1) — ne font pas mention de cette inscription. Dans sa plaidoirie, le ministère public a soutenu que lorsqu’un juge de révision annule l’ordonnance de détention, l’inscription est elle aussi forcément annulée. Or, selon les règles d’interprétation législative, ce n’est

concedes that a s. 515(9.1) endorsement is unreviewable where the reviewing judge determines that an accused's detention is justified, even if the reviewing judge believes that the bail judge erred in making the endorsement. Nor, it appears, would the sentencing judge have discretion to vacate an endorsement based, for example, on a clerical error, or on a conviction that was later reversed.

IV. Judicial History

[13] At his bail hearing, Mr. Safarzadeh-Markhali consented to detention pending trial and argued that the bail judge should therefore not make a s. 515(9.1) endorsement. The judge rejected this argument and concluded that an endorsement was required. This made Mr. Safarzadeh-Markhali ineligible for enhanced credit for pre-sentence custody.

[14] Mr. Safarzadeh-Markhali was tried on June 14 and 17, 2011, and convicted on July 28, 2011. His sentencing was initially scheduled for December 9, 2011, but on December 1, newly retained counsel learned of the endorsement, and brought an application asserting that s. 719(3.1) of the *Criminal Code* violates s. 7 of the *Charter*.

[15] The sentencing judge, Block J., found the restrictions on enhanced credit in s. 719(3.1) of the *Criminal Code* unconstitutional, and credited Mr. Safarzadeh-Markhali with 31 months of pre-sentence custody based on a rate of one and a half for one, to be deducted from his sentence of six years (2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32). He held that the purposes of the statute that added s. 719(3.1) to the *Code*, the *Truth in Sentencing Act*, are to repress manipulation of pre-sentence custody to achieve a lower sentence than would otherwise be served, and to provide transparency in this aspect of the sentencing process. He went on to hold that s. 719(3.1): (1) problematically binds the discretion

pas manifestement le cas. Le ministère public reconnaît de toute manière que l'inscription prévue au par. 515(9.1) est insusceptible de révision lorsque le juge de révision conclut que la détention est justifiée, et ce, même s'il est d'avis que le juge qui a présidé l'enquête sur la mise en liberté sous caution a eu tort d'inscrire un motif. Il appert en outre que le juge appelé à déterminer la peine ne possède pas non plus un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'annuler une inscription imputable, par exemple, à une erreur d'écriture ou à une déclaration de culpabilité ultérieurement infirmée.

IV. Historique judiciaire

[13] À l'enquête sur sa mise en liberté sous caution, M. Safarzadeh-Markhali a consenti à demeurer sous garde jusqu'à l'issue de son procès et a fait valoir que nulle inscription ne devait donc figurer à son dossier en application du par. 515(9.1). La juge a rejeté la prétention et conclu qu'une inscription était requise. Le motif alors inscrit au dossier a rendu M. Safarzadeh-Markhali inadmissible à un crédit majoré pour détention présentencielle.

[14] M. Safarzadeh-Markhali a subi son procès les 14 et 17 juin 2011, puis il a été déclaré coupable le 28 juillet 2011. Sa peine devait initialement être prononcée le 9 décembre 2011, mais le 1^{er} décembre, son nouvel avocat a pris connaissance de l'inscription au dossier et a présenté une demande dans laquelle il soutenait que le par. 719(3.1) du *Code criminel* violait l'art. 7 de la *Charte*.

[15] Chargé de la détermination de la peine, le juge Block conclut à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du crédit majoré prévue au par. 719(3.1) du *Code criminel* et alloue à M. Safarzadeh-Markhali 31 mois de crédit pour détention présentencielle, soit un jour et demi pour chaque jour passé sous garde, à déduire de sa peine de six ans d'emprisonnement (2012 ONCJ 494, 265 C.R.R. (2d) 32). Il statue que la loi portant adjonction du par. 719(3.1) au *Code* — la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* — a pour objectifs d'empêcher le délinquant de manipuler le crédit pour détention présentencielle afin de purger une peine moindre que celle qu'il purgerait autrement et de rendre plus transparent ce volet du

of the sentencing judge; (2) has a disproportionate effect on equally placed offenders; (3) creates arbitrariness because the deprivation of liberty effected has no rational connection to either of the statute's stated aims; (4) leads to double-counting and double penalization; (5) improperly lowers the burden of proof for sentencing; and (6) has the oblique purpose of increasing sentences outside the sentencing process.

[16] The Court of Appeal (Rosenberg, Watt and Strathy J.J.A. (now Strathy C.J.O.)) agreed that the challenged portion of s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 of the *Charter* (2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97). While it is open to Parliament to set markers to guide judges in sentencing, Strathy J.A. concluded that restricting credit for time served to a one-for-one ratio in this manner infringes s. 7, because it deprives affected persons of liberty in a manner inconsistent with the principle of proportionality in sentencing. This principle, which Strathy J.A. identified as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, prevents Parliament from making sentencing contingent on factors unrelated to the determination of a fit sentence. The challenged provision offends that principle because it subjects identically placed offenders to periods of incarceration of varying lengths for irrelevant reasons. Increasing the custodial terms of repeat offenders may be an appropriate objective. Strathy J.A. found, however, that Parliament's attempt to give effect to that objective through ss. 515(9.1) and 719(3.1) of the *Criminal Code* misses the mark, and results in unfairness, discrimination, and unjust sentences.

[17] The Court of Appeal held that the breach of s. 7 is not justified as a reasonable measure under s. 1 of the *Charter*. It held that the objectives of the denial of enhanced credit — which, at this stage, Strathy J.A. articulated as preventing manipulation of credit for pre-sentence custody and enhancing public safety by increasing the likelihood that repeat

processus de détermination de la peine. Il conclut par ailleurs que le par. 719(3.1) (1) limite indûment le pouvoir discrétionnaire du juge appelé à déterminer la peine, (2) a un effet disproportionné sur certains délinquants comparativement à d'autres dont la situation est identique, (3) crée de l'arbitraire, l'atteinte à la liberté n'ayant aucun lien rationnel avec l'un ou l'autre des objectifs déclarés de la loi, (4) entraîne une double prise en compte et une double sanction, (5) réduit indûment la charge de la preuve pour les besoins de la détermination de la peine et (6) vise indirectement à accroître les peines en marge du processus menant à leur détermination.

[16] La Cour d'appel (les juges Rosenberg, Watt et Strathy (maintenant Juge en chef de l'Ontario)) convient que la partie contestée du par. 719(3.1) du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte* (2014 ONCA 627, 122 O.R. (3d) 97). Le juge Strathy conclut que même s'il est loisible au législateur d'établir des balises pour guider le juge appelé à déterminer la peine, plafonner ainsi le crédit alloué pour le temps passé sous garde à un jour contre un viole l'art. 7 puisque c'est porter atteinte à la liberté des personnes en cause d'une manière incompatible avec le principe de proportionnalité de la peine. Ce principe, que le juge Strathy assimile à un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*, empêche le législateur de faire reposer l'infliction de la peine sur des considérations étrangères à la détermination d'une juste peine. La disposition contestée contrevient à ce principe en ce qu'elle permet de condamner des délinquants dont les situations sont identiques à des peines d'emprisonnement différentes pour des raisons non valables. Accroître la durée de la détention des récidivistes peut constituer un objectif légitime. Le juge Strathy estime toutefois que la mesure prise par le législateur pour y parvenir, soit l'édiction des par. 515(9.1) et 719(3.1) du *Code criminel*, rate la cible et entraîne iniquité, discrimination et peines injustes.

[17] La Cour d'appel statue que l'atteinte à l'art. 7 n'est pas une mesure raisonnable qui se justifie au regard de l'article premier de la *Charte*. Elle tient pour urgents et réels les objectifs de l'exclusion du crédit majoré — à savoir, selon le juge Strathy, empêcher toute manipulation du crédit pour détention présentencielle et accroître la sûreté publique

offenders and those who breach their bail conditions will serve part of their sentence in post-sentence custody with access to rehabilitative programs unavailable in remand centres — are pressing and substantial. However, the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) of the *Criminal Code* is not rationally connected to these purposes, because it draws distinctions between offenders with criminal records on arbitrary grounds — whether they seek bail and whether, if denied bail, they receive an endorsement under s. 515(9.1) of the *Criminal Code*. Nor does the provision minimally impair the right to liberty, since Parliament could have achieved its objectives through less intrusive measures. Finally, the benefit secured by the provision — keeping some offenders in jail longer and thus increasing their access to rehabilitative programs — is outweighed by the detriment flowing from an artificial distinction that undermines public confidence in the justice system. The court therefore dismissed the Crown's appeal and concluded that the challenged portion of s. 719(3.1) is unconstitutional and of no force and effect.

V. Analysis

[18] The central issue on this appeal is whether s. 719(3.1) of the *Criminal Code* infringes s. 7 of the *Charter*. If it does, we must ask whether the limitation is justified under s. 1 of the *Charter*.

[19] Section 7 of the *Charter* provides the following:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[20] It is clear that s. 719(3.1) limits liberty. Its effect is to require offenders who come within its ambit

en augmentant la probabilité que les récidivistes et ceux qui contreviennent aux conditions de leur mise en liberté sous caution purgent une partie de leur peine d'emprisonnement en ayant accès à des programmes de réadaptation qui ne sont pas offerts dans les centres de détention provisoire. Toutefois, l'exclusion du crédit majoré pour détention pré-sentencielle que prévoit le par. 719(3.1) du *Code criminel* n'a pas de lien rationnel avec ces objectifs puisque la mesure établit des distinctions arbitraires entre les délinquants qui ont un casier judiciaire, à savoir entre ceux qui demandent leur mise en liberté sous caution et ceux qui ne la demandent pas et, lorsque la mise en liberté sous caution leur est refusée, entre ceux dont le dossier renferme l'inscription prévue au par. 515(9.1) du *Code criminel* et ceux dont le dossier ne la renferme pas. La disposition ne porte pas non plus atteinte le moins possible au droit à la liberté, car le législateur aurait pu atteindre ses objectifs grâce à une mesure moins attentatoire. Enfin, l'avantage que procure la disposition, c'est-à-dire garder certains délinquants en prison plus longtemps et accroître de ce fait leur accès à des programmes de réadaptation, est supplanté par le préjudice issu d'une distinction artificielle qui mine la confiance du public dans le système de justice. La Cour d'appel rejette donc l'appel du ministère public et conclut que la partie contestée du par. 719(3.1) est inconstitutionnelle et inopérante.

V. Analyse

[18] La question principale en l'espèce est celle de savoir si le par. 719(3.1) du *Code criminel* porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'affirmative, nous devons nous demander si l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[19] L'article 7 de la *Charte* dispose :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[20] Le paragraphe 719(3.1) restreint manifestement la liberté. Il oblige le délinquant qui tombe

to serve more time in prison than they would have otherwise. The only issue under s. 7 is whether this deprivation of liberty comports with the principles of fundamental justice.

[21] The Court of Appeal based its analysis on the principle of proportionality in the sentencing process, which it found to be a principle of fundamental justice. The Crown argues that, while proportionality is an important principle of sentencing, it should not be treated as a principle of fundamental justice under s. 7. I agree with the Crown. Proportionality in the sentencing process, as distinct from the well-accepted principle of gross disproportionality under s. 7, is not a principle of fundamental justice.

[22] However, I conclude that the portion of the *Truth in Sentencing Act* challenged in this appeal — the denial of any enhanced credit for pre-sentence custody to persons to whom bail is denied primarily because of a prior conviction — violates s. 7 of the *Charter* for another reason: it is overbroad. Laws that curtail liberty in a way that is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate do not conform to the principles of fundamental justice: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 105. Mr. Safarzadeh-Markhali contends that the challenged provision violates all three of these principles. For the reasons that follow, I conclude that the challenged law is unconstitutionally overbroad, because its effect is to deprive some persons of liberty for reasons unrelated to its purpose. This conclusion makes it unnecessary to address whether the law is arbitrary or grossly disproportionate.

[23] The first step in the overbreadth analysis is to ascertain the purpose of the law. I turn to that now.

sous le coup de son libellé à purger une peine d'emprisonnement plus longue que celle qu'il aurait purgée autrement. La seule chose qu'il faut se demander pour l'application de l'art. 7 est si cette atteinte à la liberté respecte les principes de justice fondamentale.

[21] La Cour d'appel appuie son analyse sur le principe de proportionnalité dans le processus de détermination de la peine, un principe qui constitue selon elle un principe de justice fondamentale. Selon le ministère public, bien que la proportionnalité soit un principe important en matière de détermination de la peine, on ne doit pas y voir un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7. Je conviens avec lui que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine, qui se distingue du principe bien établi de la disproportion exagérée pour les besoins de l'art. 7, ne constitue pas un principe de justice fondamentale.

[22] J'arrive cependant à la conclusion que la partie de la *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* qui est contestée en l'espèce — celle qui exclut le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas d'un accusé qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure — porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* sous un autre rapport, celui de la portée excessive. La règle de droit qui limite la liberté de manière arbitraire, trop générale ou exagérément disproportionnée ne respecte pas les principes de justice fondamentale (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 105). M. Safarzadeh-Markhali prétend que la disposition attaquée viole ces principes sous les trois rapports. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la disposition est inconstitutionnelle du fait de sa portée excessive, car elle porte atteinte à la liberté de certaines personnes pour des raisons qui sont étrangères à son objectif. Ma conclusion rend inutile l'examen du caractère éventuellement arbitraire ou exagérément disproportionné de la disposition.

[23] La première mesure à prendre pour se prononcer sur la portée excessive est de circonscrire l'objectif de la règle de droit, ce que je fais ci-après.

A. *The Purpose of Section 719(3.1)*

[24] Whether a law is overbroad within the meaning of s. 7 turns on the relationship between the law's purpose and its effect: *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 24. It is critically important, therefore, to identify the purpose of the challenged law at the outset of the s. 7 inquiry.

[25] *Moriarity* summarizes the considerations that guide the task of properly characterizing Parliament's purpose in a s. 7 analysis into overbreadth.

[26] First, the law's purpose is distinct from the means used to achieve that purpose: *Moriarity*, at para. 27. A law's means may be helpful in determining its objective, but the two must be treated separately.

[27] Second, the law's purpose should be characterized at the appropriate level of generality, which "resides between the statement of an 'animating social value' — which is too general — and a narrow articulation" that amounts to a virtual repetition of the challenged provision, divorced from its context: *Moriarity*, at para. 28.

[28] Third, the statement of purpose should be both precise and succinct: *Moriarity*, at para. 29. Precision requires that courts focus on the purpose of the particular statutory provision subject to constitutional challenge: *ibid.*; see also *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144.

[29] Fourth, the analysis is not concerned with the appropriateness of the legislative purpose. The court must take the legislative objective "at face value" and assume that it is appropriate and lawful: *Moriarity*, at para. 30. The appropriateness of a legislative objective may be relevant to its constitutionality under other *Charter* provisions. But it has no place in the s. 7 analysis of overbreadth.

A. *L'objectif du par. 719(3.1)*

[24] La portée excessive au regard de l'art. 7 tient au lien entre l'objectif de la règle de droit et son effet (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 24). Il est donc crucial de déterminer l'objectif de la règle de droit attaquée au début de l'analyse effectuée en fonction de l'art. 7.

[25] L'arrêt *Moriarity* résume les considérations qui permettent de bien qualifier l'objectif du législateur pour les besoins de l'analyse relative à la portée excessive au regard de l'art. 7.

[26] Premièrement, il ne faut pas confondre l'objectif et le moyen retenu pour l'atteindre (*Moriarity*, par. 27). Le moyen choisi par le législateur peut servir à déterminer l'objectif, mais les deux doivent être considérés séparément.

[27] Deuxièmement, l'objectif de la règle de droit doit être qualifié en fonction du bon degré de généralité, lequel « se situe [. . .] entre la mention d'une "valeur sociale directrice" — énoncé trop général — et une formulation restrictive » équivalant à la quasi-répétition de la disposition contestée dissociée de son contexte (*Moriarity*, par. 28).

[28] Troisièmement, l'énoncé de l'objectif doit être à la fois succinct et précis (*Moriarity*, par. 29). La précision exige que le tribunal s'attache à l'objectif de la disposition législative particulière que vise la contestation constitutionnelle (*ibid.*; voir également *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144).

[29] Quatrièmement, l'analyse ne se soucie pas du caractère approprié de l'objectif législatif. Le tribunal doit considérer ce dernier « comme valide » et supposer qu'il est approprié et légitime (*Moriarity*, par. 30). Le caractère approprié de l'objectif législatif peut être pertinent quant à la constitutionnalité de la disposition au regard d'autres dispositions de la *Charte*. Toutefois, il n'a rien à voir avec l'analyse de la portée excessive effectuée en fonction de l'art. 7.

[30] With these propositions in mind, I turn to the task at hand: to formulate a statement of purpose for s. 719(3.1)'s denial of enhanced credit to persons denied bail primarily because of a prior conviction.

[31] To determine a law's purpose for a s. 7 overbreadth analysis, courts look to (1) statements of purpose in the legislation, if any; (2) the text, context, and scheme of the legislation; and (3) extrinsic evidence such as legislative history and evolution: *Moriarity*, at para. 31.

[32] The first source of purpose is statements of purpose in the legislation. The *Truth in Sentencing Act* does not contain explicit statements of legislative purpose. The title of the statute suggests that the evil to which it is directed is opacity in the sentencing process. Beyond this, however, the statute is silent as to its purposes. More to the point, it contains no explicit statement of the specific purpose of denying enhanced credit to offenders denied bail primarily on the basis of a prior conviction.

[33] I turn next to the text, context and scheme of the legislation. These provide the contextual matrix in which the challenged portion of s. 719(3.1)'s denial of enhanced credit is embedded.

[34] Part of the contextual matrix is this Court's decision in *Summers*, which considered, as a matter of statutory interpretation, the one-and-a-half-for-one cap on enhanced credit for pre-sentence custody. The Court there said that the broad purposes of the legislative scheme were to enhance public confidence in the justice system and make the process of granting enhanced credit more transparent: *Summers*, at paras. 52-53. *Summers* suggests a broad over-arching purpose for the 1.5:1 limit on enhanced

[30] Au vu de ces considérations, je m'attelle à la tâche qui m'incombe, soit cerner l'objectif de l'exclusion au par. 719(3.1) du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas d'une personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure.

[31] Lorsqu'il s'agit de déterminer l'objectif de la règle de droit sous le rapport de la portée excessive pour les besoins de l'art. 7, le tribunal considère (1) son énoncé dans le texte de loi, s'il en est, (2) le texte, le contexte et l'économie de la loi et (3) des éléments de preuve extrinsèques tels que l'historique du texte de loi et son évolution (*Moriarity*, par. 31).

[32] Le premier élément susceptible de nous éclairer réside dans l'énoncé de l'objectif par le législateur. La *Loi sur l'adéquation de la peine et du crime* ne renferme aucun exposé explicite de l'objectif législatif. L'intitulé de sa version anglaise (*Truth in Sentencing Act*) donne à penser que le mal auquel on entend remédier est l'opacité du processus de détermination de la peine. Hormis cet indice, la loi demeure muette sur ses objectifs. Plus précisément, elle n'énonce pas explicitement l'objectif particulier de l'exclusion du crédit majoré dans le cas du délinquant qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure.

[33] Passons en deuxième lieu au texte, au contexte et à l'économie de la loi, des éléments qui forment le cadre contextuel dans lequel se situe la partie contestée du par. 719(3.1) portant exclusion du crédit majoré.

[34] Une partie du cadre contextuel correspond à *Summers*, un arrêt dans lequel la Cour se penche, sous l'angle de l'interprétation législative, sur le plafonnement du crédit majoré pour détention présentencielle à un jour et demi contre un. Dans cet arrêt, la Cour dit que les grands objectifs du régime législatif sont d'accroître la confiance du public dans le système de justice et la transparence du processus d'octroi d'un crédit majoré (*Summers*, par. 52-53). Elle laisse entendre que, de manière

credit for pre-sentence custody — enhancing confidence in the justice system. This purpose is pitched at a high level of generality and underlies the other objectives of the scheme and the challenged provision. In the words of *Moriarity*, enhancing confidence in the justice system is more of an “animating social value” than a statement of purpose.

[35] Turning to the text of the provision, s. 515(9.1) of the *Criminal Code* requires a bail justice to make a written endorsement if the accused is detained “primarily because of a previous conviction”. The language in this section is very broad. A lengthy record is not necessary, nor is a particular type of conviction required. Any previous conviction could theoretically lead to an endorsement. Section 515(9.1) tells justices only that they must make the endorsement if detention is ordered “primarily” for this reason. In short, the breadth of the section does not provide much guidance in determining Parliament’s purpose, beyond indicating that Parliament intended to target accused persons with criminal records.

[36] This brings us to the third source of legislative purpose — extrinsic evidence of legislative history and evolution. We have little evidence of the legislative evolution of the challenged provision. However, we do have the statements of the Minister who introduced it. Statements of purpose in the legislative record may be rhetorical and imprecise. Yet providing information and explanations of proposed legislation is an important ministerial responsibility, and courts rightly look to it in determining the purpose of a challenged provision.

[37] In presenting the *Truth in Sentencing Act* to Parliament and the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, the Minister of Justice explained that denial of enhanced

générale, le plafonnement de la majoration à un jour et demi contre un vise surtout à accroître la confiance du public dans le système de justice. Cet objectif atteint un degré élevé de généralité et sous-tend les autres objectifs du régime et de la disposition contestée. Pour reprendre les termes employés dans *Moriarity*, accroître la confiance dans le système de justice constitue davantage une « valeur sociale directrice » qu’un énoncé de l’objectif poursuivi.

[35] En ce qui concerne le texte de la disposition, le par. 515(9.1) du *Code criminel* exige du juge qui préside l’enquête sur la mise en liberté sous caution qu’il inscrive au dossier de l’instance, le cas échéant, qu’il ordonne la détention de l’accusé « en se fondant principalement sur toute condamnation antérieure ». La formulation est très générale. Nul besoin d’un lourd casier judiciaire ou d’un type de condamnation en particulier. Théoriquement, toute condamnation antérieure peut mener à l’inscription. Le paragraphe 515(9.1) dit seulement qu’il doit y avoir inscription lorsque le juge ordonne la détention « principalement » pour ce motif. En bref, la portée de la disposition ne permet pas vraiment de cerner l’objectif du législateur, si ce n’est l’intention de viser les personnes qui possèdent un casier judiciaire.

[36] Examinons en troisième lieu les éléments de preuve extrinsèques que sont l’historique législatif de la règle de droit et son évolution. Peu d’éléments attestent l’évolution législative de la disposition contestée. Nous disposons toutefois des déclarations du ministre qui est à l’origine de la présentation à la Chambre des communes. Dans un dossier législatif, l’énoncé de l’objectif peut se révéler rhétorique et imprécis. Néanmoins, la communication de données et d’explications sur une mesure législative proposée correspond à une responsabilité ministérielle importante, et les tribunaux tiennent compte à bon droit de cette information pour cerner l’objectif d’une disposition contestée.

[37] Dans sa présentation de la *Loi sur l’adéquation de la peine et du crime* au Parlement et au Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes, le ministre de la

credit was aimed at promoting public safety and public confidence in the justice system, by imposing longer sentences on violent and repeat offenders and increasing their exposure to rehabilitative programming. He said:

The practice of awarding generous credit erodes public confidence in the integrity of the justice system. It also undermines the commitment of the government to enhance the safety and security of Canadians by keeping violent or repeat offenders in custody for longer periods. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 144, No. 41, 2nd Sess., 40th Parl., April 20, 2009 (“*Debates*”), at p. 2418)

The Minister’s reference to “violent or repeat offenders” suggests that the challenged provision is targeted at two groups: (1) dangerous persons, who have committed crimes of violence or threatened violence; and (2) chronic offenders, whether convicted of violent crimes or not.

[38] The Minister also linked longer periods in custody to rehabilitation:

As a result of [the challenged provision], a greater number of offenders would now serve a federal sentence of two or more years, and there will be an increased number of federal offenders spending time in federal custody.

This time [in] the federal system will present the opportunity for longer-term programming that may have a positive effect on the offender. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009 (“*Evidence*”), at pp. 11-12)

[39] The Minister referred to other goals. One was the goal of adequate or fit punishment, in a retributive sense. On this, he said:

Justice explique que l’exclusion du crédit majoré vise à promouvoir la sûreté publique et la confiance des citoyens dans le système de justice par l’infliction de peines d’une durée accrue aux criminels violents et aux récidivistes et par l’accroissement de l’accès de ces derniers à des programmes de réadaptation. Voici ce qu’il dit :

La pratique des crédits généreux mine la confiance du public dans l’intégrité du système de justice. Elle porte également atteinte à l’engagement que le gouvernement a pris en faveur de l’accroissement de la sécurité des Canadiens par le maintien en détention pendant plus longtemps des criminels violents et des récidivistes. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 144, n° 41, 2^e sess., 40^e lég., 20 avril 2009 (« *Débats* »), p. 2418)

L’emploi par le ministre des termes « criminels violents » et « récidivistes » donne à penser que la disposition attaquée vise deux groupes, soit (1) les personnes dangereuses, celles qui ont commis des crimes de violence ou proféré des menaces de violence, et (2) les délinquants chroniques, qu’ils aient été condamnés pour des crimes de violence ou non.

[38] Le ministre fait aussi le lien entre des peines d’emprisonnement d’une durée accrue et la réadaptation :

Par suite de [l’adoption de la disposition contestée], un plus grand nombre de délinquants devront désormais purger une peine fédérale de deux ans et plus, si bien qu’il y aura davantage de détenus purgeant une peine dans un établissement correctionnel fédéral.

À ce moment-là, le système fédéral offrira aux détenus l’occasion de profiter de programmes de plus longue durée qui peuvent avoir une incidence positive sur leur comportement. [Je souligne.]

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 20, 2^e sess., 40^e lég., 6 mai 2009 (« *Témoignages* »), p. 11-12)

[39] Le ministre renvoie à d’autres objectifs, dont celui, d’ordre punitif, d’infliger une peine adéquate ou juste. Il dit ce qui suit à ce sujet :

Not only does [enhanced credit] deprive offenders of the prison programs that might help to keep them out of jail in the future, it also fails to punish them adequately for the deeds that led to their convictions in the first place. [Emphasis added.]

(*Debates*, at p. 2418)

[40] The Minister coupled the desire for adequate punishment with the idea that enhanced credit gives repeat offenders a “benefit” they do not deserve: “You shouldn’t get any benefit for being detained if there are legitimate reasons for you not to make bail” (*Evidence*, at p. 15). Although the Minister erred in characterizing enhanced credit as a “benefit” (see *Summers*, at paras. 23-27), it is clear that he wanted to ensure “adequate” periods of incarceration for repeat offenders — a “final sentence [that] reflects the seriousness of the crime”: *Evidence*, at p. 11.

[41] Do the Minister’s comments on achieving adequate sentences for repeat offenders reflect the central purpose of denying any enhanced credit for pre-sentence custody to offenders denied bail because of a prior conviction? I think not. Those comments must be considered in context. The weight of the legislative record suggests that the challenged provision was geared towards promoting public safety and security, not retribution. Achieving adequate punishment is not, in the s. 7 analysis, a purpose of the challenged provision.

[42] Finally, the Minister referred to the goals of making the system more transparent and preventing offenders from manipulating the system: see e.g. *Debates*, at p. 2417. Once again, it is difficult to see these goals as the purpose of a total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to persons denied bail primarily because of a prior conviction.

[43] The challenged provision — the denial of enhanced credit to repeat offenders who receive a s. 515(9.1) endorsement — is difficult to relate

Non seulement [l’octroi d’un crédit majoré] prive les délinquants de programmes qui pourraient les aider à éviter la prison par la suite, mais [il] ne les punit pas adéquatement pour leurs méfaits. [Je souligne.]

(*Débats*, p. 2418)

[40] Le ministre arrime la volonté d’une sanction adéquate à l’idée que le crédit majoré confère au récidiviste un « avantage » auquel il n’a pas droit : « Il ne faut pas que le fait de ne pas accorder la mise en liberté sous caution à un détenu, s’il y a des raisons légitimes de [ne pas] le faire, se transforme pour cette personne en un avantage de demeurer en détention » (*Témoignages*, p. 15). Même si le ministre a tort de qualifier le crédit majoré d’« avantage » (voir *Summers*, par. 23-27), son objectif est manifestement de faire en sorte qu’un récidiviste purge une peine d’emprisonnement « adéquate », qu’il y ait donc « adéquation de la peine infligée et de la gravité du crime » (*Témoignages*, p. 11).

[41] Les déclarations du ministre sur l’infliction de peines adéquates aux récidivistes reflètent-elles l’objectif premier d’exclure le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des récidivistes qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution à cause d’une condamnation antérieure? Je ne le crois pas. Il faut considérer les déclarations dans leur contexte. Il appert du dossier législatif que la disposition contestée a pour objet de favoriser la sûreté et la sécurité publiques, non de punir. Pour les besoins de l’art. 7, l’infliction d’une peine adéquate ne constitue pas un objectif de la disposition contestée.

[42] Enfin, le ministre mentionne l’objectif d’accroître la transparence du système et celui d’empêcher sa manipulation par les délinquants (voir p. ex. *Débats*, p. 2417). Là encore, il est difficile de voir dans ces deux objectifs celui d’exclure totalement le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des personnes qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d’une condamnation antérieure.

[43] La disposition attaquée, qui exclut la majoration du crédit dans le cas du récidiviste qui fait l’objet de l’inscription prévue au par. 515(9.1), peut

to a desire to make the system clearer or easier to understand. While requiring a bail judge to make a written notation that the primary basis for denying bail is a prior conviction may enhance transparency in the bail system, it cannot be said that the actual deprivation of liberty imposed by s. 719(3.1) seeks to further transparency.

[44] Similarly, the challenged provision, by its words and how it operates, is not directed at preventing offenders' manipulation of the system. The Minister expressed concern that under the old system, offenders were prolonging pre-sentence custody to take advantage of enhanced credit that would shorten their total time in custody. While this goal is reflected in the one-and-a-half-for-one cap on enhanced credit, which removes the incentive to extend the period of pre-sentence custody, it is not related to the challenged provision.

[45] In summary, examined in the light of *Moriarity*, the text, context and scheme of the legislation, coupled with the Minister's statements of purpose, lead me to the following conclusions.

[46] First, the *animating social value* behind the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) is enhancing public confidence in the justice system.

[47] Second, the *legislative purpose* of the total denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail because of a prior conviction is *to enhance public safety and security by increasing violent and chronic offenders' access to rehabilitation programs*. To be sure, the Minister referred to other legislative purposes — providing adequate punishment, increasing transparency in the pre-sentence credit system, and reducing manipulation. But these are peripheral, for the reasons discussed above.

difficilement se rattacher à la volonté d'une clarté ou d'une compréhension accrues du système. Même si exiger du juge qui préside l'enquête sur la mise en liberté sous caution qu'il indique par écrit que la principale raison du refus de la mise en liberté sous caution est l'existence d'une condamnation antérieure peut accroître la transparence du système de mise en liberté sous caution, on ne saurait prétendre que l'atteinte concrète à la liberté qui résulte du par. 719(3.1) vise à favoriser la transparence.

[44] Aussi, de par son libellé et la manière dont elle s'applique, la disposition en cause n'a pas pour objet d'empêcher la manipulation du système par les délinquants. Le ministre déplore que, dans le cadre du régime antérieur, les délinquants prolongeaient leur détention présentencielle afin de tirer avantage du crédit majoré qui écourtait la durée totale de leur séjour en prison. L'objectif de colmater cette faille se concilie certes avec le plafonnement de la majoration du crédit à un jour et demi contre un, une mesure qui n'encourage plus l'allongement de la détention présentencielle, mais il est sans lien avec la disposition contestée.

[45] En résumé, au vu de l'arrêt *Moriarity*, le texte, le contexte et l'économie de la loi, de pair avec les déclarations du ministre sur son objectif, me font tirer les conclusions suivantes.

[46] Premièrement, la *valeur sociale directrice* derrière l'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle que prévoit le par. 719(3.1) est l'accroissement de la confiance du public dans le système de justice.

[47] Deuxièmement, l'*objectif législatif* de cette exclusion totale dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution en raison d'une condamnation antérieure est d'*accroître la sûreté et la sécurité publiques en élargissant l'accès des délinquants violents et chroniques à des programmes de réadaptation*. Le ministre invoque certes d'autres objectifs législatifs — punir adéquatement, accroître la transparence du système de crédit pour détention présentencielle et diminuer la manipulation —, mais pour les motifs qui précèdent, ces objectifs revêtent un caractère accessoire.

[48] Third, the *means* for achieving the purpose of enhancing public safety and security is the challenged provision itself — the denial of enhanced credit for pre-sentence custody to persons refused bail primarily on the basis of their existing criminal record.

[49] Finally, the *effect* of the provision is to impose longer periods of custody on all persons who receive an endorsement indicating they were denied bail primarily on the basis of a previous conviction.

B. *Is the Law Overbroad?*

[50] It is a principle of fundamental justice that a law that deprives a person of life, liberty, or security of the person must not do so in a way that is overbroad. In other words, the law must not go further than reasonably necessary to achieve its legislative goals: *Bedford*, at para. 101.

[51] The Court explained the substance of the principle against overbreadth in *Bedford*, at paras. 112-13:

Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. . . .

Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an

[48] Troisièmement, le *moyen* retenu pour atteindre l'objectif d'accroître la sûreté et la sécurité publiques correspond à la disposition contestée comme telle, qui exclut le crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas de la personne qui se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement parce qu'elle possède un casier judiciaire.

[49] Enfin, la disposition a pour *effet* de prévoir une période de détention d'une durée accrue dans le cas de toute personne dont le dossier de l'instance renferme une inscription selon laquelle la mise en liberté sous caution lui est refusée principalement en raison d'une condamnation antérieure.

B. *La règle de droit a-t-elle une portée excessive?*

[50] Il est un principe de justice fondamentale selon lequel la disposition qui porte atteinte au droit d'une personne à la vie, à la liberté ou à la sécurité ne doit pas le faire de manière excessive. En d'autres termes, elle doit s'en tenir à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs législatifs (*Bedford*, par. 101).

[51] Dans *Bedford*, la Cour définit la notion de portée excessive (par. 112-113) :

Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certain*s actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certain*s de ses effets, mais pas tous. . . .

L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur

overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*. [Underlining added.]

[52] The denial of enhanced credit for presentence custody to offenders who are denied bail primarily because of a prior conviction is overbroad because it catches people in ways that have nothing to do with enhancing public safety and security.

[53] First, the provision's ambit captures people it was not intended to capture: offenders who do not pose a threat to public safety or security. Section 515(9.1) is broadly worded. It catches any person denied bail primarily for a criminal record, without specifying or even broadly identifying the nature or number of offences that would warrant a s. 515(9.1) endorsement. The section may therefore ensnare persons whose imprisonment does not advance the purpose of the law. For example, a person with two or three convictions for failing to appear in court might be subject to a s. 515(9.1) endorsement, even though he or she did not pose any real threat to public safety or security. And even if such a person receives greater access to rehabilitative programming and benefits from it, the consequence is not necessarily to improve public safety and security. In short, a s. 515(9.1) endorsement is an inexact proxy for the danger that an offender poses to public safety and security. The Crown says the law casts the net broadly because targeting all offenders with a criminal record is a more practical option than attempting to identify only offenders who pose a risk to public safety and security. But practicality is no answer to a charge of overbreadth under s. 7: *Bedford*, at para. 113.

[54] Second, regardless of the types of offenders the challenged provision was meant to capture,

l'intéressé. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*. [Je souligne.]

[52] L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a une portée excessive parce qu'elle s'applique selon des modalités qui n'ont rien à voir avec l'accroissement de la sûreté et de la sécurité publiques.

[53] Premièrement, la disposition s'applique à des personnes auxquelles elle n'est pas censée s'appliquer, soit les délinquants qui ne constituent pas une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Le paragraphe 515(9.1) est libellé de manière générale. Il vise quiconque se voit refuser la mise en liberté sous caution principalement en raison de son casier judiciaire sans préciser ni même indiquer en gros la nature ou le nombre des infractions qui justifient l'inscription. La disposition peut donc s'appliquer à des personnes dont l'emprisonnement ne contribue pas à la réalisation de l'objectif législatif. À titre d'exemple, une personne condamnée deux ou trois fois pour omission de se présenter devant le tribunal peut faire l'objet de l'inscription prévue au par. 515(9.1) même si elle ne constitue pas vraiment une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Et même si la personne bénéficie alors d'un plus grand accès à des programmes de réadaptation et en retire des avantages, la sûreté et la sécurité publiques n'en sont pas nécessairement accrues pour autant. En résumé, l'inscription prévue au par. 515(9.1) constitue un indicateur erroné du danger que présente un délinquant pour la sûreté et la sécurité publiques. Le ministère public soutient que la disposition ratisse large parce qu'il est plus pratique de viser tous les délinquants qui possèdent un casier judiciaire que les seuls délinquants qui constituent une menace pour la sûreté et la sécurité publiques. Or, le caractère pratique d'une mesure ne permet pas de réfuter une allégation de portée excessive fondée sur l'art. 7 (*Bedford*, par. 113).

[54] Deuxièmement, peu importe les catégories de délinquants auxquelles elle est censée s'appliquer,

the provision suffers from overbreadth because, as the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario) notes, the limited availability of judicial review means that persons wrongly tagged with an endorsement will be without recourse to have the error remedied. There is dispute about precisely when if ever review for an endorsement is available. But the Crown concedes that if the reviewing judge finds that the detention order was properly made, he or she is powerless to vacate an endorsement and that the sentencing judge has no choice under the challenged provision but to give effect to an endorsement in computing an offender's sentence. This absence of review and discretion renders the challenged provision overbroad for at least two categories of individuals: (1) persons who erroneously received the endorsement because their detention is not warranted primarily because of their criminal record, and (2) persons who, during the period between the bail hearing and sentencing, successfully appeal the conviction that drew the endorsement. In both cases, the effect of the provision is to strip persons of liberty even though their detention does not obviously advance public safety and security.

[55] I conclude that the challenged provision seeks to advance the objective of enhancing public safety and security in a manner that is overbroad.

C. *Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

[56] The Crown contends that if the challenged provision violates s. 7 of the *Charter*, the infringement is justified under s. 1. I cannot accept this submission.

[57] It is difficult, but not impossible, to justify a s. 7 violation under s. 1. Laws that deprive individuals of liberty contrary to a principle of fundamental justice are not easily upheld. However, a law may be saved under s. 1 if the state can point to public

la disposition contestée a une portée excessive car, comme le fait observer l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario), en raison de l'accès restreint au recours en révision judiciaire, la personne dont le dossier renferme à tort une inscription est dépourvue de tout recours pour faire corriger l'erreur. On ne s'entend pas sur les cas précis dans lesquels la révision de l'inscription est possible. Le ministère public reconnaît cependant que le tribunal de révision qui conclut à la régularité de l'ordonnance de détention ne peut annuler l'inscription et que le juge qui détermine la peine n'a d'autre choix, en application de la disposition contestée, que de tenir compte de l'inscription dans le calcul de la peine. Cette absence de révision et de pouvoir discrétionnaire fait en sorte que la portée de la disposition contestée est excessive en ce qui concerne au moins deux catégories de personnes. Il y a d'abord celles qui sont victimes d'une inscription erronée en ce que leur détention n'est pas justifiée principalement par l'existence d'un casier judiciaire, puis celles qui, entre l'enquête sur leur mise en liberté sous caution et la détermination de leur peine, obtiennent en appel l'annulation de la déclaration de culpabilité qui a donné lieu à l'inscription. La disposition a pour effet de priver de leur liberté les personnes appartenant à l'une ou l'autre de ces catégories même si leur détention ne favorise pas manifestement la sûreté et la sécurité publiques.

[55] J'arrive à la conclusion que la disposition contestée vise à accroître la sûreté et la sécurité publiques d'une manière qui est excessive.

C. *L'atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[56] Le ministère public soutient que si la disposition contestée contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, l'atteinte est justifiée par application de l'article premier. Je ne peux faire droit à sa prétention.

[57] Il est difficile, mais non impossible, de justifier une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Les tribunaux ne sont pas enclins à valider une disposition qui porte atteinte au droit à la liberté d'une personne au mépris d'un principe de justice

goods or competing social interests that are themselves protected by the *Charter*: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 95. Courts may accord deference to legislatures under s. 1 for breaches of s. 7 where, for example, the law represents a “complex regulatory response” to a social problem: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 37.

[58] An infringement of the *Charter* is justified under s. 1 where the law has a “pressing and substantial object and . . . the means chosen are proportional to that object”: *Carter*, at para. 94. A law is proportionate where the means adopted are rationally connected to the law’s objective, minimally impairing of the right in question, and the law’s salutary effects outweigh its deleterious effects: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[59] The main objective of the challenged provision in this case is, as noted, enhancing public safety and security with longer and more rehabilitative sentences for violent and chronic offenders. This objective is pressing and substantial.

[60] The real issue is whether the means chosen here are proportionate to this objective. For reasons much the same as those discussed in the overbreadth analysis, I conclude that this has not been established.

[61] The challenged provision is rationally connected to its purpose of enhancing public safety and security. The denial of enhanced credit gives rise to longer periods of custody. It is therefore likely to increase the opportunities of some offenders to access rehabilitative programs.

fondamentale. La disposition peut toutefois être sauvegardée par application de l’article premier lorsque l’État peut justifier l’atteinte à la liberté en invoquant l’intérêt public ou des intérêts opposés de la société qui sont eux-mêmes protégés par la *Charte* (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 95). En cas d’atteinte à l’art. 7, les tribunaux peuvent, sur le fondement de l’article premier, faire preuve de déférence vis-à-vis du législateur lorsque, par exemple, la règle de droit en cause constitue une « mesure réglementaire complexe » visant à remédier à un problème social (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 37).

[58] Une disposition attentatoire à la *Charte* est justifiée au regard de l’article premier lorsqu’elle possède un « objet [. . .] urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet » (*Carter*, par. 94). Elle est proportionnelle lorsque les moyens choisis ont un lien rationnel avec son objectif, qu’elle porte atteinte le moins possible au droit en cause et que ses effets bénéfiques l’emportent sur ses effets préjudiciables (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

[59] Le principal objectif de la disposition contestée en l’espèce est, rappelons-le, d’accroître la sûreté et la sécurité publiques par l’infliction de peines d’une durée accrue susceptibles de favoriser la réadaptation des délinquants violents et chroniques. Il s’agit d’un objectif urgent et réel.

[60] Il faut en fait se demander si les moyens choisis sont proportionnés à cet objectif. Pour à peu près les mêmes raisons que celles invoquées relativement à la portée excessive de la disposition, j’estime que cette proportionnalité n’est pas établie.

[61] La disposition contestée a un lien rationnel avec son objectif d’accroître la sûreté et la sécurité publiques. En effet, l’exclusion du crédit majoré entraîne un emprisonnement d’une durée accrue. Elle augmentera donc vraisemblablement la possibilité que certains délinquants aient accès à des programmes de réadaptation.

[62] However, the law is neither minimally impairing nor proportionate in the balance it achieves between salutary and deleterious effects.

[63] To establish minimal impairment, the Crown must show the absence of less drastic means of achieving the objective in a “real and substantial manner”: *Carter*, at para. 102. The Crown has not discharged that burden. Alternative and more reasonable means of achieving its purposes were open to Parliament. Strathy J.A. provided one example — a law requiring the sentencing judge to consider whether to grant enhanced credit for pre-sentence custody based on (i) the offender’s criminal record, (ii) the availability of rehabilitative programs and the desirability of giving the offender access to those programs, and (iii) whether the offender was responsible for prolonging his or her time in pre-sentence custody. Such a regime would achieve the goal of promoting public safety and security through rehabilitation, without catching chronic or other offenders who pose no risk to public safety.

[64] The Crown argues that the provision is reasonably tailored to its objective because it “applies to a relatively narrow class of offenders, focusing on the most serious recidivists”: A.F., at para. 62. But the law plainly does the opposite: it makes any person with a criminal record, even for missed court dates, a potential target for restriction of enhanced credit. In my view, the challenged provision is not minimally impairing of the right to liberty.

[65] Finally, I agree with Court of Appeal that the Crown has failed to establish benefits that outweigh the detrimental effect of the challenged provision on the right to liberty. The benefit to public safety by increasing access to rehabilitation programs is not trivial. But the law’s overbreadth means that offenders who have neither committed violent offences nor present a risk to public safety will be

[62] Toutefois, la disposition ne porte pas atteinte le moins possible au droit en cause et elle n’est pas proportionnée quant au rapport qu’elle établit entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables.

[63] Pour établir que l’atteinte est minimale, le ministère public doit prouver l’absence de moyens moins attentatoires d’atteindre l’objectif de « façon réelle et substantielle » (*Carter*, par. 102). Il ne l’a pas fait. Des moyens différents et plus raisonnables s’offraient pourtant au législateur pour atteindre ses objectifs. Le juge Strathy mentionne, à titre d’exemple, le recours à une disposition exigeant du juge appelé à déterminer la peine qu’il se demande s’il y a lieu d’accorder un crédit majoré pour la détention présentencielle compte tenu (i) du casier judiciaire du délinquant, (ii) de l’existence de programmes de réadaptation, ainsi que de l’opportunité de permettre au délinquant d’y avoir accès, et (iii) du fait que l’allongement de la détention présentencielle est imputable ou non au délinquant. Une telle mesure permettrait d’atteindre l’objectif d’une sûreté et d’une sécurité publiques accrues grâce à la réadaptation, sans toutefois s’appliquer au délinquant chronique ou d’un autre type qui ne présente pas un risque pour la sûreté publique.

[64] Le ministère public prétend que la disposition contestée est raisonnablement adaptée à son objectif en ce qu’elle [TRADUCTION] « vise une catégorie de délinquants relativement étroite, à savoir les récidivistes les plus endurcis » (m.a., par. 62). Or, la disposition fait carrément le contraire : elle est susceptible d’emporter l’exclusion du crédit majoré dans le cas de toute personne qui possède un casier judiciaire, même lorsque c’est seulement pour avoir omis de comparaître en justice à la date prévue. Il ne s’agit pas à mon sens d’une disposition qui porte atteinte le moins possible au droit à la liberté.

[65] En dernier lieu, je conviens avec la Cour d’appel que le ministère public n’a pas fait la preuve d’effets bénéfiques de la disposition contestée qui supplantent son effet préjudiciable sur le droit à la liberté. Les effets bénéfiques sur la sûreté publique qui découlent de l’accès accru des délinquants à des programmes de réadaptation ne sont pas négligeables. Cependant, la portée excessive de la règle

unnecessarily deprived of liberty. The Crown has failed to meet that high bar required to justify such a deprivation.

[66] I conclude that the challenged provision is not saved under s. 1.

D. *The Court of Appeal's Reliance on Proportionality of Process*

[67] The Court of Appeal held that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, and that the denial of enhanced credit for pre-sentence custody in s. 719(3.1) offends that principle. The court erred in doing so. Proportionality in the sentencing process is not a principle of fundamental justice under s. 7.

[68] The content of the principle the Court of Appeal recognized is not entirely clear. Strathy J.A. stated that the principle of proportionality already finds expression in s. 718.1 of the *Criminal Code*: “A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” He also noted that the principle of proportionality “is informed by other sentencing principles in the Code” (para. 77), including the parity principle, found at s. 718.2(b): “a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances”. These statements suggest that the Court of Appeal viewed proportionality in sentencing as a comparative concept, concerned with the relationship between the seriousness of the offence committed and the sentence imposed.

[69] At the same time, Strathy J.A. emphasized that proportionality is about the sentencing process, not its result. As he put it, proportionality in sentencing entitles an offender “to a *process* directed

de droit fait en sorte qu’un délinquant qui n’a pas commis une infraction de violence et qui ne présente pas non plus un risque pour la sûreté publique se voit inutilement privé de liberté. Le ministère public n’a pas franchi le seuil élevé qui permet de justifier l’atteinte au droit à la liberté.

[66] Je conclus que la disposition contestée n’est pas sauvegardée par application de l’article premier.

D. *L’importance accordée par la Cour d’appel à la proportionnalité dans le processus*

[67] La Cour d’appel statue que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte* et que l’exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle que prévoit le par. 719(3.1) est contraire à ce principe. Elle est dans l’erreur. La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine n’équivaut pas à un principe de justice fondamentale pour l’application de l’art. 7.

[68] La teneur du principe reconnu par la Cour d’appel n’est pas parfaitement claire. Le juge Strathy affirme que le principe de proportionnalité se retrouve déjà à l’art. 718.1 du *Code criminel* : « La peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant ». Il ajoute que le principe de proportionnalité [TRADUCTION] « s’applique en fonction d’autres principes de détermination de la peine prévus par le Code » (par. 77), dont celui d’harmonisation énoncé à l’al. 718.2b) : « l’harmonisation des peines, c’est-à-dire l’infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables ». La Cour d’appel paraît ainsi voir dans la proportionnalité de la peine l’idée d’une comparaison qui s’attache au rapport entre la gravité de l’infraction perpétrée et la peine infligée.

[69] En même temps, le juge Strathy précise bien que la proportionnalité s’intéresse au processus de détermination de la peine, non au résultat. Il dit que la proportionnalité confère alors au délinquant le

at crafting a just sentence” and “prevents Parliament from making sentencing contingent on factors unrelated to the determination of a fit sentence”: paras. 82 (emphasis in original) and 85. Proportionality in this sense is more concerned with what considerations properly belong in the sentencing process, and less with the magnitude of the sentence ultimately imposed.

[70] Proportionality in the sense articulated at s. 718.1 of the *Code* — that a sentence be proportionate to the gravity of an offence and an offender’s degree of responsibility — is a fundamental principle of sentencing. As LeBel J. stated for a majority of the Court in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37, proportionality is “the *sine qua non* of a just sanction”. It is grounded in elemental notions of justice and fairness, and is indispensable to the public’s confidence in the justice system. LeBel J. went so far as to opine that “proportionality in sentencing could aptly be described as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*”: para. 36 (emphasis added); see also *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 21. LeBel J. also, however, recognized that the “constitutional dimension” of proportionality in sentencing is the prohibition of grossly disproportionate sentences in s. 12 of the *Charter*: para. 36.

[71] To say that proportionality is a fundamental principle of sentencing is not to say that proportionality in the sentencing process is a principle of fundamental justice for the purpose of determining whether a deprivation of liberty violates s. 7 of the *Charter*, notwithstanding the *obiter* comment of LeBel J. in *Ipeelee*. The principles and purposes for determining a fit sentence, enumerated in s. 718 of the *Criminal Code* and provisions that follow — including the fundamental principle of proportionality in s. 718.1 — do not have constitutional status. Parliament is entitled to modify and abrogate them as it sees fit, subject only to s. 12 of the *Charter*. Parliament can limit a sentencing judge’s ability to

droit [TRANSLATION] « à un *processus* qui est voué au prononcé d’une peine juste » et « empêche le Parlement de faire reposer le prononcé de la peine sur des considérations étrangères à la détermination d’une juste peine » (par. 82 (en italique dans l’original) et 85). Ainsi comprise, la proportionnalité s’intéresse beaucoup aux considérations dûment prises en compte dans le processus et peu à l’importance de la peine finalement infligée.

[70] La proportionnalité au sens entendu à l’art. 718.1 du *Code* — une peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant — constitue un principe fondamental de la détermination de la peine. Comme le dit le juge LeBel au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 37, la proportionnalité représente « la condition *sine qua non* d’une sanction juste ». Elle est enracinée dans les notions élémentaires que sont la justice et l’équité et elle est indispensable à la confiance du public dans le système de justice. Le juge LeBel ajoute même qu’« on peut décrire à juste titre la proportionnalité de la peine comme un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte* » (par. 36 (je souligne); voir également *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 21). Cependant, il reconnaît aussi que la « dimension constitutionnelle » de la proportionnalité de la peine réside dans le fait que l’art. 12 de la *Charte* interdit l’infliction d’une peine qui serait exagérément disproportionnée (par. 36).

[71] Malgré la remarque incidente du juge LeBel dans *Ipeelee*, affirmer que la proportionnalité constitue un principe fondamental de la détermination de la peine n’équivaut pas à affirmer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale pour décider si une atteinte à la liberté contrevient ou non à l’art. 7 la *Charte*. Les principes et les objectifs de la détermination d’une peine juste, énoncés aux art. 718 et suivants du *Code criminel*, y compris le principe fondamental de proportionnalité inscrit à l’art. 718.1, ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. Le législateur peut les modifier et les abroger à son gré, sous réserve du seul respect

impose a fit sentence, but it cannot require a sentencing judge to impose grossly disproportionate punishment. It follows, then, that the Court of Appeal erred in declaring proportionality in the sentencing process to be a principle of fundamental justice under s. 7.

[72] This conclusion accords with precedent. In *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 160, a majority of this Court squarely rejected the proposition that there is “a principle of fundamental justice embedded in s. 7 that would give rise to a constitutional remedy against a punishment that does not infringe s. 12”. The standard imposed by s. 7 with respect to sentencing is the same as it is under s. 12: *gross* disproportionality.

[73] I see no reason to depart from that holding here. Proportionality, as expressed in s. 718.1 of the *Criminal Code*, is a foundational principle of sentencing. But the constitutional standard against which punishment is measured is and remains gross disproportionality. Proportionality in the sentencing process is not a principle of fundamental justice under s. 7.

VI. Conclusion

[74] I would dismiss the Crown’s appeal. The challenged portion of s. 719(3.1) violates s. 7 of the *Charter*, and the Crown has not justified that infringement under s. 1. It is therefore declared to be of no force and effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Appeal dismissed.

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

Solicitors for the respondent: Presser Barristers, Toronto; Timothy J. Lutes, Toronto.

de l’art. 12 de la *Charte*. Il peut restreindre le pouvoir du tribunal d’infliger une peine juste, mais il ne saurait exiger l’imposition d’une peine exagérément disproportionnée. La Cour d’appel a donc eu tort de déclarer que la proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7.

[72] Cette conclusion se concilie avec la jurisprudence. Dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 160, les juges majoritaires de la Cour écartent sans équivoque l’existence d’un « principe de justice fondamentale consacré à l’art. 7 qui donnerait droit à une réparation constitutionnelle lorsqu’une peine ne contrevient pas à l’art. 12 ». La norme qu’impose l’art. 7 au chapitre de la détermination de la peine est la même que pour l’art. 12, c’est-à-dire que la disproportion doit être *exagérée*.

[73] Nul motif ne justifie que l’on se dissocie en l’espèce de cette décision. La proportionnalité dont il est question à l’art. 718.1 du *Code criminel* constitue un principe fondateur de la détermination de la peine. Toutefois, la norme constitutionnelle au regard de laquelle une peine est appréciée est et demeure celle de la disproportion exagérée. La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine ne constitue pas un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7.

VI. Conclusion

[74] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. La partie contestée du par. 719(3.1) contrevient à l’art. 7 de la *Charte*, et le ministère public n’a pas établi que l’atteinte est justifiée au regard de l’article premier. Elle est donc déclarée inopérante suivant l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intimé : Presser Barristers, Toronto; Timothy J. Lutes, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Russel Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Russel Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the intervener the John Howard Society of Canada: Polley Faith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société John Howard du Canada : Polley Faith, Toronto.

Solicitors for the intervener the West Coast Prison Justice Society: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante West Coast Prison Justice Society : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto, Toronto.

World Bank Group *Appellant*

v.

**Kevin Wallace,
Zulfiquar Bhuiyan,
Ramesh Shah,
Mohammad Ismail and
Her Majesty The Queen in Right
of Canada** *Respondents*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Transparency International Canada Inc.,
Transparency International e.V.,
British Columbia Civil Liberties Association,
European Bank for Reconstruction
and Development, Organisation for Economic
Co-operation and Development,
African Development Bank Group,
Asian Development Bank, Inter-American
Development Bank and Nordic
Investment Bank** *Interveners*

INDEXED AS: WORLD BANK GROUP *v.* WALLACE

2016 SCC 15

File No.: 36315.

2015: November 6; 2016: April 29.

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

**ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR
COURT OF JUSTICE**

*Public international law — Jurisdictional immunity
— International organizations — Financial institutions
— Accused in Canadian criminal proceedings applying
for third party production order to compel senior inves-
tigators of international financial organization to appear
before court and produce documents — International
financial organization claiming archival and personnel
immunities under its Articles of Agreement — Whether*

Groupe de la Banque mondiale *Appelant*

c.

**Kevin Wallace,
Zulfiquar Bhuiyan,
Ramesh Shah,
Mohammad Ismail et
Sa Majesté la Reine du chef
du Canada** *Intimés*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Transparency International Canada Inc.,
Transparency International e.V.,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique, Banque européenne
pour la reconstruction et le développement,
Organisation de coopération et de
développement économiques,
Groupe de la Banque africaine
de développement, Asian Development Bank,
Banque interaméricaine de développement et
Nordic Investment Bank** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE
c. WALLACE**

2016 CSC 15

N° du greffe : 36315.

2015 : 6 novembre; 2016 : 29 avril.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUS-
TICE DE L'ONTARIO**

*Droit international public — Immunité de juridic-
tion — Organisations internationales — Institutions fi-
nancières — Demande de communication par des tiers
présentée par des inculpés dans une poursuite crimi-
nelle au Canada en vue d'obtenir que des enquêteurs
seniors d'une organisation financière internationale
comparaissent devant les tribunaux canadiens et commu-
niquent des documents — Inviolabilité de ses archives et*

claimed immunities apply to international financial organization — Bretton Woods and Related Agreements Act, R.S.C. 1985, c. B-7, Sch. II, arts. I, III, s. 5(b), art. VII, ss. 1, 3, 5, 6, 8, Sch. III, arts. I, V, s. 1(g), (h), art. VIII, ss. 1, 3, 5, 6, 8.

Criminal law — Evidence — Disclosure — Interception of communications — Accused charged with bribing foreign public officials — Accused challenging wiretap authorizations on Garofoli application — Accused seeking production of documents held by third party international financial organization and validation of subpoenas to organization's personnel in support of application — Whether documents sought by accused are relevant to Garofoli application — Proper threshold for third party production on a Garofoli application.

The World Bank Group is an international organization headquartered in Washington, D.C. composed of five separate organizations, including the International Bank for Reconstruction and Development (“IBRD”) and the International Development Association (“IDA”). Each constituent organization has its own set of governing documents which set out the immunities and privileges the organization is to enjoy in the territory of each member state.

The World Bank Group provides loans, guarantees, credits and grants for development projects and programs in developing countries. The World Bank Group was originally one of the primary lenders for the project at the heart of this case, the Padma Multipurpose Bridge in Bangladesh. SNC-Lavalin Inc. was one of several companies bidding for a contract to supervise the construction of the bridge. The four individual respondents — three former employees of SNC-Lavalin and one representative of a Bangladeshi official — allegedly conspired to bribe Bangladeshi officials to award the contract to SNC-Lavalin. They are all charged with an offence under the *Canadian Corruption of Foreign Public Officials Act*.

The Integrity Vice Presidency (“INT”) is an independent unit within the World Bank Group responsible for

immunité de son personnel invoquées par l'organisation financière internationale en vertu de ses statuts — Les immunités invoquées s'appliquent-elles à l'organisation financière internationale? — Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes, L.R.C. 1985, c. B-7, ann. II, art. I, III, s. 5b), art. VII, s. 1, 3, 5, 6, 8, ann. III, art. I, V, s. 1g), h), art. VIII, s. 1, 3, 5, 6, 8.

Droit criminel — Preuve — Communication de la preuve — Interception de communications — Inculpés accusés d'avoir soudoyé des agents publics étrangers — Contestation par les inculpés des autorisations d'écoute électronique par voie d'une demande de type Garofoli — Communication de documents en la possession d'un tiers, une organisation financière internationale, et validation des assignations à comparaître délivrées à l'égard de membres du personnel de l'organisation sollicitées par les inculpés au soutien de la demande — Les documents dont la communication était requise par les inculpés sont-ils pertinents dans le cadre d'une demande de type Garofoli? — Quel est le critère applicable à la communication par des tiers dans le cadre d'une demande de type Garofoli?

Organisation internationale dont le siège social est situé à Washington, le Groupe de la Banque mondiale se compose de cinq organes distincts, dont la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (« BIRD ») et l'Association internationale de développement (« IDA »). Chaque organisation qui le compose est régie par ses propres statuts, lesquels énoncent les immunités et privilèges dont jouit l'organisation sur le territoire de chaque État membre.

Le Groupe de la Banque mondiale consent des prêts, des garanties, des crédits et des subventions à l'égard de projets et programmes de développement mis en œuvre dans des pays en voie de développement. Le Groupe de la Banque mondiale était à l'origine l'un des principaux prêteurs du projet qui se trouve au cœur du présent litige, le projet de pont polyvalent sur la Padma, au Bangladesh. À l'instar de plusieurs autres sociétés, SNC-Lavalin a soumissionné pour obtenir le contrat de supervision des travaux de construction du pont. Les quatre intimés — trois anciens employés de SNC-Lavalin et un représentant d'un fonctionnaire bangladais — auraient supposément comploté dans le dessein de soudoyer des représentants bangladais afin que le contrat soit accordé à SNC-Lavalin. Ils sont tous accusés d'avoir enfreint la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, une loi canadienne.

La vice-présidence chargée des questions d'intégrité (« INT »), une unité indépendante au sein du Groupe de

investigating allegations of fraud, corruption and collusion in relation to projects financed by the World Bank Group. It was the INT that had initially received a series of emails from tipsters suggesting there was corruption in the process for awarding the supervision contract, involving SNC-Lavalin employees. The INT later shared the tipsters' emails, its own investigative reports and other documents with the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP").

The RCMP then sought and obtained authorizations to intercept private communications in order to obtain direct evidence of the accused's participation in corruption, as well as a search warrant. Sgt. D was assigned to prepare affidavits for the application. He largely relied on information the INT shared based on its communications with the tipsters, as well as knowledge of the bidding process of a senior investigator with INT. Sgt. D also spoke directly to one of the tipsters. Sgt. D did not make any handwritten notes of his work as affiant. All of his emails for the period of the investigation were lost because of a computer problem, though many were recovered through other sources.

The Crown charged the four accused under the *Corruption of Foreign Public Officials Act* and joined their proceedings by direct indictment. The Crown intends to present intercepted communications at trial. For their part, the accused seek to challenge the wiretap authorizations pursuant to *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421. In support of their application, the accused sought an order requiring production of certain INT records, as well as the validation of two subpoenas issued to the investigators of the INT.

However, the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA provide that their archives shall be inviolable. In addition, the Articles of Agreement provide that all officers and employees shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity, except when the IBRD or the IDA waives this immunity. These immunities have been implemented in Canadian law by two Orders in Council, and the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA have been approved by Parliament in their entirety through the *Bretton Woods and Related Agreements Act*.

la Banque mondiale, est chargée d'enquêter sur les allégations de fraude, de corruption et de collusion dans les projets financés par le Groupe. C'est l'INT qui a d'abord reçu une série de courriels provenant d'informateurs suggérant l'existence de corruption dans le processus d'attribution du contrat de supervision impliquant des employés de SNC-Lavalin. Par la suite, l'INT a transmis à la Gendarmerie royale du Canada (la « GRC ») les courriels des informateurs, ses propres rapports d'enquête et d'autres documents.

La GRC a alors demandé et obtenu des autorisations d'intercepter des communications privées en vue de recueillir des éléments de preuve directe de la participation des inculpés à la corruption, ainsi qu'un mandat de perquisition. Le sergent D a été chargé de rédiger les affidavits accompagnant la demande. Il s'est appuyé en grande partie sur les renseignements transmis par l'INT, lesquels étaient fondés sur les communications de cette dernière avec les informateurs, et les connaissances d'un enquêteur senior de l'INT quant au processus de soumission. Le sergent D s'est également entretenu directement avec l'un des informateurs. Le sergent D n'a pas pris de notes manuscrites lors de cette tâche. Tous ses courriels pour la période correspondant à l'enquête ont été perdus à cause d'un problème informatique, mais par ailleurs beaucoup ont pu être récupérés d'autres sources.

La Couronne a accusé les quatre inculpés d'infractions à la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, et a réuni leurs dossiers par voie de mise en accusation directe. Au procès, la Couronne entend introduire en preuve des communications interceptées. Pour leur part, les inculpés cherchent à contester les autorisations d'écoute électronique en se fondant sur l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421. Au soutien de leur demande, ils ont sollicité une ordonnance de communication de certains dossiers en la possession de l'INT et la validation de deux assignations à comparaître délivrées à l'égard des enquêteurs de l'INT.

Or, l'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA disposent que leurs archives sont inviolables. En outre, ils prévoient que tous les fonctionnaires et employés de la BIRD ou de l'IDA ne pourront faire l'objet de poursuites à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf lorsque la BIRD ou l'IDA aura levé cette immunité. Ces immunités ont été incorporées au droit interne canadien en vertu de deux décrets, et l'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA ont été approuvés dans leur intégralité par le Parlement canadien, qui les a annexés à la *Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes*.

Two issues were raised on the application: (1) whether the World Bank Group could be subject to a production order issued by a Canadian court given the immunities accorded to the IBRD and the IDA, and (2) if so, whether in the context of a challenge to the wiretap authorizations pursuant to *Garofoli*, the documents sought met the test for relevance.

With respect to the first issue, the trial judge found that the immunities and privileges claimed were *prima facie* applicable to the archives and personnel of the INT. However, he determined that the World Bank Group had waived these immunities by participating in the RCMP investigation. In any event, he was not persuaded that the documents at issue were “archives”. Moreover, in his view, the term “inviolable” in the Articles of Agreement connoted protection from search and seizure or confiscation, but not from production for inspection. On the second issue, the trial judge concluded that the documents were likely relevant to issues that would arise on a *Garofoli* application. Accordingly, he ordered that the documents be produced for review by the court.

Held: The appeal should be allowed and the production order set aside.

Notwithstanding its operational independence, the INT’s documents form part of either the IBRD’s or the IDA’s archives, and the INT’s personnel benefit from legal process immunity for acts performed in an official capacity. Because the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA provide the legal foundation for the World Bank Group’s integrity regime, and by extension the INT, the immunities outlined in those Articles of Agreement shield the documents and personnel of the INT.

Section 3 of Articles VII and VIII of the IBRD’s and the IDA’s Articles of Agreement, respectively, which confirms that the IBRD and the IDA can be the subject of a lawsuit in a court of competent jurisdiction, is not engaged in the present appeal. The present appeal involves a request for document production directed at personnel of the INT in the context of criminal charges. It is not the kind of action contemplated by s. 3.

Nor are the immunities outlined in ss. 5 and 8 of Articles VII and VIII, respectively, “functional” in the sense that the immunities only apply where it has been demonstrated that their application is necessary for the organization to carry out its operations and responsibilities. The

La demande soulevait deux questions, à savoir (1) si le Groupe de la Banque mondiale pouvait être sujet à une ordonnance de communication rendue par un tribunal canadien vu les immunités conférées à la BIRD et à l’IDA et (2), dans l’affirmative, si les documents dont la communication était requise satisfaisaient au critère de la pertinence applicable à une contestation des autorisations d’écoute électronique fondée sur l’arrêt *Garofoli*.

À propos de la première question, le juge d’instance a exprimé l’avis que les immunités et privilèges invoqués s’appliquaient a priori aux archives et au personnel de l’INT. Cependant, il est arrivé à la conclusion que le Groupe de la Banque mondiale avait levé ces immunités en participant à l’enquête de la GRC. Quoi qu’il en soit, il n’était pas convaincu que les documents faisant l’objet du litige constituaient des « archives ». En outre, il a estimé que le terme « inviolable » dans l’Accord et dans les Statuts connotait la protection contre la perquisition, la saisie ou la confiscation plutôt que contre la communication pour examen. À l’égard de la deuxième question, le juge d’instance a conclu à la pertinence probable des documents, dans le contexte d’une demande de type *Garofoli*. Par conséquent, le juge a ordonné la communication des documents pour examen par le tribunal.

Arrêt : L’appel est accueilli, et l’ordonnance de communication est annulée.

En dépit de son indépendance fonctionnelle, les documents de l’INT appartiennent aux archives de la BIRD ou de l’IDA, et les employés de l’INT jouissent de l’immunité des poursuites accordée à l’égard des actes accomplis dans l’exercice de leurs fonctions. L’Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l’IDA constituant le fondement juridique du régime d’intégrité du Groupe de la Banque mondiale — et partant l’INT —, les immunités qui y sont prévues s’appliquent aux documents et au personnel de l’INT.

La section 3 de l’article VII de l’Accord relatif à la BIRD et de l’article VIII des Statuts de l’IDA, qui confirme que la BIRD et l’IDA peuvent être poursuivies devant un tribunal compétent, ne s’applique pas en l’espèce. Le présent pourvoi porte sur une demande de communication de documents visant le personnel de l’INT dans le contexte d’accusations en matière criminelle. Ce n’est pas le genre de poursuite dont il est question à la section 3.

Les immunités énoncées aux sections 5 et 8 des articles VII et VIII, respectivement, ne sont pas non plus « fonctionnelles », c’est-à-dire qu’elles ne s’appliquent uniquement que si leur nécessité a été expressément démontrée pour l’exercice des opérations et responsabilités

signatory states of the Articles of Agreement set out, in advance, the specific immunities that enable the IBRD and the IDA to fulfill their responsibilities. The very wording of s. 1 of Articles VII and VIII suggests that this was an explicit choice. To import an added condition of functional necessity would undermine what appears to be a conscious choice to enumerate specific immunities rather than to rely on a broad, functional grant of immunity.

As regards the inviolability of the organization's archives, the trial judge erred in construing so narrowly an immunity that is integral to the independent functioning of international organizations. The immunity outlined in s. 5 shields the entire collection of stored documents of the IBRD and the IDA from both search and seizure and from compelled production. This broader interpretation is consistent with the plain and ordinary meaning of the terms of s. 5 and is in harmony with its object and purpose. Partial voluntary disclosure of some documents by the World Bank Group does not amount to a waiver of this immunity. Indeed, the archival immunity is not subject to waiver.

The personnel immunity also applies since the challenged subpoenas required Mr. Haynes and Mr. Kim to give evidence. It is uncontested that the INT personnel were performing acts in their official capacity when they obtained the information that the accused now seek. It is also undisputed that the scope of the legal process immunity in s. 8 of Articles VII and VIII shields employees acting in an official capacity from not only civil suit and prosecution, but from legal processes such as subpoenas. While this personnel immunity can be waived, the object and purpose of the treaty favour an express waiver requirement. Given the absence of such express waiver, the trial judge erred in his finding that the World Bank Group waived this immunity.

Even if the World Bank Group did not possess any of the immunities identified in the Articles of Agreement, the production order should not have been issued under the framework for third party production set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. A *Garofoli* application is more limited in scope than a typical *O'Connor* application, relating as it does to the admissibility of evidence, namely intercepted communications. An *O'Connor* application made in the context of a *Garofoli*

de l'organisation. Les États signataires de l'Accord et des Statuts ont défini, à l'avance, les diverses immunités qui permettent à la BIRD et à l'IDA de s'acquitter de leurs responsabilités. Le texte même de la section 1 des articles VII et VIII laisse entendre que c'était un choix délibéré. Ajouter une condition de nécessité fonctionnelle minerait ce qui semble être le choix délibéré d'énumérer les diverses immunités plutôt que de prévoir une immunité fonctionnelle générale.

À propos de l'inviolabilité des archives de l'organisation, le juge d'instance a commis une erreur en interprétant de façon aussi étroite une immunité intimement liée au fonctionnement indépendant des organisations internationales. L'immunité définie à la section 5 protège l'ensemble de la collection des documents archivés de la BIRD et de l'IDA à la fois contre les fouilles, perquisitions et saisies et contre la communication. Cette interprétation plus large est conforme au sens ordinaire des termes de la section 5 et elle s'harmonise avec l'objet et le but de cette disposition. En communiquant certains documents volontairement, le Groupe de la Banque mondiale n'a pas levé cette immunité. En effet, l'inviolabilité des archives ne peut être levée.

L'immunité du personnel s'applique aussi, étant donné que les assignations contestées contraignaient également MM. Haynes et Kim à témoigner. Il est incontesté que le personnel de l'INT accomplissait des actes dans l'exercice de ses fonctions lorsqu'il a obtenu les renseignements sollicités par les inculpés. Il n'est pas contesté non plus que l'immunité contre les poursuites prévue à la section 8 des articles VII et VIII protège les employés à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, non seulement contre les poursuites civiles et pénales, mais aussi contre les sommations judiciaires, telles les assignations à comparaître. Si l'immunité du personnel peut être levée, l'objet et le but du traité militent en faveur de la reconnaissance d'une exigence de renonciation expresse. Vu l'absence d'une renonciation expresse, le juge d'instance a conclu à tort que le Groupe de la Banque mondiale avait renoncé à son immunité.

Même si le Groupe de la Banque mondiale ne bénéficiait d'aucune des immunités définies dans l'Accord et dans les Statuts, l'ordonnance de communication n'aurait pas dû être rendue conformément au cadre établi dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, pour la communication de dossiers en la possession de tiers. La demande de type *Garofoli* a une portée plus limitée que la demande classique de type *O'Connor*, car elle concerne la recevabilité de la preuve, à savoir les communications

application must be confined to the narrow issues that a *Garofoli* application is meant to address. The *Garofoli* framework assesses the reasonableness of a search when wiretaps are used to intercept private communications. A search will be reasonable if the statutory preconditions for a wiretap authorization have been met. A *Garofoli* application does not determine whether the allegations underlying the wiretap application are ultimately true — a matter to be decided at trial — but rather whether the affiant had a reasonable belief in the existence of the requisite statutory grounds. What matters is what the affiant knew or ought to have known at the time the affidavit in support of the wiretap authorization was sworn.

While the *O'Connor* process may be used to obtain records for purposes of a *Garofoli* application, the relevance threshold applicable to such an application is narrower than that on a typical *O'Connor* application. To obtain third party records in a *Garofoli* application an accused must show a reasonable likelihood that the records will be of probative value to the narrow issues in play on such an application. This test for third party production is also consistent with another form of discovery on a *Garofoli* application: cross-examination of the affiant. Both forms of discovery serve similar purposes and engage similar policy concerns. The justifications that warrant limiting cross-examination of the affiant apply with equal force to third party production applications. The “reasonable likelihood” threshold is appropriate to the *Garofoli* context and fair to the accused.

The trial judge erred in assessing the accused’s arguments. Although he correctly placed the burden on the accused, he did not properly assess the relevance of the documents being sought. In particular, he blurred the distinction in a *Garofoli* application between the affiant’s knowledge and the knowledge of others involved in the investigation. In this case, that distinction is crucial. While the documents sought may be relevant to the ultimate truth of the allegations in the affidavits, they are not reasonably likely to be of probative value to what Sgt. D knew or ought to have known since he did not consult them. The accused have not shown that it was unreasonable for him to rely on the information he received

interceptées. La demande de type *O'Connor* présentée dans le cadre d’une demande de type *Garofoli* doit être circonscrite aux questions limitées que soulève cette dernière. Le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Garofoli* permet d’apprécier le caractère abusif ou non de la fouille ou perquisition que constitue l’écoute électronique interceptant des communications privées. La fouille ou perquisition n’est pas abusive si les conditions légales préalables à la délivrance de l’autorisation d’écoute électronique ont été respectées. La demande de type *Garofoli* vise, non pas la question de savoir si les affirmations qui fondent la dénonciation en vue d’obtenir l’autorisation d’écoute électronique sont vraies — une question qui sera tranchée au procès —, mais celle de savoir si le déposant a une croyance raisonnable en l’existence des motifs légaux requis. Ce qui importe, c’est ce que le déposant savait ou aurait dû savoir au moment où il a souscrit l’affidavit accompagnant la dénonciation.

Certes, une personne peut se prévaloir de la procédure de type *O'Connor* pour obtenir des documents à l’appui d’une demande de type *Garofoli*, mais le critère de pertinence dans ce cas est plus restrictif que celui qui s’applique ordinairement à la première. Pour obtenir des documents en la possession de tiers pour sa demande de type *Garofoli*, l’accusé doit démontrer qu’il est raisonnablement probable que ces documents auront une valeur probante quant aux questions limitées que soulève sa demande. Ce critère, qui régit la communication de documents par des tiers, s’applique également à une autre forme d’enquête préalable menée dans le cadre d’une demande de type *Garofoli* : le contre-interrogatoire du déposant. Les deux formes visent des objets similaires et soulèvent des préoccupations de principe semblables. Les raisons qui justifient de limiter le contre-interrogatoire du déposant s’appliquent avec autant de force à la demande de communication par des tiers. Le critère de la « probabilité raisonnable » convient à une demande de type *Garofoli* et est équitable pour l’accusé.

Le juge d’instance a commis une erreur dans son appréciation des arguments des inculpés. Bien qu’il ait à juste titre imposé le fardeau de la preuve aux inculpés, il n’a pas apprécié correctement la pertinence des documents exigés. Tout particulièrement, il a confondu, dans le cadre d’une demande de type *Garofoli*, la connaissance du déposant et celle des enquêteurs. En l’espèce, cette distinction est cruciale. Si les documents demandés sont susceptibles de permettre d’établir la véracité des affirmations contenues dans les affidavits, il n’est pas raisonnablement probable qu’ils aient une valeur probante lorsqu’il s’agit de déterminer ce que le sergent D savait ou aurait dû savoir puisqu’il ne les a pas consultés. Les

from the INT and other officers. Furthermore, accepting the argument that the INT's records should be presumed relevant because first party documents were lost or not created would require a significant change to the *O'Connor* framework. Such a change is not necessary. Any loss of information must be addressed through the remedial framework set forth in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, which may well be the appropriate framework for addressing any prejudice resulting from the World Bank Group's assertion of its immunities. The accused did not argue these issues on this appeal, and they are best left to the trial judge.

Cases Cited

Distinguished: *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; **applied:** *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; **referred to:** *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, S.C.C., No. 27108, August 31, 2000 (*Bulletin of Proceedings*, September 29, 2000, p. 1542); *Taypotat v. Taypotat*, S.C.C., No. 35518, August 7, 2014 (*Bulletin of Proceedings*, August 29, 2014, p. 1292); *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Scimet v. African Development Bank* (1997), 128 I.L.R. 582; *Shearson Lehman Bros. Inc. v. Maclaine Watson & Co. (No. 2)*, [1988] 1 All E.R. 116; *R. (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)*, [2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921; *Taiwan v. United States District Court for the Northern District of California*, 128 F.3d 712 (1997); *Iraq v. Vinci Constructions* (2002), 127 I.L.R. 101; *Owens, Re Application for Judicial Review*, [2015] NIQB 29; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Sipes*, 2009 BCSC 612; *R. v. McKinnon*, 2013 BCSC 2212; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Ebanks*, 2009

inculpés n'ont pas démontré qu'il était déraisonnable de sa part de se fier aux renseignements qu'il avait reçus de l'INT et d'autres agents. En outre, accepter l'argument selon lequel la pertinence des documents de l'INT doit être présumée en raison de la disparition ou de l'absence des documents de la partie principale signifierait un changement important du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *O'Connor*. Un tel changement n'est pas nécessaire. Lorsque des renseignements manquent, il doit être remédié à ce manque selon le cadre établi dans l'arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, et il se pourrait très bien que ce soit le bon moyen de redresser le préjudice, s'il en est, découlant des immunités invoquées par le Groupe de la Banque mondiale. Les inculpés n'ont pas soulevé ces questions devant la Cour, et il convient d'en laisser l'appréciation au juge du procès.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; **arrêts appliqués :** *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés :** *Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, C.S.C., n° 27108, 31 août 2000 (*Bulletin des procédures*, 29 septembre 2000, p. 1542); *Taypotat c. Taypotat*, C.S.C., n° 35518, 7 août 2014 (*Bulletin des procédures*, 29 août 2014, p. 1292); *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Scimet c. African Development Bank* (1997), 128 I.L.R. 582; *Shearson Lehman Bros. Inc. c. Maclaine Watson & Co. (No. 2)*, [1988] 1 All E.R. 116; *R. (Bancoult) c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)*, [2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921; *Taiwan c. United States District Court for the Northern District of California*, 128 F.3d 712 (1997); *Iraq c. Vinci Constructions* (2002), 127 I.L.R. 101; *Owens, Re Application for Judicial Review*, [2015] NIQB 29; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Sipes*, 2009 BCSC 612; *R. c. McKinnon*, 2013 BCSC 2212; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Ebanks*, 2009 ONCA 851,

ONCA 851, 97 O.R. (3d) 721; *R. v. Ahmed*, 2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL); *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Croft*, 2013 ABQB 705, 576 A.R. 333; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Ali*, 2013 ONSC 2629; *R. v. Alizadeh*, 2013 ONSC 5417; *R. v. Way*, 2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258; *R. v. Bernath*, 2015 BCSC 632; *R. v. Edwardsen*, 2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191; *R. v. Lemke*, 2015 ABQB 444; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680.

Statutes and Regulations Cited

Bretton Woods and Related Agreements Act, R.S.C. 1985, c. B-7, Sch. II, arts. I, III, s. 5(b), art. VII, ss. 1, 3, 5, 6, 8, Sch. III, arts. I, V, s. 1(g), (h), art. VIII, ss. 1, 3, 5, 6, 8.

Corruption of Foreign Public Officials Act, S.C. 1998, c. 34.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VI, ss. 185, 186, 187(1.4).

International Development Association, International Finance Corporation and Multilateral Investment Guarantee Agency Privileges and Immunities Order, SOR/2014-137.

International Monetary Fund and International Bank for Reconstruction and Development Order, P.C. 1945-7421.

Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order, SOR/80-64, s. 3(1).

Treaties and Other International Instruments

Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, art. 105.

Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Can. T.S. 1948 No. 2, art. II, s. 4.

Covenant of the League of Nations, art. 7, published in (1920), 1 *League of Nations O.J.* 3.

Vienna Convention on Consular Relations, Can. T.S. 1974 No. 25, art. 1(1)(k), “consular archives”.

Vienna Convention on Diplomatic Relations, Can. T.S. 1966 No. 29, art. 24.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, arts. 31, 32.

Authors Cited

Ahluwalia, Kuljit. *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1964.

97 O.R. (3d) 721; *R. c. Ahmed*, 2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL); *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Croft*, 2013 ABQB 705, 576 A.R. 333; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Ali*, 2013 ONSC 2629; *R. c. Alizadeh*, 2013 ONSC 5417; *R. c. Way*, 2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258; *R. c. Bernath*, 2015 BCSC 632; *R. c. Edwardsen*, 2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191; *R. c. Lemke*, 2015 ABQB 444; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie VI, art. 185, 186, 187(1.4).

Décret sur le Fonds monétaire international et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, C.P. 1945-7421.

Décret sur les privilèges et immunités de l'Organisation des pêches de l'Atlantique nord-ouest, DORS/80-64, art. 3(1).

Décret sur les privilèges et immunités relatifs à l'Association internationale de développement, à la Société financière internationale et à l'Agence multilatérale de garantie des investissements, DORS/2014-137.

Loi sur la corruption d'agents publics étrangers, L.C. 1998, c. 34.

Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes, L.R.C. 1985, c. B-7, ann. II, art. I, III, s. 5(b), art. VII, s. 1, 3, 5, 6, 8, ann. III, art. I, V, s. 1g), h), art. VIII, s. 1, 3, 5, 6, 8.

Traités et autres instruments internationaux

Charte des Nations Unies, R.T. Can. 1945 n° 7, art. 105.

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31, 32.

Convention de Vienne sur les relations consulaires, R.T. Can. 1974 n° 25, art. 1(1)k, « archives consulaires ».

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, R.T. Can. 1966 n° 29, art. 24.

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, R.T. Can. 1948 n° 2, art. II, s. 4.

Pacte de la Société des Nations, art. 7, publié dans (1920), 1 *Société des Nations J.O.* 3.

Doctrine et autres documents cités

Ahluwalia, Kuljit. *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations*. The Hague, Martinus Nijhoff, 1964.

- Black's Law Dictionary*, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "archive".
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "archive".
- Collins Canadian Dictionary*. Toronto: HarperCollins, 2010, "archives".
- de Villers, Marie-Éva. *Multidictionnaire de la langue française*, 5^e éd. Montréal: Québec Amérique, 2009, "archives".
- Denza, Eileen. *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Fedder, Edwin H. "The Functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization" (1960), 9 *Am. U.L. Rev.* 60.
- Fox, James R. *Dictionary of International and Comparative Law*, 3rd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 2003, "diplomatic archives", "inviolability".
- Grant, John P., and J. Craig Barker, eds. *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 2nd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 2004, "archives, diplomatic and consular".
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom*. Melbourne: Law Book Co., 1971.
- Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated February 2016, release 41).
- Jenks, C. Wilfred. *International Immunities*. London: Stevens & Sons, 1961.
- Jenks, C. Wilfred. "Some Problems of an International Civil Service" (1943), 3 *P.A.R.* 93.
- Jenks, C. Wilfred. *The Proper Law of International Organisations*. London: Stevens & Sons, 1962.
- Klabbers, Jan. *An Introduction to International Organizations Law*, 3rd ed. Cambridge: University Press, 2015.
- Kunz, Josef L. "Privileges and Immunities of International Organizations" (1947), 41 *A.J.I.L.* 828.
- League of Nations. Secretary-General. "Communications from the Swiss Federal Council Concerning the Diplomatic Immunities to be Accorded to the Staff of the League of Nations and of the International Labour Office" (1926), 7 *League of Nations O.J.* 1422.
- LeSage, Patrick J., and Michael Code. *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures*. *Black's Law Dictionary*, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « archive ».
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « archive ».
- Collins Canadian Dictionary*, Toronto, HarperCollins, 2010, « archives ».
- de Villers, Marie-Éva. *Multidictionnaire de la langue française*, 5^e éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, « archives ».
- Denza, Eileen. *Diplomatic Law : Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Fedder, Edwin H. « The Functional Basis of International Privileges and Immunities : A New Concept in International Law and Organization » (1960), 9 *Am. U.L. Rev.* 60.
- Fox, James R. *Dictionary of International and Comparative Law*, 3rd ed., Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 2003, « diplomatic archives », « inviolability ».
- Grant, John P., and J. Craig Barker, eds. *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, 2nd ed., Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 2004, « archives, diplomatic and consular ».
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom*, Melbourne, Law Book Co., 1971.
- Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure*, vol. 2, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated February 2016, release 41).
- Jenks, C. Wilfred. *International Immunities*, London, Stevens & Sons, 1961.
- Jenks, C. Wilfred. « Some Problems of an International Civil Service » (1943), 3 *P.A.R.* 93.
- Jenks, C. Wilfred. *The Proper Law of International Organisations*, London, Stevens & Sons, 1962.
- Klabbers, Jan. *An Introduction to International Organizations Law*, 3rd ed., Cambridge, University Press, 2015.
- Kunz, Josef L. « Privileges and Immunities of International Organizations » (1947), 41 *A.J.I.L.* 828.
- LeSage, Patrick J., et Michael Code. *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes*, Toronto, ministère du Procureur général de l'Ontario, 2008.
- Lexis : le dictionnaire érudit de la langue française*, Paris, Larousse, 2009, « archives ».

- Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2008.
- Lexis: le dictionnaire érudit de la langue française*. Paris: Larousse, 2009, “archives”.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “archive”.
- Miller, Anthony J. “The Privileges and Immunities of the United Nations” (2009), 6 *I.O.L.R.* 7.
- Morton, Charles. *Les privilèges et immunités diplomatiques: étude théorique suivie d’un bref exposé des usages de la Suisse dans ce domaine*. Lausanne: Imprimerie La Concorde, 1927.
- Muller, A. S. *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship*, The Hague, Kluwer Law International, 1995.
- Preuss, Lawrence. “Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest” (1931), 25 *A.J.I.L.* 694.
- Reinisch, August. *International Organizations Before National Courts*. Cambridge: University Press, 2000.
- Reinisch, August. “Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction”, in August Reinisch, ed., *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*. Oxford: University Press, 2013, 1.
- Reinisch, August, and Jakob Wurm. “International Financial Institutions before National Courts”, in Daniel D. Bradlow and David B. Hunter, eds., *International Financial Institutions and International Law*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, 103.
- Salmon, Jean, dir. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001, “archives d’une organisation internationale”.
- Sands, Philippe, and Pierre Klein. *Bowett’s Law of International Institutions*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.
- Secretan, Jacques. *Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations*. Lausanne: Librairie Payot, 1928.
- Sen, B. *A Diplomat’s Handbook of International Law and Practice*, 3rd rev. ed. The Hague: Martinus Nijhoff, 1980.
- United Nations. International Law Commission. “Fifth report on relations between States and international organizations (second part of the topic)”, by Leonardo Díaz González, U.N. Doc. A/CN.4/438, in *Yearbook of the International Law Commission 1991*, vol. II, Part One. New York: United Nations, 1994, 91.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed., Springfield (Mass.), Merriam-Webster, 2003, « archive ».
- Miller, Anthony J. « The Privileges and Immunities of the United Nations » (2009), 6 *I.O.L.R.* 7.
- Morton, Charles. *Les privilèges et immunités diplomatiques : étude théorique suivie d’un bref exposé des usages de la Suisse dans ce domaine*, Lausanne, Imprimerie La Concorde, 1927.
- Muller, A. S. *International Organizations and their Host States : Aspects of their Legal Relationship*, The Hague, Kluwer Law International, 1995.
- Nations Unies. Commission du droit international. « Cinquième rapport sur les relations entre les États et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) », par Leonardo Díaz González, Doc. N.U. A/CN.4/438, dans *Annuaire de la Commission du droit international 1991*, vol. II, première partie, New York, Nations Unies, 1994, 93.
- Preuss, Lawrence. « Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest » (1931), 25 *A.J.I.L.* 694.
- Reinisch, August. *International Organizations Before National Courts*, Cambridge, University Press, 2000.
- Reinisch, August. « Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction », in August Reinisch, ed., *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, University Press, 2013, 1.
- Reinisch, August, and Jakob Wurm. « International Financial Institutions before National Courts », in Daniel D. Bradlow and David B. Hunter, eds., *International Financial Institutions and International Law*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Kluwer Law International, 2010, 103.
- Salmon, Jean, dir. *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, « archives d’une organisation internationale ».
- Sands, Philippe, and Pierre Klein. *Bowett’s Law of International Institutions*, 6th ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.
- Secretan, Jacques. *Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations*, Lausanne, Librairie Payot, 1928.
- Sen, B. *A Diplomat’s Handbook of International Law and Practice*, 3rd rev. ed., The Hague, Martinus Nijhoff, 1980.
- Société des Nations. Secrétaire général. « Communications du Conseil fédéral suisse concernant le régime des immunités diplomatiques du personnel de la Société des

Wouters, Jan, Sanderijn Duquet and Katrien Meuwissen. “The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations”, in Andrew F. Cooper, Jorge Heine and Ramesh Thakur, eds., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*. Oxford: University Press, 2013, 510.

APPEAL from a decision of the Ontario Superior Court of Justice (Nordheimer J.), 2014 ONSC 7449, [2014] O.J. No. 6534 (QL), granting in part an application by the accused seeking an order for the validation of subpoenas and compelling the production of documents. Appeal allowed.

Alan J. Lenczner, Q.C., Scott Rollwagen and Chris Kinnear-Hunter, for the appellant.

Scott K. Fenton and Lynda E. Morgan, for the respondent Kevin Wallace.

Frank Addario and Megan Savard, for the respondent Zulfiqar Bhuiyan.

David Cousins, for the respondent Ramesh Shah.

Kathryn Wells, for the respondent Mohammad Ismail.

Nicholas E. Devlin and François Lacasse, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada.

Scott C. Hutchison and Samuel Walker, for the intervenor the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Mark A. Gelowitz and Geoffrey Grove, for the intervenors Transparency International Canada Inc. and Transparency International e.V.

Gerald Chan and Nader R. Hasan, for the intervenor the British Columbia Civil Liberties Association.

Guy J. Pratte and Nadia Effendi, for the intervenors the European Bank for Reconstruction and

Nations et du Bureau international du Travail » (1926), 7 *Société des Nations J.O.* 1422.

Wouters, Jan, Sanderijn Duquet and Katrien Meuwissen. « The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations », in Andrew F. Cooper, Jorge Heine and Ramesh Thakur, eds., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, University Press, 2013, 510.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Nordheimer), 2014 ONSC 7449, [2014] O.J. No. 6534 (QL), qui a accueilli en partie une demande présentée par les inculpés en vue d’obtenir la validation d’assignations à comparaître et une ordonnance de communication de documents. Pourvoi accueilli.

Alan J. Lenczner, c.r., Scott Rollwagen et Chris Kinnear-Hunter, pour l’appelant.

Scott K. Fenton et Lynda E. Morgan, pour l’intimé Kevin Wallace.

Frank Addario et Megan Savard, pour l’intimé Zulfiqar Bhuiyan.

David Cousins, pour l’intimé Ramesh Shah.

Kathryn Wells, pour l’intimé Mohammad Ismail.

Nicholas E. Devlin et François Lacasse, pour l’intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

Scott C. Hutchison et Samuel Walker, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Mark A. Gelowitz et Geoffrey Grove, pour les intervenantes Transparency International Canada Inc. et Transparency International e.V.

Gerald Chan et Nader R. Hasan, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Guy J. Pratte et Nadia Effendi, pour les intervenants la Banque européenne pour la reconstruction

Development, the Organisation for Economic Co-operation and Development, the African Development Bank Group, the Asian Development Bank, the Inter-American Development Bank and the Nordic Investment Bank.

The judgment of the Court was delivered by

[1] MOLDAVER AND CÔTÉ JJ. — Corruption is a significant obstacle to international development. It undermines confidence in public institutions, diverts funds from those who are in great need of financial support, and violates business integrity. Corruption often transcends borders. In order to tackle this global problem, worldwide cooperation is needed. When international financial organizations, such as the appellant World Bank Group, share information gathered from informants across the world with the law enforcement agencies of member states, they help achieve what neither could do on their own. As this Court recently affirmed, “International organizations are active and necessary actors on the international stage” (*Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866, at para. 1).

[2] However, without any sovereign territory of their own, international organizations are vulnerable to state interference. In light of this, member states often agree to grant international organizations various immunities and privileges to preserve their orderly, independent operation. Commonly, an organization’s archives are shielded from interference, and its personnel are made immune from legal process.

[3] In the present appeal, the World Bank Group’s Integrity Vice Presidency (“INT”) investigated allegations that representatives of SNC-Lavalin Inc. (“SNC-Lavalin”) were planning to bribe officials of the Government of Bangladesh to obtain a contract related to the construction of the Padma

et le développement, l’Organisation de coopération et de développement économiques, le Groupe de la Banque africaine de développement, Asian Development Bank, la Banque interaméricaine de développement et Nordic Investment Bank.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LES JUGES MOLDAVER ET CÔTÉ — La corruption est un obstacle important au développement international. Elle mine la confiance dans les institutions publiques, détourne les fonds destinés à ceux qui ont grand besoin de soutien financier et compromet l’intégrité des entreprises. La corruption transcende souvent les frontières. La solution à ce problème mondial nécessite une coopération internationale. Les organisations financières internationales comme le Groupe de la Banque mondiale, appelant en l’espèce, qui transmettent des renseignements glanés auprès d’informateurs aux quatre coins de la planète aux forces de l’ordre des États membres contribuent à faire ce que chacun ne pourrait faire seul. Comme le disait récemment notre Cour : « Les organisations internationales jouent un rôle actif et nécessaire sur la scène internationale » (*Amaratunga c. Organisation des pêches de l’Atlantique Nord-Ouest*, 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866, par. 1).

[2] Toutefois, sans un territoire souverain qui leur est propre, ces organisations s’exposent à de l’ingérence étatique. C’est ainsi que les États membres acceptent souvent de leur accorder divers immunités et privilèges visant à préserver leur bon fonctionnement en toute indépendance. En règle générale, les archives d’une organisation sont protégées de toute ingérence, et son personnel est à l’abri de toutes poursuites.

[3] En l’instance, la vice-présidence chargée des questions d’intégrité (« INT ») du Groupe de la Banque mondiale (« Groupe ») a mené une enquête relativement à des allégations selon lesquelles des représentants de SNC-Lavalin Inc. (« SNC-Lavalin ») planifiaient en vue de soudoyer des représentants du

Multipurpose Bridge (“Padma Bridge”), a project valued at US\$2.9 billion. The World Bank Group shared some of the information from its investigation with the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”). On the basis of this information and other information gathered by the RCMP, the RCMP obtained wiretap authorizations. Subsequently, the individual accused (the “respondents”) were jointly charged with one count of bribing foreign public officials under the *Corruption of Foreign Public Officials Act*, S.C. 1998, c. 34.

[4] The respondents challenged the wiretap authorizations pursuant to *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421. In support of their *Garofoli* application, they applied for a third party production order pursuant to *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, to compel senior investigators of the World Bank Group, Paul Haynes and Christopher Kim, to appear before a Canadian court and produce documents.

[5] The trial judge granted the applications. The World Bank Group, supported by the Crown respondent and several interveners, appeals from that order and seeks to have it overturned for two reasons.

[6] First, the World Bank Group submits that the Schedules of the *Bretton Woods and Related Agreements Act*, R.S.C. 1985, c. B-7 (“*Bretton Woods Act*”), grant immunity to the archives and personnel of certain constituent organizations of the World Bank Group, including the International Bank for Reconstruction and Development (“IBRD”) and the International Development Association (“IDA”). Under Schedules II and III of the *Bretton Woods Act*, the IBRD’s and the IDA’s “archives . . . shall be inviolable” (“archival immunity”), and “[a]ll [g]overnors, [e]xecutive [d]irectors, [a]lternates, officers and employees . . . (i) shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity except when the [IBRD or IDA] waives this immunity” (“personnel

gouvernement du Bangladesh pour obtenir un contrat ayant trait à la construction d’un pont polyvalent enjambant le fleuve Padma (« pont sur la Padma »), un projet estimé à 2,9 milliards \$ US. Le Groupe a transmis certains renseignements obtenus lors de son enquête à la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »). Sur la foi de ceux-ci et d’autres renseignements obtenus par elle, la GRC a été autorisée à faire de l’écoute électronique. Par la suite, les individus (les « intimés ») furent accusés conjointement d’avoir soudoyé des agents publics étrangers, une infraction prévue à la *Loi sur la corruption d’agents publics étrangers*, L.C. 1998, c. 34.

[4] Les intimés contestent les autorisations d’écoute électronique en se fondant sur l’arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et ont présenté, au soutien de cette demande, une demande de communication par des tiers fondée sur l’arrêt *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, en vue d’obtenir que les enquêteurs seniors du Groupe, Paul Haynes et Christopher Kim, comparaissent devant les tribunaux canadiens et communiquent des documents.

[5] Le juge d’instance a accueilli les demandes. Le Groupe, avec l’appui de la Couronne, intimée en l’espèce, et de plusieurs des intervenants, interjette appel de l’ordonnance rendue par le juge et en demande l’infirmation, pour deux motifs.

[6] Premièrement, le Groupe fait valoir que les annexes de la *Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes*, L.R.C. 1985, c. B-7 (« *Loi sur les accords de Bretton Woods* »), protègent les archives et le personnel de certaines organisations qui composent le Groupe, dont la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (« BIRD ») et l’Association internationale de développement (« IDA »). Aux termes des annexes II et III de la *Loi sur les accords de Bretton Woods*, les archives de la BIRD et de l’IDA sont « inviolables » (« inviolabilité des archives ») et, suivant l’annexe II, « [t]ous les gouverneurs, administrateurs, suppléants, fonctionnaires et employés de la Banque i) ne pourront faire l’objet de poursuites à raison des actes accomplis par eux dans l’exercice

immunity”) (Sch. II, art. VII, ss. 5 and 8; Sch. III, art. VIII, ss. 5 and 8).

[7] Accordingly, the World Bank Group submits that the documents ordered produced by the trial judge are immune from production.

[8] Second, the World Bank Group and the Crown challenge the relevance of the documents sought in the context of the *Garofoli* application. They submit that the documents ordered produced by the trial judge are not relevant on the *Garofoli* application. Therefore, in their view, the trial judge’s order must be set aside on that basis as well.

[9] For reasons that follow, we agree with the appellant on both issues. Accordingly, we would allow the appeal and set aside the trial judge’s order.

I. Facts

[10] The World Bank Group is an international organization headquartered in Washington, D.C. It is composed of five separate organizations, the IBRD, the IDA, the International Finance Corporation, the Multilateral Investment Guarantee Agency and the International Centre for Settlement of Investment Disputes. Canada has ratified the Articles of Agreement and conventions establishing these organizations, along with 187 other member states.

[11] Among the World Bank Group’s most important responsibilities, it provides loans, guarantees, credits and grants for development projects and programs in developing countries. The World Bank Group was originally one of the primary lenders for the project at the heart of this case. The Padma Bridge project was to construct a six-kilometre long road and railway bridge over the Padma River in Bangladesh. The bridge was intended to link the

de leurs fonctions, sauf lorsque la Banque aura levé cette immunité » (le libellé des Statuts de l’IDA, à l’annexe III, sans être identique, est équivalent) (« immunité du personnel ») (ann. II, art. VII, s. 5 et 8; ann. III, art. VIII, s. 5 et 8).

[7] Par conséquent, le Groupe fait valoir que les documents dont le juge d’instance a ordonné la communication sont protégés de toute communication.

[8] Deuxièmement, le Groupe et la Couronne contestent la pertinence des documents exigés dans le contexte de la demande de type *Garofoli*. Ils font valoir que les documents dont la communication a été ordonnée par le juge d’instance ne sont pas pertinents dans le cadre de la demande de type *Garofoli*. À leur avis, il faut infirmer l’ordonnance rendue par le juge d’instance sur le fondement de cet argument également.

[9] Pour les motifs qui suivent, nous partageons l’avis de l’appelant sur les deux questions. Ainsi, nous sommes d’avis d’accueillir l’appel et d’infirmer l’ordonnance rendue par le juge d’instance.

I. Faits

[10] Organisation internationale dont le siège social est situé à Washington, le Groupe se compose de cinq organes distincts : la BIRD, l’IDA, la Société financière internationale, l’Agence multilatérale de garantie des investissements et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Le Canada, à l’instar de 187 autres États membres, a ratifié les Accords, Statuts et Conventions ayant établi ces organisations.

[11] L’une des responsabilités les plus importantes du Groupe consiste à consentir des prêts, des garanties, des crédits et des subventions à l’égard de projets et programmes de développement mis en œuvre dans des pays en voie de développement. Le Groupe était à l’origine l’un des principaux prêteurs du projet qui se trouve au cœur du présent litige. Le projet de pont sur la Padma comportait la construction d’un pont routier et ferroviaire de six kilomètres

capital, Dhaka, to the isolated southwest region. Through the IDA, the World Bank Group was to lend the Government of Bangladesh US\$1.2 billion of the total US\$2.9 billion cost of the bridge. The rest was to be financed by an international consortium of development banks and agencies.

[12] SNC-Lavalin was one of several companies bidding for a contract to supervise the construction of the bridge (the “Supervision Contract”). A committee of Bangladeshi officials evaluated the bids. The respondents allegedly conspired to bribe the committee to award the contract to SNC-Lavalin. Three of the respondents are former employees of SNC-Lavalin: Kevin Wallace, Ramesh Shah and Mohammad Ismail. The fourth, Zulfiquar Bhuiyan, was allegedly a representative of Abul Chowdhury, a Bangladeshi official alleged to be involved in this matter. They are all charged with an offence under the *Corruption of Foreign Public Officials Act*.

[13] The INT is responsible for investigating allegations of fraud, corruption and collusion in relation to projects financed by the World Bank Group. The INT is an independent unit within the World Bank Group, reporting directly to its President. Mr. Haynes and Mr. Kim were senior investigators with the INT. Mr. Haynes was the primary investigator in this matter.

[14] In 2010, the INT received the first of a series of emails suggesting there was corruption in the process for awarding the Supervision Contract. The tipsters alleged SNC-Lavalin employees were negotiating to pay a portion of the contract amount to Bangladeshi officials in exchange for favourable treatment. Ultimately, the INT received emails from four tipsters. All but one remains anonymous to the RCMP. A second tipster has shared his or her identity with Mr. Haynes, but has refused to share it with the RCMP. The other two never revealed their identities to any investigator in this matter.

enjambant le fleuve Padma au Bangladesh. Le pont devait relier la capitale, Dacca, à la région isolée du Sud-Ouest du pays. Par l’entremise de l’IDA, le Groupe s’était engagé à prêter 1,2 milliard \$ US au gouvernement du Bangladesh, le coût total du projet étant estimé à 2,9 milliards \$ US. Le reste du financement devait provenir d’un consortium international de banques et d’organismes de développement.

[12] À l’instar de plusieurs autres sociétés, SNC-Lavalin a soumissionné pour obtenir le contrat de supervision des travaux de construction du pont (« contrat de supervision »). Un comité composé de représentants bangladais a examiné les soumissions. Les intimés auraient supposément comploté dans le dessein de soudoyer le comité afin que le contrat soit accordé à SNC-Lavalin. Trois des intimés sont d’anciens employés de cette dernière : Kevin Wallace, Ramesh Shah et Mohammad Ismail. Le quatrième intimé, Zulfiquar Bhuiyan, aurait représenté Abul Chowdhury, un fonctionnaire bangladais soupçonné d’être impliqué. Ils sont tous accusés d’avoir enfreint la *Loi sur la corruption d’agents publics étrangers*.

[13] L’INT est chargée d’enquêter sur les allégations de fraude, de corruption et de collusion dans les projets financés par le Groupe. Unité indépendante au sein du Groupe, l’INT relève directement de son président. MM. Haynes et Kim étaient des enquêteurs seniors de l’INT. M. Haynes a dirigé l’enquête dans cette affaire.

[14] En 2010, l’INT recevait le premier d’une série de courriels suggérant l’existence de corruption dans le processus d’attribution du contrat de supervision. Selon les informateurs, des employés de SNC-Lavalin avaient offert de verser une partie de la valeur du contrat à des fonctionnaires bangladais en échange d’un traitement favorable. En tout et pour tout, l’INT a reçu des courriels de la part de quatre informateurs. Tous, sauf un, sont demeurés anonymes pour la GRC. L’identité d’un deuxième informateur est connue seulement de M. Haynes, cet informateur ayant refusé de la dévoiler à la GRC. Les deux autres n’ont jamais révélé leur identité à quelque enquêteur que ce soit dans cette affaire.

[15] In an earlier ruling which is not challenged in this Court, two of the four tipsters were found to be confidential informants under Canadian law, while the other two were not. Therefore, the identities of two informants are protected by informer privilege. As of the hearing of this appeal, the Crown had no intention to call any of the tipsters as witnesses at trial.

[16] The INT contacted the RCMP in March 2011 and shared the tipsters' emails, investigative reports and other documents with the RCMP. The RCMP then sought a wiretap authorization to intercept private communications pursuant to Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in order to obtain direct evidence of the respondents' participation in corruption. The authorization was granted, along with two further authorizations.

[17] The process of applying for these authorizations is at the heart of this matter. Sgt. Jamie Driscoll was assigned to prepare an affidavit for the initial application (also known as an information to obtain). In preparing that affidavit and two subsequent affidavits, Sgt. Driscoll largely relied on information the INT shared based on its communications with the tipsters, as well as Mr. Haynes's knowledge of the bidding process. Sgt. Driscoll also spoke directly to one of the tipsters but not to the others.

[18] Sgt. Driscoll did not make any handwritten notes of his work as affiant. All of his emails for the period of the investigation were lost because of a computer problem, though many were recovered through other sources. The respondents rely on these deficiencies in support of their production applications. More will be said about these deficiencies in our discussion of the *Garofoli* application.

[19] The RCMP applied for and was granted its first wiretap authorization on May 24, 2011. Further authorizations were granted on June 24, 2011 and August 8, 2011. A search warrant was granted in September 2011.

[15] Selon une décision antérieure qui n'est pas remise en cause devant nous, la confidentialité de l'identité de deux des quatre informateurs a été reconnue en droit canadien, ce qui n'est pas le cas des deux autres. Par conséquent, l'identité de deux informateurs est protégée par le privilège relatif aux indicateurs. À la date de l'audition du présent appel, la Couronne n'avait pas l'intention de faire témoigner les informateurs.

[16] En mars 2011, l'INT transmettait à la GRC les courriels des informateurs, les rapports d'enquête et d'autres documents. La GRC a alors demandé l'autorisation d'intercepter des communications privées en vertu de la partie VI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en vue de recueillir des éléments de preuve directe de la participation des intimés à la corruption alléguée. Une première autorisation a été accordée, de même que deux autres par la suite.

[17] La procédure d'obtention de ces autorisations est au cœur du présent litige. Le sergent Jamie Driscoll a été chargé de rédiger l'affidavit accompagnant la première demande (appelée dénonciation). Pour rédiger cet affidavit et les deux suivants, le serg. Driscoll s'est appuyé en grande partie sur les renseignements transmis par l'INT, lesquels étaient fondés sur les communications de cette dernière avec les informateurs et les connaissances de M. Haynes quant au processus de soumission. Le sergent Driscoll s'est également entretenu directement avec l'un des informateurs.

[18] Le sergent Driscoll n'a pas pris de notes manuscrites lors de cette tâche. Tous ses courriels pour la période correspondant à l'enquête ont été perdus à cause d'un problème informatique, mais par ailleurs beaucoup ont pu être récupérés d'autres sources. Les intimés invoquent ces lacunes à l'appui de leur demande de communication de documents. Nous nous y attarderons davantage lors de notre analyse de la demande de type *Garofoli*.

[19] La GRC a demandé et obtenu l'autorisation de faire de l'écoute électronique le 24 mai 2011. D'autres autorisations ont été accordées le 24 juin et le 8 août de la même année, et, en septembre, un mandat de perquisition a été délivré.

[20] Mr. Ismail and Mr. Shah were charged first, in early 2012. Both were committed for trial after a preliminary hearing in April 2013 and indicted in May 2013. On September 17, 2013, the Crown charged Mr. Wallace and Mr. Bhuiyan and, the following month, joined their proceedings to Mr. Ismail's and Mr. Shah's by direct indictment.

[21] The Crown intends to present intercepted communications at trial. In addition, an alleged co-conspirator, Muhammad Mustafa, has agreed to testify as a Crown witness against the respondents.

[22] As a result of the investigation, the World Bank Group cancelled its financing for the Padma Bridge and debarred SNC-Lavalin from participating in World Bank Group-funded projects for 10 years.

II. Decision Below

[23] The decision under review arises from an application brought in the Ontario Superior Court of Justice, in which the respondents sought the validation of two subpoenas issued to Mr. Haynes and Mr. Kim, as well as an order requiring production of the following documents (the "INT's records"):

- a. All notes, memoranda, emails, correspondence and reports received or sent by Mr. Paul Haynes of INT regarding the Investigation;
- b. All source documents from all so-called "tipsters" sent to INT, whether or not such information was shared with the RCMP as part of INT's cooperation with the RCMP investigation into the Padma Bridge Project;
- c. All emails and other communications between INT and the tipsters;
- d. Any sanctions or settlements entered into by the World Bank with any third parties as a result of the Investigation;

[20] MM. Ismail et Shah furent les premiers accusés, et ce au début de 2012. Leurs affaires ont été renvoyées à procès après une enquête préliminaire en avril 2013, et ils ont été mis en accusation en mai 2013. Le 17 septembre 2013, la Couronne accusait MM. Wallace et Bhuiyan et, le mois suivant, elle réunit leurs dossiers à ceux de MM. Ismail et Shah par voie de mise en accusation directe.

[21] Au procès, la Couronne entend introduire en preuve des communications interceptées. En outre, l'un des complices présumés, M. Muhammad Mustafa, a accepté d'être témoin à charge.

[22] Par suite de son enquête, le Groupe a annulé sa participation au financement du pont sur la Padma et radié SNC-Lavalin de toute participation à l'égard des projets financés par le Groupe pour une période de 10 ans.

II. Décision de l'instance inférieure

[23] La décision faisant l'objet du présent appel découle d'une demande présentée par les intimés à la Cour supérieure de justice de l'Ontario en vue de faire valider deux assignations à comparaître délivrées à l'égard de MM. Haynes et Kim et en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à ces derniers de communiquer les documents suivants (les « dossiers de l'INT ») :

[TRADUCTION]

- a. L'ensemble des notes, des mémos, des courriels, de la correspondance et des rapports reçus ou envoyés par M. Paul Haynes de l'INT au sujet de l'enquête;
- b. Tous les documents source provenant de tous ceux qu'on appelle les « informateurs » et envoyés à l'INT, que les renseignements qu'ils contiennent aient ou non été transmis à la GRC dans le cadre de la collaboration de l'INT à l'enquête menée par la GRC en rapport avec le projet du pont sur la Padma;
- c. L'ensemble des courriels et autres communications entre l'INT et les informateurs;
- d. Toute sanction imposée ou tout règlement conclu par la Banque mondiale avec des tiers par suite de l'enquête;

- e. Any other investigative materials relevant to the Investigation in the possession of other World Bank officials, including Christina Ashton-Lewis (Senior Institutional Intelligence Officer), Kunal Gupta (World Bank's Case Intake Unit), Laura Valli (Senior investigator) and Christopher Kim; and
- f. All communications between INT, representatives of SNC, representatives of the Bangladeshi government, members [of] the RCMP and/or the Crown regarding the Investigation, the related RCMP investigation and/or the charges or proceedings commenced by the Crown before the Courts in Ontario.

(2014 ONSC 7449, [2014] O.J. No. 6534 (QL), at Appendix A)

Two issues were raised on the application: (1) whether the World Bank Group could be subject to a production order issued by a Canadian court, and (2) if so, whether in the context of a *Garofoli* application, the documents sought met the test for relevance.

[24] Nordheimer J., the trial judge, found that the INT's archives and personnel formed part of the IBRD, whose immunities are set out in Article VII of the IBRD Articles of Agreement and implemented in Canadian law by an Order in Council, the *International Monetary Fund and International Bank for Reconstruction and Development Order*, P.C. 1945-7421. The immunities and privileges set out in Article VII were therefore *prima facie* applicable to the archives and personnel of the INT. The trial judge further found that both Mr. Haynes and Mr. Kim were acting in an official capacity and were therefore shielded by the personnel immunity provided in Article VII, s. 8. However, he determined that the World Bank Group had waived this personnel immunity.

[25] In so concluding, the trial judge rejected the Crown's submission that the World Bank Group's personnel immunity could only be waived expressly, determining instead that it could be waived either implicitly or expressly. He provided three reasons for this.

- e. Tout autre document ayant trait à l'enquête se trouvant en la possession d'autres représentants de la Banque mondiale, dont Christina Ashton-Lewis (agente principale du renseignement organisationnel), Kunal Gupta (Unité de réception de la Banque mondiale), Laura Valli (enquêteur senior) et Christopher Kim; et
- f. Toutes les communications entre l'INT, les représentants de SNC, les représentants du gouvernement bangladais, les membres [de la] GRC et les procureurs de la Couronne ayant trait à l'enquête, à l'enquête connexe de la GRC et aux accusations ou aux poursuites déposées par la Couronne devant les tribunaux de l'Ontario.

(2014 ONSC 7449, [2014] O.J. No. 6534 (QL), annexe A)

La demande soulevait deux questions, à savoir (1) si le Groupe pouvait être sujet à une ordonnance de communication rendue par un tribunal canadien et (2) dans l'affirmative, si les documents dont la communication était requise satisfaisaient au critère de la pertinence applicable à une demande de type *Garofoli*.

[24] Le juge d'instance, le juge Nordheimer, a exprimé l'avis que les archives et le personnel de l'INT relevaient de la BIRD, les immunités de laquelle sont énoncées à l'article VII de l'Accord relatif à la BIRD et incorporées en droit interne canadien par le *Décret sur le Fonds monétaire international et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement*, C.P. 1945-7421. Les immunités et privilèges énoncés à l'article VII s'appliquaient donc a priori aux archives et au personnel de l'INT. Le juge d'instance a également conclu que MM. Haynes et Kim agissaient à titre officiel et étaient donc protégés par l'immunité du personnel prévue à la section 8 de l'article VII. Cependant, il est arrivé à la conclusion que le Groupe avait levé cette immunité du personnel.

[25] En concluant ainsi, le juge d'instance a rejeté l'argument de la Couronne selon lequel le Groupe pouvait seulement lever l'immunité du personnel de manière expresse. Il fut plutôt d'avis que le Groupe pouvait y renoncer expressément ou implicitement, et ce pour trois raisons.

[26] First, the trial judge noted that the relevant provisions of the Articles of Agreement do not explicitly require an *express* waiver, as do the provisions providing legal process immunity to the United Nations and to the International Monetary Fund.

[27] Second, the trial judge reasoned by analogy that just as a privilege holder cannot choose to selectively reveal some privileged communications but not others, the World Bank Group similarly could not choose to provide some of its documents for use in the criminal prosecution but refuse to provide other relevant documents.

[28] Finally, the trial judge relied on the “benefit/burden exception” to Crown immunity discussed by La Forest J. in *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015. He found that the World Bank Group had chosen to benefit from Canadian criminal proceedings; for example, it had sought to obtain materials seized pursuant to the search warrants and information obtained from the intercepted communications. Consequently, the World Bank Group was obliged to accept the attendant burdens of doing so, which includes compliance with procedural rules.

[29] The trial judge then turned to the archival immunity provided in Article VII, s. 5. He found that the different sections within Article VII of the IBRD Articles of Agreement do not set out discrete free-standing immunities; in other words, archival immunity was not separate from personnel immunity. Accordingly, he concluded that if the World Bank Group had waived its immunity, it had done so for all purposes. In any event, he was not persuaded that the documents at issue should be considered part of the “archives”, which he limited to historical records. Moreover, in his view, the term “inviolable” connoted protection from search and seizure or confiscation, but not from production for inspection.

[30] On the second issue, the trial judge concluded that the documents sought by the respondents were likely relevant to issues that would arise on a

[26] Premièrement, le juge d’instance a signalé que les dispositions pertinentes de l’Accord ne prévoient pas explicitement de renonciation *expresse*, comme c’est le cas des dispositions qui confèrent l’immunité contre les poursuites judiciaires aux Nations Unies et au Fonds monétaire international.

[27] Deuxièmement, procédant par analogie, il a conclu que si le détenteur d’un privilège ne peut décider de révéler certaines communications assujetties au privilège, mais non d’autres, de même, le Groupe ne peut fournir certains documents aux fins de poursuites criminelles et refuser d’en fournir d’autres qui sont pertinents.

[28] Enfin, il a appliqué « l’exception fondée sur les avantages et les obligations » à l’immunité de la Couronne analysée par le juge La Forest dans l’arrêt *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015. Selon le juge d’instance, le Groupe avait choisi de tirer avantage de poursuites criminelles au Canada, en demandant par exemple les éléments saisis lors des perquisitions et des renseignements obtenus lors de l’interception des communications. Le Groupe était donc obligé d’accepter les obligations corollaires, dont celle de se plier aux règles de procédure.

[29] À l’égard de l’inviolabilité des archives prévue à la section 5 de l’article VII, le juge d’instance a conclu que les différentes sections de l’article VII de l’Accord relatif à la BIRD ne créaient pas différentes immunités autonomes; autrement dit, l’inviolabilité des archives n’était pas distincte de l’immunité du personnel. Ainsi, selon lui, si le Groupe avait levé son immunité, il l’avait fait sur toute la ligne. Quoiqu’il en soit, il n’était pas convaincu que les documents faisant l’objet du litige appartenaient réellement aux « archives », lesquelles à son avis ne comprenaient exclusivement que des dossiers historiques. En outre, il a estimé que le terme « inviolable » connotait la protection contre la perquisition, la saisie ou la confiscation plutôt que contre la communication pour examen.

[30] À l’égard de la deuxième question, le juge d’instance a conclu à la pertinence probable des documents que cherchent à obtenir les intimés, dans le

Garofoli application. Virtually all of the information relied on by the affiant in the affidavits filed in support of the wiretap authorizations came from the INT and its investigative file. The affiant did not keep handwritten notes of his work preparing the affidavits. Accordingly, the trial judge ordered that the documents listed under headings a., b., c. and e., in para. 23 above, be produced for review by the court, the second step in an *O'Connor* application.

[31] The World Bank Group appealed the decision to this Court, with leave, on the authority of *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, which allows a third party affected by an order of a superior court judge to challenge that order before this Court.

III. Parties' Submissions

[32] The World Bank Group submits that the INT is a division of the IBRD, and enjoys, as a result, the immunities conferred on that organization. Its personnel are therefore immune from legal processes and its documents are immune from any legal process of compulsion, including production of information and evidence through subpoenas, warrants, or court orders. In their view, the immunities and privileges granted by the Articles of Agreement should be interpreted in a generous and liberal manner, as the immunities are necessary to avoid undue interference in the operations of an international organization.

[33] The World Bank Group argues that the term “waiver” as it applies to its personnel immunity under s. 8 must be interpreted as meaning “express waiver” only, which they define as an expressly stated, positive and intentional act by the President of the World Bank Group or its Executive Board. Regarding the inviolability of the archives under s. 5, the World Bank Group argues that “archives” includes contemporaneous documents, and that archival immunity can never be waived.

contexte d'une demande de type *Garofoli*. Presque tous les renseignements présentés dans les affidavits probants à l'appui des demandes d'autorisation d'écoute électronique provenaient de l'INT et de son dossier d'enquête. Le déposant n'a pas pris de notes manuscrites sur son travail de préparation des affidavits. Par conséquent, le juge a ordonné la communication pour examen par le tribunal des documents énumérés aux articles a., b., c. et e., reproduits au par. 23. Cet examen par le tribunal constitue la deuxième étape dans le cadre d'une demande de type *O'Connor*.

[31] Le Groupe a interjeté appel de la décision devant la Cour, sur autorisation, alléguant les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, selon lesquels des tiers affectés par l'ordonnance d'un juge d'une cour supérieure peuvent la contester devant la Cour.

III. Arguments des parties

[32] Selon le Groupe, comme l'INT constitue une division de la BIRD, elle jouit des immunités conférées à cette dernière. Par conséquent, son personnel est protégé contre les poursuites, et ses documents sont soustraits aux sommations judiciaires, y compris celles visant la communication de renseignements et de preuve tels les assignations, les mandats et les ordonnances. À son avis, les immunités et privilèges que confère l'Accord doivent être interprétés généreusement et libéralement, car les immunités font obstacle à l'ingérence indue dans les opérations d'organisations internationales.

[33] Le Groupe fait valoir que par le verbe « lever » employé à la section 8 à l'égard de l'immunité du personnel, il faut entendre « lever expressément » seulement, ce qui signifie que ce type de renonciation doit être un acte positif, intentionnel et exprès par le président du Groupe ou son comité de direction. Quant à l'inviolabilité des archives prévue à la section 5, le Groupe affirme que le terme « archives » renvoie non seulement à des documents historiques, mais à des documents contemporains également, et qu'il ne peut y avoir renonciation à l'inviolabilité des archives.

[34] The Crown argues that the production order was erroneously issued under Canadian law, and should not have been made regardless of the World Bank Group's immunities. The application for production was brought within the context of a *Garofoli* application to attack the wiretap authorizations. The respondents must therefore show that the evidence sought has a reasonable likelihood of assisting in the *Garofoli* application. On a *Garofoli* application, the affidavit before the authorizing judge is assessed based on what the affiant "knew or ought to have known", not whether the information is true (*R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343, at para. 41). Thus, the documents sought will only be relevant if they can demonstrate that the affiant knew or ought to have known that the information he relied on was false.

[35] The respondent Mr. Wallace argues that the materials sought are likely relevant for the purposes of both a third party records application under the *O'Connor* framework, and the *Garofoli* application. He argues that the RCMP investigative file is incomplete as the affiant did not make adequate notes, and submits that the affiant acknowledged in cross-examination that he had misrepresented facts in his affidavits.

[36] On the issue of immunity, Mr. Wallace argues that there is no evidence explaining how the INT fits within the World Bank Group, or which immunities, if any, apply to the INT.

[37] Mr. Wallace further argues that the INT's personnel are only immune from legal process insofar as is necessary for the INT to perform its functions without undue interference. Mr. Wallace submits that production of the documents sought would not unduly interfere with the IBRD's operations and that, in any event, the INT's investigative file is simply not a part of the IBRD's archives. Finally, Mr. Wallace argues that the immunities of the World

[34] Pour sa part, la Couronne affirme que l'ordonnance de communication ne respecte pas les règles du droit canadien et n'aurait pas dû être rendue sans égard aux immunités conférées au Groupe. La demande de communication de documents a été présentée dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* visant la contestation des autorisations d'écoute électronique. Par conséquent, il revient aux intimés de démontrer l'existence d'une probabilité raisonnable que les éléments de preuve dont la communication est demandée seront utiles au juge appelé à trancher la demande de type *Garofoli*. Dans un tel cas, l'affidavit sur la foi duquel l'autorisation a été délivrée est évalué selon ce que le déposant « savait ou aurait dû savoir » et non selon la véracité des renseignements qu'il contient (*R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343, par. 41). Ainsi, les documents dont la communication est demandée ne sont pertinents que s'ils servent à démontrer que le déposant savait ou aurait dû savoir que les renseignements contenus aux affidavits étaient faux.

[35] Selon M. Wallace, intimé en l'espèce, les documents visés se révéleront probablement pertinents selon les critères établis dans l'arrêt *O'Connor* pour la demande de communication par un tiers et ceux applicables à la demande de type *Garofoli*. Selon lui, le dossier d'enquête de la GRC serait incomplet, car les notes du déposant laissent à désirer. Il prétend aussi que le déposant aurait admis en contre-interrogatoire avoir présenté les faits de manière inexacte dans ses affidavits.

[36] En ce qui a trait à l'immunité, l'intimé Wallace fait valoir que la preuve est muette quant à la place qu'occupe l'INT au sein du Groupe ou aux immunités qui s'appliquent à l'INT, s'il en est.

[37] Il ajoute que le personnel de l'INT est soustrait aux poursuites seulement dans la mesure nécessaire pour permettre à cette dernière d'exercer ses fonctions sans subir d'ingérence indue. Selon lui, la communication des documents recherchés ne constituerait pas une ingérence indue dans le fonctionnement de la BIRD et, au surplus, le dossier d'enquête de l'INT ne fait tout simplement pas partie des archives de la BIRD. Enfin, M. Wallace

Bank Group's constituent organizations are subject to implicit waiver, and that the World Bank Group waived any immunity by its conduct when it actively participated in the domestic criminal investigation and prosecution of the respondents.

[38] On the issue of immunity, the respondent Mr. Bhuiyan also submits that s. 3 of Article VII — stating that “[a]ctions may be brought against the [IBRD]” by private parties in jurisdictions in which the IBRD has a legal presence — demonstrates that Parliament did not intend for the World Bank Group to be immune from Canadian judicial process.

[39] A number of interveners also presented submissions before this Court. Transparency International Canada Inc. and Transparency International e.V. stress the importance of protecting whistleblowers, and submit that failure to uphold an international organization's immunities in a context such as this may result in a chilling effect on these organizations' cooperation with domestic criminal prosecutions. The European Bank for Reconstruction and Development, the Organisation for Economic Co-operation and Development, the African Development Bank Group, the Asian Development Bank, the Inter-American Development Bank and the Nordic Investment Bank submit that the waiver of archival and personnel immunities must always be express, and can never be implied. In their view, only a requirement of express waiver can provide the needed protection and ensure uniformity across international organizations' member states.

[40] The British Columbia Civil Liberties Association, for its part, submits that the right to make full answer and defence, recognized in both domestic and international law, compels the recognition of an implied waiver of immunity in certain circumstances. In a similar vein, the Criminal Lawyers' Association (Ontario) argues that, when deciding whether to compel an international organization

prétend que les immunités dont jouissent les organisations qui composent le Groupe peuvent faire l'objet d'une renonciation implicite et que le Groupe a renoncé à toute immunité en participant activement à l'enquête criminelle et aux poursuites des intimés menées au Canada.

[38] Au sujet de l'immunité, l'intimé M. Bhuiyan fait aussi valoir que le libellé de la section 3 de l'article VII — selon lequel « [i]l ne pourra être intenté d'action en justice contre la Banque que » par des parties privées dans des territoires où elle a une présence juridique — démontre que le législateur n'entendait pas soustraire le Groupe aux poursuites judiciaires au Canada.

[39] Un certain nombre d'intervenants ont également plaidé devant la Cour. Transparency International Canada Inc. et Transparency International e.V. soulignent l'importance de la protection des dénonciateurs et font valoir que si les immunités des organisations internationales ne sont pas respectées dans un contexte comme celui-ci, ces organisations hésiteront à l'avenir à prêter leur concours dans le cadre de poursuites criminelles intentées dans un pays donné. La Banque européenne pour la reconstruction et le développement, l'Organisation de coopération et de développement économiques, le Groupe de la Banque africaine de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque interaméricaine de développement et la Banque nordique d'investissement soutiennent que la renonciation à l'inviolabilité des archives et à l'immunité du personnel doit dans tous les cas être expresse; elle ne peut être implicite. À leur avis, c'est seulement en reconnaissant la nécessité d'une renonciation expresse qu'on peut assurer la protection voulue et l'uniformité de traitement des organisations internationales au sein des États membres.

[40] Pour sa part, l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique soutient que le droit de présenter une défense pleine et entière, consacré tant en droit canadien qu'en droit international, exige dans certaines circonstances que soit reconnue la possibilité d'une renonciation implicite à l'immunité. Dans le même ordre d'idée, la Criminal Lawyers' Association (Ontario) fait valoir

to produce its records in the context of a criminal proceeding, the public interest in upholding the immunity must be balanced against the accused's constitutional right to make full answer and defence.

IV. Analysis

A. *Admission of Fresh Evidence*

[41] As a preliminary matter, the respondents ask that portions of the World Bank Group's record and factum be struck out on the ground that they constitute fresh evidence that was not before the trial judge. They primarily take issue with two affidavits. The Mikhlin-Oliver affidavit provides information about the organization and operations of the World Bank Group, and some background on the investigation in the present case. The Gilliam affidavit sets out the chronology of the prosecution, and describes the state of disclosure. Much of the evidence contained in the affidavits was presented in some form before the trial judge.

[42] As the present matter is an appeal of a pre-trial motion, we do not have the benefit of a full trial record. In addition, the World Bank Group did not appear in front of the trial judge to assert its immunity. It relied instead on the Crown to do so, which it was entitled to do. Although the affidavits are not admissible as fresh evidence, we find that they assist in completing the record before this Court (see *Law Society of British Columbia v. Mangat*, S.C.C., No. 27108, August 31, 2000, order by Arbour J. (*Bulletin of Proceedings*, September 29, 2000, at p. 1542); *Taypotat v. Taypotat*, S.C.C., No. 35518, August 7, 2014, order by Moldaver J. (*Bulletin of Proceedings*, August 29, 2014, at p. 1292)). Consequently, we admit the affidavits for the limited purpose of providing procedural context to this appeal, which includes the extent of the information which the Crown has disclosed to the respondents.

qu'il faut, pour décider s'il convient de contraindre une organisation internationale à communiquer ses dossiers dans le cadre d'une poursuite criminelle, évaluer d'une part l'intérêt public au respect de l'immunité et d'autre part le droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

IV. Analyse

A. *Admission de nouveaux éléments de preuve*

[41] À titre préliminaire, les intimés demandent la radiation de certains passages du dossier et du mémoire du Groupe au motif qu'il s'agit de nouveaux éléments de preuve qui n'étaient pas à la disposition du juge d'instance. Ils contestent principalement deux affidavits. L'affidavit Mikhlin-Oliver présente des renseignements sur l'organisation et les opérations du Groupe ainsi que des renseignements contextuels à propos de l'enquête en question. L'affidavit Gilliam présente la chronologie des poursuites et l'état de la divulgation de la preuve. La plupart des éléments consignés dans ces affidavits ont été présentés au juge d'instance sous une forme ou une autre.

[42] Comme le présent pourvoi porte sur une demande préliminaire, nous ne disposons pas d'un dossier complet de première instance. En outre, le Groupe n'a pas comparu devant le juge d'instance pour invoquer son immunité. Il s'en est plutôt remis à la Couronne à cet égard, ce qu'il est en droit de faire. Bien que les affidavits ne soient pas admissibles à titre de nouvelle preuve, nous estimons qu'ils sont utiles pour compléter le dossier de la Cour (voir *Law Society of British Columbia c. Mangat*, C.S.C., n° 27108, ordonnance du 31 août 2000 rendue par le juge Arbour (*Bulletin des procédures* du 29 septembre 2000, p. 1542); *Taypotat c. Taypotat*, C.S.C., n° 35518, ordonnance du 7 août 2014 rendue par le juge Moldaver (*Bulletin des procédures* du 29 août 2014, p. 1292)). Par conséquent, nous admettons les affidavits aux seules fins de compléter le contexte procédural de cette affaire, auquel se rapportent tous les renseignements divulgués aux intimés par la Couronne.

B. *The Archival and Personnel Immunities Conferred by the Articles of Agreement*

(1) Background

[43] The World Bank Group does not itself benefit from any immunities conferred by international treaty, and the parties to the present dispute have not pleaded any immunity flowing from customary international law. Rather, certain immunities have been conferred on the World Bank Group's five constituent organizations by their 188 member states. As outlined above, these constituent organizations are the IBRD, the IDA, the International Finance Corporation, the Multilateral Investment Guarantee Agency and the International Centre for Settlement of Investment Disputes. Each of these five institutions has its own set of governing documents, which set out the immunities and privileges the organization is to enjoy in the territory of each member state. The Articles of Agreement of the IBRD and the IDA are most relevant for the purposes of the present appeal.

[44] The IBRD was created alongside the International Monetary Fund at the Bretton Woods Conference in 1944. Its principal purpose was to promote the reconstruction and development of its member states by providing financing on more favourable terms (Articles of Agreement of the IBRD, Article I). Article VII of the IBRD's Articles of Agreement sets out the immunities and privileges to be accorded to the IBRD in the territories of each member state.

[45] The IDA was created in 1960. Its purpose is to further the IBRD's overall objective of promoting economic development by providing financing on more favourable terms to less-developed countries in particular (Articles of Agreement of the IDA, Article I). It was through the IDA that the World Bank Group sought to loan the Government of Bangladesh US\$1.2 billion for the construction of the Padma Bridge. The IDA's immunities are set out in Article VIII of its Articles of Agreement and are, for the purposes of the present appeal, identical to those accorded to the IBRD.

B. *Inviolabilité des archives et immunité du personnel conférées par l'Accord et les Statuts*

(1) Contexte

[43] Le Groupe ne jouit d'aucune immunité conférée par traité international, et les parties au litige n'ont soulevé l'existence d'aucune immunité découlant du droit international coutumier. En revanche, les cinq organisations qui composent le Groupe se sont vu accorder des immunités par leurs 188 États membres. Tel qu'indiqué plus avant, ces organisations sont la BIRD, l'IDA, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. Chacune est régie par ses propres statuts, lesquels énoncent les immunités et privilèges dont jouit chaque organisation sur le territoire de chaque État membre. L'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA sont des plus pertinents en l'espèce.

[44] La BIRD a été créée en même temps que le Fonds monétaire international lors de la Conférence qui s'est tenue à Bretton Woods en 1944. Elle a principalement pour but de favoriser la reconstruction et le développement des États membres en offrant des conditions favorables de financement (Accord relatif à la BIRD, article premier). L'article VII de l'Accord relatif à la BIRD énonce les immunités et privilèges accordés à cette dernière sur le territoire de chacun des États membres.

[45] Fondée en 1960, l'IDA a pour objectif de poursuivre le but principal de la BIRD, qui consiste à favoriser le développement économique, en offrant des conditions favorables de financement, tout particulièrement à des pays moins développés (Statuts de l'IDA, article premier). C'est par l'IDA que le Groupe s'est montré disposé à prêter 1,2 milliard \$ US au gouvernement du Bangladesh en vue de la construction du pont sur la Padma. Les immunités dont jouit l'IDA sont énoncées à l'article VIII de ses Statuts. Pour les besoins du présent pourvoi, elles sont identiques à celles conférées à la BIRD.

[46] The immunities accorded in the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA have been implemented in Canadian law by two Orders in Council, the *International Monetary Fund and International Bank for Reconstruction and Development Order*, and the *International Development Association, International Finance Corporation and Multilateral Investment Guarantee Agency Privileges and Immunities Order*, SOR/2014-137 (collectively the “Orders in Council”). The Articles of Agreement of the IBRD and the IDA have been “approved” by Parliament in their entirety through the *Bretton Woods Act*. There is no dispute between the parties that the relevant immunities have the force of law in Canada.

[47] As is the case with implementing legislation, the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA must be interpreted in accordance with the general rules of interpretation set out in the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (“*Vienna Convention*”) (*Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, at paras. 11-12; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 35; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 51-52; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at pp. 577-78). These general rules, set out in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention, are similar to the modern approach to statutory interpretation affirmed by this Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. It is worth reproducing them at length:

ARTICLE 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

[46] Les immunités conférées par l’Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l’IDA ont été incorporées en droit interne canadien en vertu de deux décrets, à savoir le *Décret sur le Fonds monétaire international et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement* et le *Décret sur les privilèges et immunités relatifs à l’Association internationale de développement, à la Société financière internationale et à l’Agence multilatérale de garantie des investissements*, DORS/2014-137 (collectivement les « Décrets »). L’Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l’IDA ont été « approuvés » dans leur intégralité par le Parlement canadien, qui les a annexés à la *Loi sur les accords de Bretton Woods*. Les parties ne contestent pas que les immunités pertinentes ont force de loi au Canada.

[47] À l’instar des lois de mise en œuvre, l’Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l’IDA doivent être interprétés conformément aux règles générales d’interprétation énoncées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 (« *Convention de Vienne* ») (*Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, par. 11-12; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 35; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 51-52; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, p. 577-578). Ces règles générales, énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, sont similaires à la démarche moderne d’interprétation législative confirmée par la Cour dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Il est utile de les reproduire intégralement :

ARTICLE 31

Règle générale d’interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l’interprétation d’un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

- (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;
 - (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account together with the context:
- (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
 - (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
 - (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.
4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

ARTICLE 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

- (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
- (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Thus, pursuant to the *Vienna Convention*, the scope of the immunities at issue must be interpreted in accordance with the ordinary meaning of the treaty terms and in light of their purpose and object.

[48] Sections 5 and 8 of the IBRD's and the IDA's Articles of Agreement provide as follows:

IBRD Articles of Agreement, Article VII

Section 5 *Immunity of archives*

The archives of the Bank shall be inviolable.

- a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
 - b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
- a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
 - b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
 - c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

ARTICLE 32

Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Ainsi, aux termes de la *Convention de Vienne*, l'étendue des immunités en litige doit être interprétée suivant le sens ordinaire des mots du traité et à la lumière de leurs but et objet.

[48] Les sections 5 et 8 de l'Accord relatif à la BIRD et des Statuts de l'IDA sont ainsi rédigés :

Accord relatif à la BIRD, article VII

Section 5 *Inviolabilité des archives*

Les archives de la Banque seront inviolables.

Section 8 *Immunities and privileges of officers and employees*

All governors, executive directors, alternates, officers and employees of the Bank

- (i) shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity except when the Bank waives this immunity;

IDA Articles of Agreement, Article VIII**Section 5** *Immunity of Archives*

The archives of the Association shall be inviolable.

Section 8 *Immunities and Privileges of Officers and Employees*

All Governors, Executive Directors, Alternates, officers and employees of the Association

- (i) shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity except when the Association waives this immunity;

[49] There remains a certain ambiguity regarding where the INT fits within the World Bank Group's overall structure, and whether it benefits in Canada from the immunities conferred on the World Bank Group's constituent entities. This ambiguity remains in large part because of a dearth of evidence in the record. From this, the trial judge limited himself to noting that the INT is "an independent unit within the World Bank Group reporting directly to the President", and that it was unclear "whether the INT is structurally part of one of the five entities making up the World Bank Group, in terms of its governance, or whether it is separate and apart from them" (para. 24).

[50] Notwithstanding this operational independence, we are of the view that the INT's documents form part of either the IBRD's or the IDA's archives, and that the INT's personnel benefit from either the IBRD's or the IDA's legal process immunity for acts performed in an official capacity. Because these immunities are identical, we need not determine conclusively whether it is Article VII of the IBRD's Articles of Agreement or Article VIII of the IDA's Articles of Agreement that applies.

Section 8 *Immunités et privilèges des fonctionnaires et employés*

Tous les gouverneurs, administrateurs, suppléants, fonctionnaires et employés de la Banque :

- (i) ne pourront faire l'objet de poursuites à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf lorsque la Banque aura levé cette immunité;

Statuts de l'IDA, article VIII**Section 5** *Inviolabilité des archives*

Les archives de l'Association sont inviolables.

Section 8 *Immunités et privilèges des dirigeants et du personnel*

Les gouverneurs, administrateurs, suppléants, dirigeants et membres du personnel de l'Association :

- (i) ne pourront être l'objet de poursuites en raison des actes accomplis par eux dans l'exercice officiel de leurs fonctions, sauf lorsque l'Association aura levé cette immunité;

[49] Une certaine ambiguïté subsiste quant à la place qu'occupe l'INT au sein de la structure d'ensemble du Groupe et quant à savoir si l'INT jouit au Canada des immunités conférées aux organisations qui composent le Groupe. Cette ambiguïté découle en grande partie d'une lacune au niveau de la preuve. À cet égard, le juge d'instance a seulement noté que l'INT constitue [TRADUCTION] « une unité indépendante au sein du Groupe de la Banque mondiale qui relève directement du président » et qu'on ne sait pas « si l'INT fait partie de l'une des cinq organisations qui composent le Groupe de la Banque mondiale, sur le plan de son administration, ou si elle en est distincte » (par. 24).

[50] En dépit de cette indépendance fonctionnelle, nous sommes d'avis que les documents de l'INT appartiennent aux archives de la BIRD ou de l'IDA et que ses employés jouissent de l'immunité des poursuites accordée à ces dernières à l'égard des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Comme les immunités sont identiques, point n'est besoin de décider quelle disposition — soit l'article VII de l'Accord relatif à la BIRD, soit l'article VIII des Statuts de l'IDA — s'applique.

[51] The INT forms part of the World Bank Group's integrity regime. It is charged with identifying and investigating allegations and other indications that sanctionable practices may have occurred in connection with projects financed by the World Bank Group, and in commencing internal sanctions proceedings when appropriate. The legal foundation for this integrity regime is laid out by the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA, which require these organizations to make arrangements to ensure that funds are used for their intended purpose and with due attention to economy and efficiency. Article III, s. 5(b) of the IBRD Articles of Agreement provides:

(b) The Bank shall make arrangements to ensure that the proceeds of any loan are used only for the purposes for which the loan was granted, with due attention to considerations of economy and efficiency and without regard to political or other non-economic influences or considerations.

[52] In the same spirit, Article V, ss. 1(g) and 1(h) of the IDA Articles of Agreement provide:

(g) The Association shall make arrangements to ensure that the proceeds of any financing are used only for the purposes for which the financing was provided, with due attention to considerations of economy, efficiency and competitive international trade and without regard to political or other non-economic influences or considerations.

(h) Funds to be provided under any financing operation shall be made available to the recipient only to meet expenses in connection with the project as they are actually incurred.

[53] Because the Articles of Agreement of the IBRD and the IDA provide the legal foundation for the World Bank Group's integrity regime, and by extension the INT, common sense demands that the immunities outlined in those Articles of Agreement shield the documents and personnel of the INT. After all, the immunities outlined in the respective Articles of Agreement are accorded to enable the IBRD and the IDA to fulfill the functions with which they are entrusted (Article VII, s. 1 of the

[51] L'INT fait partie du régime d'intégrité du Groupe. Son mandat consiste à mener des enquêtes si elle décèle des actes passibles de sanctions commis dans le cadre des projets financés par le Groupe ou si on lui fait part d'allégations en ce sens. L'INT enclenche également la procédure de sanctions internes, si besoin est. Le fondement juridique de ce régime d'intégrité est énoncé dans l'Accord relatif à la BIRD et dans les Statuts de l'IDA, lesquels obligent ces dernières à prendre les mesures nécessaires pour faire en sorte que les fonds soient utilisés aux fins pour lesquelles ils ont été prêtés, et que toute l'attention requise soit accordée aux considérations d'économie et de rendement. L'article III, al. 5b) de l'Accord relatif à la BIRD est ainsi rédigé :

b) La Banque prendra des dispositions garantissant que les sommes provenant d'un prêt quelconque seront exclusivement utilisées aux fins en vue desquelles le prêt a été accordé, en donnant aux considérations d'économie et de rendement l'importance qui leur est due et sans tenir compte des influences ou des considérations d'ordre politique ou de toutes autres influences ou considérations qui ne sont pas d'ordre économique.

[52] Dans le même esprit, les al. 1g) et h) de l'article V des Statuts de l'IDA énoncent :

g) L'Association prendra des dispositions en vue d'obtenir que le produit d'un financement soit consacré exclusivement aux objets pour lesquels il a été accordé, compte dûment tenu des considérations d'économie, de rendement, et de concurrence des échanges internationaux, et sans laisser intervenir des influences ou considérations politiques ou extra-économiques.

h) Les fonds à fournir au titre d'une opération de financement ne seront mis à la disposition du bénéficiaire que pour faire face à des dépenses liées au projet, au fur et à mesure qu'elles seront réellement effectuées.

[53] L'Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l'IDA constituant le fondement juridique du régime d'intégrité du Groupe — et partant l'INT —, le bon sens veut que les immunités qui y sont prévues s'appliquent aux documents et au personnel de l'INT. Après tout, ces immunités ont été accordées à la BIRD et à l'IDA pour leur permettre d'exercer les fonctions qui leur ont été confiées (section 1, article VII de l'Accord relatif à la BIRD; section 1, article VIII des Statuts de l'IDA). Le juge d'instance

IBRD Articles of Agreement; Article VIII, s. 1 of the IDA Articles of Agreement). In support of this conclusion, the trial judge observed that the letterhead used by the Director, Operations for the INT bears the name of the IBRD, which provides some evidence that the World Bank Group considers the INT to be part of the IBRD. We turn now to consider the immunities set out in ss. 5 and 8, namely, when they apply, their scope, and under what conditions they may be waived.

(2) Is Section 3 Engaged?

[54] Mr. Bhuiyan argues that Article VII, s. 3 of the IBRD's Articles of Agreement (or Article VIII, s. 3 of the IDA's Articles of Agreement) expressly permits the respondents' document production order, notwithstanding the IBRD's or the IDA's other immunities. Section 3 reads as follows:

Actions may be brought against the [IBRD or IDA] only in a court of competent jurisdiction in the territories of a member in which the [IBRD or IDA] has an office, has appointed an agent for the purpose of accepting service or notice of process, or has issued or guaranteed securities. No actions shall, however, be brought by members or persons acting for or deriving claims from members. The property and assets of the [IBRD or IDA] shall, wheresoever located and by whomsoever held, be immune from all forms of seizure, attachment or execution before the delivery of final judgment against the [IBRD or IDA].

[55] In our view, s. 3 is not engaged in the present appeal. Section 3 confirms that the IBRD and the IDA, unlike many other international organizations, can be the subject of a lawsuit in a court of competent jurisdiction. This can be explained on the grounds that the IBRD and the IDA, in addition to other international development banks, engage in borrowing and lending operations and, in order to attract lender confidence, the IBRD's and the IDA's creditors must have access to courts to recover their

a appuyé sa conclusion à cet égard sur le fait que l'en-tête du papier à lettres utilisé par la direction des Opérations de l'INT mentionne la BIRD, ce qui tend à prouver que, pour le Groupe, l'INT fait partie de la BIRD. Nous procédons maintenant à l'analyse des immunités énoncées dans les sections 5 et 8, à savoir les circonstances dans lesquelles elles s'appliquent, leur portée et à quelles conditions il peut y avoir renonciation.

(2) La section 3 s'applique-t-elle?

[54] Selon M. Bhuiyan, la section 3 de l'article VII de l'Accord relatif à la BIRD (ou la section 3 de l'article VIII des Statuts de l'IDA) permet expressément que soit rendue l'ordonnance de communication de documents sollicitée par les intimés, peu importe les autres immunités dont jouissent la BIRD ou l'IDA. La section 3 de l'article VII de l'Accord est ainsi libellée :

Il ne pourra être intenté d'action en justice contre la Banque que devant un tribunal dont la compétence s'étend aux territoires d'un État membre dans lesquels elle possède un bureau ou dans lesquels elle a nommé un agent aux fins de recevoir les assignations ou significations d'ordre judiciaire ou dans lesquels elle a émis ou garanti des valeurs. Toutefois, aucune action en justice ne pourra être intentée par des États membres ou par des personnes agissant pour le compte desdits États ou faisant valoir des droits qu'ils tiennent de ceux-ci. Les biens et avoirs de la Banque, en quelque lieu qu'ils se trouvent et quels qu'en soient les détenteurs, bénéficieront d'une immunité en ce qui concerne toute forme de saisie-exécution, saisie-arrêt ou mesure d'exécution tant qu'une décision non susceptible de recours n'aura pas été rendue contre la Banque. [Le libellé des Statuts de l'IDA, sans être identique, est équivalent.]

[55] Nous sommes d'avis que la section 3 ne s'applique pas en l'espèce. Cette disposition ne fait que confirmer que la BIRD et l'IDA, contrairement à nombre d'autres organisations internationales, peuvent être poursuivies devant un tribunal compétent. Cela tient au fait que la BIRD et l'IDA, comme d'autres banques internationales pour le développement, participent à des opérations de prêt et d'emprunt, et, pour inspirer confiance aux prêteurs, il faut que les créanciers de la BIRD et de l'IDA

claims (A. Reinisch and J. Wurm, “International Financial Institutions before National Courts”, in D. D. Bradlow and D. B. Hunter, eds., *International Financial Institutions and International Law* (2010), 103, at pp. 123-24; P. Sands and P. Klein, *Bowett’s Law of International Institutions* (6th ed. 2009), at p. 496). The present appeal involves a request for document production directed at personnel of the INT in the context of criminal charges. It is simply not the kind of action contemplated by s. 3.

(3) Are the Immunities Outlined in the Articles of Agreement “Functional”?

[56] The respondents argue that the immunities outlined in ss. 5 and 8 are “functional”. On the respondents’ understanding, a functional immunity is one that only applies where it has been specifically demonstrated that the immunity is necessary for the organization to carry out its operations and responsibilities. This was indeed the case for the immunity considered by this Court in *Amaratunga*. By contrast, an immunity said to be “absolute” is not subject to this case-by-case determination of functional necessity.

[57] To support their theory, the respondents draw this Court’s attention to s. 1, which states as follows: “To enable the [IBRD or IDA] to fulfill the functions with which [they are] entrusted, the status, immunities and privileges [set forth or provided] in this Article shall be accorded to the [IBRD or IDA] in the territories of each member.”

[58] A plain reading suggests that this is merely a descriptive, purposive clause. It states the reason for accorded the IBRD and the IDA the immunities set out in Article VII and Article VIII of their respective Articles of Agreement. As the Court of First Instance of Brussels concluded with regards to similar immunities outlined in the governing agreement of the African Development Bank, this kind of purposive clause explains why the enumerated immunities were granted. It is not meant

aient la possibilité d’ester en justice pour recouvrer leur créance (A. Reinisch et J. Wurm, « International Financial Institutions before National Courts », dans D. D. Bradlow et D. B. Hunter, dir., *International Financial Institutions and International Law* (2010), 103, p. 123-124; P. Sands et P. Klein, *Bowett’s Law of International Institutions* (6^e éd. 2009), p. 496). Le présent pourvoi porte sur une demande de communication de documents visant le personnel de l’INT dans le contexte d’accusations en matière criminelle. Ce n’est tout simplement pas le genre de poursuite dont il est question à la section 3.

(3) Les immunités définies dans l’Accord et dans les Statuts sont-elles « fonctionnelles »?

[56] Les intimés soutiennent que les immunités prévues aux sections 5 et 8 sont [TRADUCTION] « fonctionnelles ». Selon eux, une immunité fonctionnelle ne s’applique uniquement que si sa nécessité a été expressément démontrée pour l’exercice des opérations et responsabilités de l’organisation. C’est effectivement ce que la Cour a conclu dans l’arrêt *Amaratunga* relativement à l’immunité en cause. En revanche, une immunité dite « absolue » n’exige pas d’analyse au cas par cas visant à déterminer s’il y a nécessité fonctionnelle.

[57] Au soutien de leur thèse, les intimés attirent l’attention de la Cour sur la section 1, ainsi libellée : « Pour mettre la Banque en mesure de remplir les fonctions qui lui sont confiées, le statut, les immunités et privilèges définis dans le présent article seront accordés à la Banque dans les territoires de chaque État membre » (le libellé des Statuts de l’IDA, sans être identique, est équivalent).

[58] Le sens ordinaire des termes utilisés révèle qu’il s’agit simplement d’une disposition téléologique descriptive. Elle exprime la raison d’être des immunités conférées à la BIRD et à l’IDA par les articles VII et VIII de l’Accord et des Statuts. Comme l’a conclu le Tribunal de première instance de Bruxelles, au sujet d’immunités similaires énoncées dans les statuts régissant la Banque africaine de développement, de telles dispositions téléologiques expliquent pourquoi les immunités qu’elles

to require international organizations to justify the application of the asserted immunity (*Scimet v. African Development Bank* (1997), 128 I.L.R. 582, at p. 584). Our conclusion that the provision is only an interpretive aid is further supported by the fact that, unlike ss. 3, 5 and 8, s. 1 is not implemented in Canadian law through the Orders in Council.

[59] In addition, the ss. 5 and 8 immunities are not subject to any express condition of functional necessity. This distinguishes ss. 5 and 8 from the functional immunity provision this Court considered in *Amaratunga*, which stated that the Northwest Atlantic Fisheries Organization “shall have in Canada the legal capacities of a body corporate and shall, to such extent as may be required for the performance of its functions, have the privileges and immunities set forth in Articles II and III of the Convention for the United Nations” (*Northwest Atlantic Fisheries Organization Privileges and Immunities Order*, SOR/80-64, s. 3(1)).

[60] It is noteworthy that this express condition is stipulated in s. 6 of Article VII and Article VIII. By virtue of s. 6, “all property and assets” of the IBRD and the IDA shall be free from “restrictions, regulations, controls and moratoria of any nature”, but *only* “[t]o the extent necessary to carry out the operations provided for in [the Articles of Agreement]”. These words would be meaningless if the privileges and immunities outlined in Articles VII and VIII were already subject to this condition by virtue of s. 1.

[61] Fundamentally, the respondents misinterpret the role and significance of s. 1. Functional forms of immunity appear to be inspired from the broad and flexible immunity outlined in the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7 (“U.N. Charter”) (A. Reinisch, “Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction”, in A. Reinisch, ed., *The Privileges and*

prévoient ont été accordées. Elles n’ont pas pour objet d’obliger les organisations internationales à justifier l’application des immunités revendiquées (*Scimet c. African Development Bank* (1997), 128 I.L.R. 582, p. 584). Notre conclusion selon laquelle la disposition ne constitue qu’un outil d’interprétation est de plus étayée par le fait que la section 1, contrairement aux sections 3, 5 et 8, n’a pas été incorporée au droit interne par les Décrets.

[59] De plus, l’application des immunités définies aux sections 5 et 8 n’est pas subordonnée à l’existence d’une quelconque nécessité fonctionnelle. Ceci distingue les sections 5 et 8 de la disposition relative à une immunité fonctionnelle examinée par notre Cour dans l’arrêt *Amaratunga*, aux termes de laquelle l’Organisation des pêches de l’Atlantique nord-ouest « possède, au Canada, la capacité juridique d’un corps constitué et possède, dans la mesure où ses fonctions l’exigent, les privilèges et les immunités prévus pour les Nations Unies aux Articles II et III de la Convention » (*Décret sur les privilèges et immunités de l’Organisation des pêches de l’Atlantique nord-ouest*, DORS/80-64, par. 3(1)).

[60] Il convient de noter que cette condition expresse est prévue à la section 6 des articles VII et VIII respectivement. En effet, aux termes de la section 6 de l’Accord relatif à la BIRD, « tous les biens et avoirs » de la BIRD seront exempts de « restrictions, réglementations, contrôles et moratoires de toute nature », mais *seulement* « [d]ans la mesure nécessaire à l’accomplissement des opérations prévues dans [l’Accord] » (le libellé des Statuts de l’IDA, sans être identique, est équivalent). Ces mots ne signifieraient rien si les privilèges et immunités définis aux articles VII et VIII étaient déjà assujettis à cette condition par l’effet de la section 1.

[61] Au fond, les intimés interprètent erronément le rôle et l’importance de la section 1. Les immunités fonctionnelles semblent procéder de l’immunité large et souple définie dans la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7 (la « Charte de l’ONU ») (A. Reinisch, « Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction », dans A. Reinisch, dir., *The Privileges and*

and Immunities of International Organizations in Domestic Courts (2013), 1, at p. 5). Rather than enumerate specific immunities, Article 105(1) of the U.N. Charter simply provides that “[t]he Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes”. Article 105(2) of the U.N. Charter extends this protection to representatives and officials of the U.N., subject to the same condition. As Anthony J. Miller has stated:

This approach of formulating privileges and immunities in general terms, rather than as a series of detailed rules, enabled the drafters of the Charter to closely connect privileges and immunities “to the realization of the purposes of the Organization, to the free functioning of its organs and to the independent exercise of the functions and duties of officials”, rather than trying to formulate concrete provisions dealing with particular privileges and immunities. [Footnote omitted.]

(“The Privileges and Immunities of the United Nations” (2009), 6 *I.O.L.R.* 7, at p. 16)

[62] However, flexibility is bought at the price of uncertainty, as what is “functional” is essentially a matter of perspective (J. Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (3rd ed. 2015), at p. 132; C. W. Jenks, *International Immunities* (1961), at p. 26; A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (2000), at p. 206).

[63] Instead of committing the IBRD and the IDA to this uncertainty, the signatory states of the Articles of Agreement set out, in advance, the specific immunities that would enable these organizations to fulfill their responsibilities. The very wording of s. 1 suggests that this was an explicit choice; the immunities are accorded “[t]o enable the [IBRD or IDA] to fulfill the functions with which [they are] entrusted”. To import an added condition of functional necessity would undermine what appears to be a conscious choice to enumerate the specific immunities rather than to rely on one broad, functional grant of immunity.

Immunities of International Organizations in Domestic Courts (2013), 1, p. 5). Plutôt que d’énumérer des immunités précises, le par. 1 de l’article 105 de la Charte de l’ONU prévoit simplement que « [l’] Organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses Membres, des privilèges et immunités qui lui sont nécessaires pour atteindre ses buts ». Le paragraphe 2 étend cette protection aux représentants et fonctionnaires de l’ONU, sous réserve de la même condition. Pour reprendre les propos d’Anthony J. Miller :

[TRADUCTION] Cette approche qui consiste à définir des privilèges et des immunités en termes généraux, et non comme une suite de règles détaillées, a permis aux rédacteurs de la Charte de lier étroitement les privilèges et immunités « à la réalisation des buts de l’Organisation, au bon fonctionnement de ses organes, à l’exercice indépendant des fonctions et attributions des fonctionnaires », plutôt que de tenter de formuler des dispositions concrètes portant sur des privilèges et des immunités en particulier. [Note de bas de page omise.]

(« The Privileges and Immunities of the United Nations » (2009), 6 *I.O.L.R.* 7, p. 16)

[62] Il y a cependant un prix à payer pour cette souplesse, soit celui de l’incertitude, car le caractère « fonctionnel » de toute chose est essentiellement une question de point de vue (J. Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (3^e éd. 2015), p. 132; C. W. Jenks, *International Immunities* (1961), p. 26; A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts* (2000), p. 206).

[63] Plutôt que d’imposer cette incertitude à la BIRD et à l’IDA, les États signataires de l’Accord et des Statuts ont défini, à l’avance, les diverses immunités qui permettraient à ces organisations de s’acquitter de leurs responsabilités. Le texte même de la section 1 laisse entendre que c’était un choix délibéré, car les immunités sont accordées « [p]our mettre la Banque en mesure de remplir les fonctions qui lui sont confiées » (le libellé des Statuts de l’IDA, sans être identique, est équivalent). Ajouter une condition de nécessité fonctionnelle minerait ce qui semble être le choix délibéré d’énumérer les diverses immunités plutôt que de prévoir une immunité fonctionnelle générale.

[64] For these reasons, we are of the view that s. 1 does not impose a condition of functional necessity that must be satisfied whenever any immunity is asserted. However, as stated previously, the scope of these immunities should nevertheless be interpreted purposively, taking into consideration their object outlined in s. 1.

[65] Having concluded that the immunities outlined in ss. 5 and 8 apply without the need for further justification, we turn now to interpret the scope of these immunities.

(4) Scope of the IBRD's and the IDA's Archival Immunity

[66] By virtue of s. 5, the “archives of the [IBRD and the IDA] shall be inviolable”. The trial judge concluded that this immunity does not shield the IBRD from the respondents’ document production order, since, on the basis of a definition provided in a dictionary, “archives” refers exclusively to a “collection of historical documents or records” (para. 54). In addition, the trial judge was of the view that the word “inviolable” only entails protection from a search and seizure order, but not protection from an order for compelled production.

[67] In our respectful view, the trial judge erred in construing so narrowly an immunity that is integral to the independent functioning of international organizations. On our reading, the immunity outlined in s. 5 shields the entire collection of stored documents of the IBRD and the IDA from both search and seizure and from compelled production. This broader interpretation is consistent with the plain and ordinary meaning of the terms of s. 5 and is in harmony with its object and purpose.

[68] First, the word “archive” is frequently defined as a collection of records and documents held by an organization. For example, the *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004) defines “archive” as: “1 . . . a collection of public, corporate or

[64] Pour ces motifs, nous sommes d’avis que la section 1 ne subordonne pas l’application de l’immunité au respect d’une condition de nécessité fonctionnelle. Or, comme nous l’avons dit, la portée de ces immunités doit néanmoins être déterminée de manière téléologique, à la lumière de leur objet, énoncé à la section 1.

[65] Puisque nous avons conclu que les immunités énoncées aux sections 5 et 8 s’appliquent sans nécessiter de justification, nous allons maintenant en déterminer la portée.

(4) Étendue de l’inviolabilité des archives prévue à l’égard de la BIRD et de l’IDA

[66] Aux termes de la section 5, les archives de la BIRD et de l’IDA sont « inviolables ». Selon le juge d’instance, cette disposition ne protège pas la BIRD contre l’ordonnance de communication de documents sollicitée par les intimés, étant donné que, suivant une définition provenant d’un dictionnaire, le terme « archives » s’entend exclusivement d’un [TRADUCTION] « ensemble de documents ou de dossiers historiques » (par. 54). En outre, le juge d’instance a estimé que le terme « inviolable », s’il permet de parer à une ordonnance de fouille, perquisition et saisie, est sans effet contre une ordonnance de communication.

[67] Avec respect, le juge d’instance a commis une erreur en interprétant de façon aussi étroite une immunité intimement liée au fonctionnement indépendant des organisations internationales. Selon notre interprétation, l’immunité définie à la section 5 protège l’ensemble de la collection des documents archivés de la BIRD et de l’IDA à la fois contre les fouilles, perquisitions et saisies et contre la communication. Cette interprétation plus large est conforme au sens ordinaire des termes de la section 5 et elle s’harmonise avec l’objet et le but de cette disposition.

[68] Premièrement, le mot « archives » s’entend souvent de l’ensemble des dossiers et documents que possède une organisation. Par exemple, le *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004) définit ainsi la notion : [TRADUCTION] « 1 [. . .] collection

institutional documents or records. 2 . . . the place where these are stored” (p. 67). The definition in the *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11th ed. 2003) is similarly broad: “1: a place in which public records or historical documents are preserved; *also*: the material preserved — often used in pl. 2: a repository or collection esp. of information” (p. 65), as is the *Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014) definition: “1. A place where public, historical, or institutional records are systematically preserved. 2. Collected and preserved public, historical, or institutional papers and records. 3. Any systematic compilation of materials, esp. writings, in physical or electronic form” (pp. 127-28 (emphasis added)).

[69] For their part, the *Collins Canadian Dictionary* (2010), at p. 42, defines “archives” as “a collection of records or documents”, while the *Multidictionnaire de la langue française* (5th ed. 2009) defines the French word “archives” firstly as a [TRANSLATION] “[c]ollection of documents, regardless of their dates or their nature, produced or received by a person or an organization for his or its needs or for the performance of his or its activities, and retained for their general information value” (p. 123 (emphasis added)). Finally, *Le Lexis: le dictionnaire érudit de la langue française* (2009) describes “archives”, at p. 103, as a [TRANSLATION] “[c]ollection of documents (handwritten papers, printed material, etc.) that come from an organization, a family or an individual”.

[70] This broader meaning of “archive”, which does not differentiate between current versus historical documents, reflects its known usage in international law. The *Vienna Convention on Consular Relations*, Can. T.S. 1974 No. 25, defines “consular archives” as including “all the papers, documents, correspondence books, films, tapes and registers of the consular post, together with the ciphers and codes, the card-indexes and any article of furniture intended for their protection or safekeeping” (art. 1(1)(k)). This definition has also been applied to the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Can. T.S. 1966 No. 29, where the term “archives” is undefined (J. P. Grant and J. C. Barker, eds., *Parry and*

de documents ou dossiers publics, d’entreprise ou organisationnels. 2 [. . .] endroit où ils sont entreposés » (p. 67). Le *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11^e éd. 2003) offre une définition aussi large : [TRADUCTION] « 1 : endroit où les dossiers publics ou documents historiques sont conservés; *aussi* : ce qui est conservé — souvent employé au pl. 2 : dépôt ou collection, part. d’information » (p. 65), tout comme le *Black’s Law Dictionary* (10^e éd. 2014) : [TRADUCTION] « 1. Endroit où les dossiers publics, historiques ou institutionnels sont conservés systématiquement. 2. Documents et dossiers publics, historiques ou institutionnels rassemblés et conservés. 3. Toute compilation systématique de pièces, part. d’écrits, sous forme physique ou électronique » (p. 127-128 (nous soulignons)).

[69] Pour sa part, le *Collins Canadian Dictionary* (2010) définit le terme « archives », à la p. 42, comme une [TRADUCTION] « collection de dossiers ou de documents », tandis que le *Multidictionnaire de la langue française* (5^e éd. 2009) définit ainsi le mot : « Ensemble des documents, quelle que soit leur date ou leur nature, produits ou reçus par une personne ou un organisme pour ses besoins ou l’exercice de ses activités et conservés pour leur valeur d’information générale » (p. 123 (nous soulignons)). *Le Lexis : le dictionnaire érudit de la langue française* (2009) donne, à la p. 103, la définition suivante : « Ensemble de documents (pièces manuscrites, imprimés, etc.) qui proviennent d’une collectivité, d’une famille ou d’un individu ».

[70] Ce sens plus général du mot « archives », ne faisant aucune distinction entre les documents récents et historiques, correspond au sens dans lequel ce terme est employé en droit international. Dans la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, R.T. Can. 1974 n° 25, les « archives consulaires » s’entendent de « tous les papiers, documents, correspondance, livres, films, rubans magnétiques et registres du poste consulaire, ainsi que le matériel du chiffre, les fichiers et les meubles destinés à les protéger et à les conserver » (art. 1(1)(k)). Cette définition a également été appliquée à la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, R.T. Can. 1966 n° 29, qui ne définit pas le terme « archives »

Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law (2nd ed. 2004), at p. 35 (“archives, diplomatic and consular”); see also J. R. Fox, *Dictionary of International and Comparative Law* (3rd ed. 2003), at p. 86 (“diplomatic archives”). The *Dictionnaire de droit international public* (2001) defines “archives d’une organisation internationale” (archives of an international organization) in a similarly broad fashion: [TRANSLATION] “Papers and documents related to the functioning of an international organization and whose status is determined by the treaties applicable to that organization” (J. Salmon, ed., at p. 80).

[71] Interpreting “archives” in the narrow manner proposed by the trial judge would not only deviate from the manner in which this term is commonly used in international law, it would also undermine the purpose of s. 5. As this Court held in *Amaratunga*, immunities are extended to international organizations to protect them from intrusions into their operations and agenda by a member state or a member state’s courts (paras. 29, 30 and 45). Shielding an organization’s entire collection of stored documents, including official records and correspondences, is integral to ensuring its proper, independent functioning. Without it, the “confidential character of communications between states and the organisation, or between officials within the organisation, would be less secure” (Sands and Klein, at p. 502; see also Jenks, *International Immunities*, at p. 54; and K. Ahluwalia, *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations* (1964), at p. 81).

[72] This explains why archival immunity is affirmed in the constituent agreements of many international organizations in such broad, uncompromising terms (Sands and Klein, at pp. 501-2). Jenks has described the importance of international organizations’ archival immunity as follows:

The inviolability of international archives does not appear to have raised any special problem; it is designed

(J. P. Grant et J. C. Barker, dir., *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law* (2^e éd. 2004), p. 35 (« archives, diplomatic and consular »); voir aussi J. R. Fox, *Dictionary of International and Comparative Law* (3^e éd. 2003), p. 86 (« diplomatic archives »)). Dans le *Dictionnaire de droit international public* (2001), l’expression « archives d’une organisation internationale » est aussi définie en termes généraux : « Pièces et documents se rattachant au fonctionnement d’une organisation internationale et dont le statut est déterminé par les textes conventionnels applicables à celle-ci » (J. Salmon, dir., p. 80).

[71] Non seulement l’interprétation étroite du mot « archives » proposée par le juge d’instance s’écarte de l’utilisation qui en est habituellement faite en droit international, mais elle n’est pas conforme à l’objet de la section 5. Comme la Cour l’a dit aux par. 29, 30 et 45 de l’arrêt *Amaratunga*, des immunités sont accordées à des organisations internationales afin de les protéger de l’ingérence dans leurs opérations et leur programme par les États membres ou leurs tribunaux. La protection de l’ensemble des documents d’une organisation, y compris les dossiers officiels et la correspondance, est essentielle pour assurer le bon fonctionnement en toute indépendance de l’organisation. Sans cette protection, le [TRADUCTION] « caractère confidentiel des communications entre les États et l’organisation, ou entre les fonctionnaires au sein de l’organisation, serait compromis » (Sands et Klein, p. 502; voir aussi Jenks, *International Immunities*, p. 54; et K. Ahluwalia, *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations* (1964), p. 81).

[72] Voilà pourquoi l’inviolabilité des archives est énoncée dans les statuts de nombreuses organisations internationales en des termes généraux et sans équivoque (Sands et Klein, p. 501-502). L’auteur Jenks dépeint l’importance de l’inviolabilité des archives des organisations internationales en ces termes :

[TRANSLATION] L’inviolabilité des archives des organisations internationales ne semble pas avoir soulevé

partly to secure the safe-keeping of original documents and partly to preserve the confidential character of official records; it appears to be generally accepted as self-evident that to recognise that the legislative, executive or judicial agencies of any one country may call for the production of documents from international archives would be to undermine the freedom and independence with which international staffs are expected to advise the international organisations towards which they have been vested by treaty with an exclusive responsibility and to destroy the whole basis of reciprocal respect for the confidential character of such archives without which governments would be unwilling to communicate confidential information to international organisations. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(*International Immunities*, at p. 54)

[73] Limiting the protection of s. 5 to historical documents would leave exposed current and more sensitive documents, whose confidentiality is likely more important to the IBRD's independent functioning. For all of these reasons, we are of the view that the term "archives" is better construed as the entire collection of stored documents of the IBRD and the IDA, including their official records and correspondences. We note, in passing, that the House of Lords endorsed a similarly broad definition of "archives" in the context of interpreting the International Tin Council's immunities (*Shearson Lehman Bros. Inc. v. Maclaine Watson & Co. (No. 2)*, [1988] 1 All E.R. 116, at p. 122).

[74] For its part, the term "inviolable" connotes a sweeping protection against any form of involuntary production. Maintaining a distinction, as the trial judge suggests, between document production orders as opposed to searches and seizures is neither suggested by the plain meaning of this provision, nor is it consonant with the purpose for extending immunity. As we have said, shielding the IBRD's and the IDA's archives is integral to ensuring their proper, independent functioning. However, what is truly important is not the documents themselves but the information they contain. From this vantage point, it is irrelevant whether this information is revealed in the context of a search and seizure or in the context of a compelled production order. The

de problème particulier; elle vise en partie à assurer la conservation de documents originaux et, en partie, à assurer le caractère confidentiel des dossiers officiels; il semble généralement aller de soi que permettre aux organismes législatif, exécutif ou judiciaire d'un pays d'exiger la communication de documents appartenant aux archives des organisations internationales saperait la liberté et l'indépendance attendues du personnel international dans ses rapports avec les organisations internationales envers lesquelles il est investi par traité d'une responsabilité exclusive et minerait le respect réciproque du caractère confidentiel de ces archives sans lequel les gouvernements ne consentiraient pas à communiquer des informations confidentielles aux organisations internationales. [Nous soulignons; notes de bas de page omises.]

(*International Immunities*, p. 54)

[73] Restreindre aux documents historiques seulement la protection prévue par la section 5 exposerait les documents courants et ceux de nature plus sensible, dont la confidentialité est vraisemblablement plus importante pour le fonctionnement indépendant de la BIRD. Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis que le terme « archives » doit s'entendre de l'ensemble des documents conservés par la BIRD et l'IDA, y compris leurs dossiers officiels et leur correspondance. Nous soulignons, au passage, que la Chambre des lords a adopté une aussi large définition du mot « archives » dans son interprétation des immunités accordées au Conseil international de l'étain (*Shearson Lehman Bros. Inc. c. Maclaine Watson & Co. (No. 2)*, [1988] 1 All E.R. 116, p. 122).

[74] Pour sa part, le terme « inviolable » évoque une protection absolue contre toute forme de communication obligatoire. La distinction que fait le juge d'instance entre les ordonnances de communication de documents et les fouilles, perquisitions et saisies ne découle pas du sens ordinaire des mots de la disposition ni ne concorde avec l'objet pour lequel l'immunité est accordée. Comme nous l'avons déjà dit, la protection des archives de la BIRD et de l'IDA est essentielle au bon fonctionnement indépendant de ces organisations. Ce ne sont cependant pas les documents en soi qui sont vraiment importants, mais plutôt les renseignements qu'ils contiennent. De ce point de vue, il importe peu que les renseignements soient révélés à l'issue d'une fouille, saisie ou perquisition,

purpose underlying the immunity is thwarted in either case.

[75] Admittedly, the use of the word “inviolable” may seem out of place when referring to the archives of an organization. However strange it may seem to speak of violence towards a collection of stored records, documents and correspondence, the term “inviolable” has a history in international law that sheds some light on its meaning in the IBRD and the IDA Articles of Agreement.

[76] Originating in the law of diplomacy, and later becoming common in treaties establishing certain international organizations, the term “inviolable” implies freedom from unilateral interference. Originally, the person of an ambassador was said to be inviolable. This entailed freedom from arrest or any kind of restraint (C. Morton, *Les privilèges et immunités diplomatiques* (1927), at p. 49; J. Secretan, *Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations* (1928), at p. 67). Inviolability was later extended to the premises of diplomatic missions. In that context, “inviolable” connoted an immunity from the enforcement of local law within the premises by local authorities (E. Denza, *Diplomatic Law* (3rd ed. 2008), at p. 136).

[77] Prior to the First World War, many international organizations were accorded the same privileges and immunities known to the law of diplomacy (E. H. Fedder, “The Functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization” (1960), 9 *Am. U.L. Rev.* 60, at p. 60). The personnel of many of the first international organizations were thus inviolable (L. Preuss, “Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest” (1931), 25 *A.J.I.L.* 694, at pp. 696-99; J. L. Kunz, “Privileges and Immunities of International Organizations” (1947), 41 *A.J.I.L.* 828, at pp. 828-32). Later, the 1920 *Covenant of the League of Nations* provided that the “buildings and other property

ou de l’exécution d’une ordonnance de communication. L’objet de l’immunité est contrecarré dans les deux cas.

[75] Certes, l’emploi du terme « inviolables » pour qualifier les archives d’une organisation peut surprendre. La notion de violence à l’égard d’un ensemble de dossiers, documents et correspondance conservés peut paraître étrange. Or, le terme « inviolable » a subi une évolution en droit international, jetant un certain éclairage sur le sens qu’il convient de lui donner dans l’Accord relatif à la BIRD et les Statuts de l’IDA.

[76] Issu du droit de la diplomatie et communément employé dans les traités constituant certaines organisations internationales, le terme « inviolable » sous-entend l’absence d’ingérence unilatérale. À l’origine, la personne d’un ambassadeur était dite inviolable, ce qui signifiait qu’elle ne pouvait faire l’objet d’une arrestation ou de toute forme de contrainte (C. Morton, *Les privilèges et immunités diplomatiques* (1927), p. 49; J. Secretan, *Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations* (1928), p. 67). Le concept de l’invocabilité a par la suite été étendu au siège des missions diplomatiques. Dans ce contexte, le terme « inviolable » renvoyait à la protection des locaux des missions et faisait obstacle à l’application du droit interne par les autorités locales (E. Denza, *Diplomatic Law* (3^e éd. 2008), p. 136).

[77] Avant la Première Guerre mondiale, les mêmes privilèges et immunités propres au droit de la diplomatie ont été accordés à des organisations internationales (E. H. Fedder, « The Functional Basis of International Privileges and Immunities : A New Concept in International Law and Organization » (1960), 9 *Am. U.L. Rev.* 60, p. 60). Le personnel de plusieurs des premières organisations internationales était donc dit inviolable (L. Preuss, « Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest » (1931), 25 *A.J.I.L.* 694, p. 696-699; J. L. Kunz, « Privileges and Immunities of International Organizations » (1947), 41 *A.J.I.L.* 828, p. 828-832). Un peu plus tard, le *Pacte de la Société des Nations* adopté en

occupied by the League or its officials or by Representatives attending its meetings shall be inviolable” (art. 7, (1920), 1 *League of Nations O.J.* 3, at p. 5). A subsequent agreement concluded in 1926 between the League and Switzerland provided that “inviolable” meant “no agent of the public authority may enter” without the consent of the League (“Communications from the Swiss Federal Council Concerning the Diplomatic Immunities to be Accorded to the Staff of the League of Nations and of the International Labour Office” (1926), 7 *League of Nations O.J.* 1422, at p. 1423). The agreement also added for the first time that the “archives of the League of Nations are inviolable” (*ibid.*).

[78] This formulation was reprised in the Articles of Agreement of the IBRD. It has since become standard in the constituent agreements of many international organizations (see e.g. *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Can. T.S. 1948 No. 2, Article II, s. 4; *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, art. 24). Though the word has been applied in various contexts — to persons, premises, and archives — this history makes clear that the term “inviolable” generally entails freedom from any form of unilateral interference on the part of a state.

[79] This broad interpretation also finds support in international law scholarship. The inviolability of archives is said to afford a complete shield from investigation, confiscation or interference of any kind with the documents belonging to the archives of an international organization (A. S. Muller, *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship* (1995), at p. 205; Fox, at p. 173 (“inviolability”); Morton, at pp. 56-57). Philippe Sands and Pierre Klein write that, as a consequence of the principle that archives are inviolable, “international organisations are under no duty to produce any official document or part of their archives in the context of litigations before national courts” (p. 502, citing C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations* (1962), at p. 234). This appears to reflect the consensus view of international law scholarship (see e.g. Jenks, *International Immunities*, at p. 54; B. Sen, *A Diplomat’s Handbook of*

1920 a prévu que les « bâtiments et terrains occupés par la Société, par ses services ou ses réunions, sont inviolables » (art. 7, (1920), 1 *Société des Nations J.O.* 3, p. 5). Une convention intervenue en 1926 entre la Société des Nations et la Suisse disposait que le terme « inviolable » signifiait que « nul agent de l’autorité publique ne doit y pénétrer » sans le consentement de la Société (« Communications du Conseil fédéral suisse concernant le régime des immunités diplomatiques du personnel de la Société des Nations et du Bureau international du Travail » (1926), 7 *Société des Nations J.O.* 1422, p. 1423). En outre, la convention prévoit, pour la première fois, que les « archives de la Société des Nations sont inviolables » (*ibid.*).

[78] Cette formulation a été reprise dans l’Accord relatif à la BIRD. Depuis, son emploi est devenu d’usage dans les statuts de bon nombre d’organisations internationales (voir p. ex. *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, R.T. Can. 1948 n° 2, article II, s. 4; *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, art. 24). Bien que ce terme ait été appliqué dans divers contextes — à savoir personnes, lieux et archives —, l’histoire démontre qu’il traduit couramment l’idée d’une absence générale d’ingérence unilatérale de la part d’un État.

[79] Cette large interprétation est également soutenue par la doctrine en droit international, doctrine suivant laquelle l’invocabilité des archives offre une protection complète contre les enquêtes, les confiscations et les ingérences de toute nature visant les documents faisant partie des archives d’une organisation internationale (A. S. Muller, *International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship* (1995), p. 205; Fox, p. 173 (« *inviolability* »); Morton, p. 56-57). Philippe Sands et Pierre Klein ont écrit qu’en raison du principe d’invocabilité des archives, [TRADUCTION] « les organisations internationales n’ont aucunement l’obligation de communiquer des documents officiels ou une portion de leurs archives dans le cadre de litiges devant les tribunaux nationaux » (p. 502, citant C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations* (1962), p. 234). Cette affirmation semble refléter le consensus exprimé

International Law and Practice (3rd rev. ed. 1980), at pp. 117-18; J. Wouters, S. Duquet and K. Meuwissen, “The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations”, in A. F. Cooper, J. Heine and R. Thakur, eds., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy* (2013), 510, at p. 523). The United Nations Special Rapporteur was also of the view that the absolute secrecy of an organization’s archives protects it from all forms of document production orders (L. Díaz González, “Fifth report on relations between States and international organizations (second part of the topic)”, U.N. Doc. A/CN.4/438, in *Yearbook of the International Law Commission 1991* (1994), vol. II, Part One, 91, at pp. 95-99).

[80] Finally, it is worth noting that our interpretation is also favoured in the decisions of foreign courts. The Court of Appeal for England and Wales has written recently that “the universal definition of ‘inviolability’ is freedom from any act of interference on the part of the receiving state” (*R. (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)*, [2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921, at para. 61 (emphasis added)). What is more, several foreign courts appear to have specifically taken it for granted that the inviolability of archives shields international organizations from document production orders (*Taiwan v. United States District Court for the Northern District of California*, 128 F.3d 712 (9th Cir. 1997); *Iraq v. Vinci Constructions* (2002), 127 I.L.R. 101 (Brussels C.A.); *Owens, Re Application for Judicial Review*, [2015] NIQB 29, at paras. 63 and 69 (BAI-LII)).

[81] For these reasons, we are of the view that the protection afforded by s. 5 extends to all documents stored by the INT from search, seizure and compelled production.

[82] Further, we are of the view that partial voluntary disclosure of some documents by the World Bank Group does not amount to a waiver of this

par les auteurs en droit international (voir p. ex. Jenks, *International Immunities*, p. 54; B. Sen, *A Diplomat’s Handbook of International Law and Practice* (3^e éd. rév. 1980), p. 117-118; J. Wouters, S. Duquet et K. Meuwissen, « The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations », dans A. F. Cooper, J. Heine et R. Thakur, dir., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy* (2013), 510, p. 523). Le rapporteur spécial des Nations Unies était également d’avis que la confidentialité absolue des archives d’une organisation la protège contre toutes les ordonnances de communication de documents, quelles qu’elles soient (L. Díaz González, « Cinquième rapport sur les relations entre les États et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) », Doc. N.U. A/CN.4/438, dans *Annuaire de la Commission du droit international 1991* (1994), vol. II, première partie, 93, p. 96-100).

[80] Il convient enfin de signaler que notre interprétation est également favorisée par plusieurs tribunaux étrangers. La Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles a récemment écrit que [TRADUCTION] « la définition universelle de l’“inviolabilité” consiste en l’absence de tout acte d’ingérence du pays d’accueil » (*R. (Bancoult) c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)*, [2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921, par. 61 (nous soulignons)). Qui plus est, plusieurs tribunaux étrangers semblent tenir précisément pour acquis que l’inviolabilité des archives protège les organisations internationales contre les ordonnances de communication de documents (*Taiwan c. United States District Court for the Northern District of California*, 128 F.3d 712 (9th Cir. 1997); *Iraq c. Vinci Constructions* (2002), 127 I.L.R. 101 (C.A. Bruxelles); *Owens, Re Application for Judicial Review*, [2015] NIQB 29, par. 63 et 69 (BAI-LII)).

[81] Pour ces motifs, nous sommes d’avis que la section 5 protège tous les documents de l’INT contre les fouilles, les perquisitions, les saisies et la communication forcée.

[82] Nous sommes aussi d’avis qu’en communiquant certains documents volontairement, le Groupe n’a pas levé cette immunité. En effet, selon

immunity. Indeed, on our reading, the archival immunity is not subject to waiver.

[83] We have already concluded that archival inviolability connotes protection from all forms of unilateral interference with the INT's archives. As a result, where the World Bank Group has expressly permitted the consultation of documents in its archives, the sanctity of those archives is respected. In other words, where there is express permission to consult, s. 5 simply does not apply. This likely explains why, unlike the personnel immunity outlined in s. 8, s. 5 does not contemplate the possibility of waiver. Moreover, where a document has been copied and transmitted to an external party, that transmitted copy no longer forms part of the "archives", as we have defined them. As a result, s. 5 no longer applies to shield that transmitted copy. The House of Lords arrived at a similar conclusion in *Shearson Lehman Bros. Inc.*

[84] Since a qualified representative of the IBRD or the IDA never agreed to allow Canadian officials to consult the documents sought in the document production order, s. 5 applies.

(5) The IBRD's and the IDA's Legal Process Immunity for Personnel

[85] While this appeal primarily concerns a document production order, the challenged subpoenas also required Mr. Haynes and Mr. Kim to give evidence, in addition to producing the requested documents. Therefore, we will address the immunity that protects officers and employees from legal process.

[86] Section 8 provides that "[a]ll [g]overnors, [e]xecutive [d]irectors, [a]lternates, officers and employees of the [IBRD or IDA] (i) shall be immune from legal process with respect to acts performed by them in their official capacity except when the [IBRD or IDA] waives this immunity".

notre interprétation, l'inviolabilité des archives ne peut être levée.

[83] Nous avons déjà conclu que l'inviolabilité des archives emporte une protection contre toute forme d'ingérence unilatérale visant les archives de l'INT. En conséquence, lorsque le Groupe autorise expressément la consultation de documents conservés dans ses archives, le caractère sacré de ces archives est respecté. Autrement dit, lorsque la consultation est expressément autorisée, la section 5 ne s'applique tout simplement pas. Une telle interprétation permet vraisemblablement d'expliquer pourquoi la section 5, contrairement à la section 8 qui définit l'immunité applicable aux membres du personnel, ne prévoit pas la possibilité de renonciation à l'immunité. En outre, le document qui a été reproduit et transmis à un tiers ne fait désormais plus partie des « archives » telles que nous les avons définies. Par conséquent, la section 5 ne protège plus l'exemplaire transmis. La Chambre des lords est arrivée à une conclusion semblable dans l'arrêt *Shearson Lehman Bros. Inc.*

[84] Comme aucun représentant autorisé de la BIRD ou de l'IDA n'a jamais accepté de permettre à des fonctionnaires canadiens de consulter les documents visés par l'ordonnance de communication, la section 5 s'applique.

(5) Immunité du personnel de la BIRD et de l'IDA à l'égard du processus judiciaire

[85] Si le présent pourvoi concerne principalement une ordonnance de communication, les assignations contestées contraignaient également MM. Haynes et Kim à témoigner. Nous examinerons donc l'immunité qui protège les dirigeants et les employés à l'égard du processus judiciaire.

[86] La section 8 prévoit que « [t]ous les gouverneurs, administrateurs, suppléants, fonctionnaires et employés de la [BIRD] (i) ne pourront faire l'objet de poursuites à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, sauf lorsque la [BIRD] aura levé cette immunité » (le libellé des Statuts de l'IDA, sans être identique, est équivalent).

[87] It is uncontested that Mr. Haynes and Mr. Kim were performing acts in their official capacity when they obtained the information that the respondents now seek. It is also undisputed that the scope of the legal process immunity in s. 8 shields employees acting in an official capacity from not only civil suit and prosecution, but from legal processes such as subpoenas. After all, an employee who fails to respect a production order would be found in contempt of court. In addition, for the reasons we have outlined above, the application of this immunity is not made conditional on a case-by-case determination of functional necessity. Therefore, the s. 8 immunity applies, subject to waiver.

(6) Were the Immunities Waived?

[88] The respondents submit that the archival and personnel immunities were waived by the World Bank Group, given the substantial amount of information it shared with the RCMP and its interest in the fruits of the RCMP investigation. As we have already discussed, the archival immunity is not subject to waiver, be it express, implied or constructive. Regarding the organization's personnel immunity, we disagree with the respondents, for the reasons that follow.

[89] The only reference to “waiver” in Article VII or in Article VIII is in the text of s. 8, which confers immunity from legal process to the personnel of the IBRD or the IDA “except when the [IBRD or IDA] waives this immunity”. The term “waiver” is not qualified, leaving open the question of whether waiver means “express” waiver, or whether implied waiver or constructive forms of waiver are recognized.

[90] In our view, the object and purpose of the treaty favour an express waiver requirement. The application of the IBRD's and the IDA's immunity provisions is not subject to a case-by-case determination. To read “waiver” as including forms of

[87] Il est incontesté que MM. Haynes et Kim accomplissaient des actes dans l'exercice de leurs fonctions lorsqu'ils ont obtenu les renseignements sollicités par les intimés. Il n'est pas contesté non plus que l'immunité contre les poursuites prévue à la section 8 protège les employés à raison des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, non seulement contre les poursuites civiles et pénales, mais aussi contre les sommations judiciaires, telles les assignations à comparaître. Après tout, l'employé qui ne se conformerait pas à une ordonnance de communication serait déclaré coupable d'outrage au tribunal. De plus, pour les motifs exposés précédemment, l'application de cette immunité n'est pas subordonnée à la détermination ponctuelle de l'existence d'une nécessité fonctionnelle. Par conséquent, l'immunité définie à la section 8 s'applique, à moins qu'il n'y ait eu renonciation.

(6) Y a-t-il eu renonciation aux immunités?

[88] Les intimés soutiennent qu'il y a eu renonciation à l'inviolabilité des archives et à l'immunité du personnel par le Groupe, vu la quantité importante de renseignements que ce dernier a communiqués à la GRC et son intérêt dans les résultats de l'enquête menée par elle. Comme nous l'avons dit, il ne peut y avoir renonciation à l'inviolabilité des archives, ni expressément, ni implicitement, ni par interprétation. En ce qui a trait à l'immunité du personnel, nous ne partageons pas l'avis des intimés pour les motifs qui suivent.

[89] La seule mention du verbe « lever » dans l'article VII ou dans l'article VIII se trouve à la section 8, laquelle accorde une immunité contre les poursuites au personnel de la BIRD ou de l'IDA « sauf lorsque [la BIRD ou l'IDA] aura levé cette immunité ». Ce verbe n'est assorti d'aucune condition; il est donc possible de se demander si seules les renoncations expresses sont reconnues ou si les renoncations implicites ou par interprétation peuvent l'être également.

[90] À notre avis, l'objet et le but du traité militent en faveur de la reconnaissance d'une exigence de renonciation expresse. L'application des dispositions relatives aux immunités à la BIRD et à l'IDA n'est pas subordonnée à une analyse ponctuelle, ce

implied or constructive waiver would subject immunities to case-by-case determination. Representatives of the World Bank Group would be required to appear in national courts to argue whether their conduct amounted to waiver, or whether for other reasons they should be deemed to have waived their immunity. Such a conclusion would be inconsistent with our view that the IBRD's and the IDA's immunities apply without further justification.

[91] Further, the purpose for according immunity to international organizations and their personnel is to shield these organizations from interference by member states (*Amaratunga*, at para. 29). Personnel immunity is foundational to international organizations. As one scholar opines, personnel immunity is necessary “to avoid harassment of international officials by way of court proceedings, civil or criminal” (*Ahluwalia*, at p. 106). Put another way, “If the official acts of world authorities are open to question in national courts in proceedings against the officials of those authorities, every attempt to establish an effective world organization is liable to be completely nullified by the interference of national agencies” (C. W. Jenks, “Some Problems of an International Civil Service” (1943), 3 *P.A.R.* 93, at p. 103). Jenks further observes that the function of international immunities is to “protect international officials against the consequences of the nonexistence of anything in the nature of a federal government to which they can appeal for protection and support against any attempt to prevent the effective discharge of their official duties” (*ibid.*).

[92] In this context, limiting the IBRD's or the IDA's waiver to strictly its own express terms is consistent with the purpose of protecting them from state interference (*Muller*, at p. 162). If “waiver” is limited to express waiver, then the IBRD and the IDA will be firmly in control of when their personnel may be subjected to domestic legal processes. This is essential for a large international organization

qui serait le cas si les renonciations implicites ou par interprétation étaient reconnues. Les représentants du Groupe seraient alors tenus de comparaître devant les tribunaux nationaux pour débattre la question de savoir si leurs actes équivalaient à une renonciation à l'immunité, ou si pour d'autres raisons ils devraient être réputés avoir renoncé à l'immunité. Une telle conclusion irait à l'encontre de notre opinion selon laquelle les immunités accordées à la BIRD et à l'IDA s'appliquent sans autre justification.

[91] De plus, l'immunité est accordée à des organisations internationales ainsi qu'à leur personnel afin de protéger ces dernières contre l'ingérence des États membres (*Amaratunga*, par. 29). L'immunité du personnel est essentielle aux organisations internationales. Pour reprendre les propos d'un auteur, l'immunité du personnel est nécessaire [TRADUCTION] « pour empêcher que les représentants de l'organisation internationale soient harcelés par des actes judiciaires, en matière civile ou criminelle » (*Ahluwalia*, p. 106). Autrement dit, [TRADUCTION] « [s]i les actes officiels d'organes mondiaux sont susceptibles de débats devant les tribunaux du pays dans lequel les représentants de ces organes font l'objet de poursuites, chaque tentative en vue d'établir une organisation mondiale efficace risque d'être complètement sapée par l'ingérence des autorités nationales » (C. W. Jenks, « Some Problems of an International Civil Service » (1943), 3 *P.A.R.* 93, p. 103). Jenks fait également remarquer que les immunités internationales ont pour fonction d'« éviter aux représentants des organisations internationales les conséquences découlant de l'absence d'une espèce d'organe fédéral à qui elles pourraient en appeler pour obtenir protection et soutien contre les tentatives d'obstacle à l'exercice efficace de leurs fonctions officielles » (*ibid.*).

[92] Dans un tel contexte, exiger une renonciation expresse de la part de la BIRD et de l'IDA est conforme à l'objet qui consiste à les protéger de l'ingérence étatique (*Muller*, p. 162). Si la renonciation expresse constitue la seule forme reconnue, la BIRD et l'IDA sauront alors exactement quand leur personnel est assujéti au processus judiciaire d'un pays donné. Il est essentiel qu'il en soit ainsi

which, in this case, comprises 188 member states. If s. 8 were to include forms of implied and constructive waiver — concepts that are liable to vary significantly across the globe — then inconsistencies from jurisdiction to jurisdiction could cause considerable confusion and interfere with the IBRD's and the IDA's orderly operations.

[93] It must be remembered that when a state agrees to become a member of the World Bank Group, it makes a deliberate decision to accept the terms and conditions of the organization, which include archival and personnel immunities. It is part of the original agreement that in exchange for admission to the international organization, every member state agrees to accept the concept of collective governance. As a result, no single member can attempt to control the institution, which may occur if domestic courts apply local and variegated conceptions of implied and constructive waiver. Requiring express waiver avoids these problems.

[94] Further, exposing the World Bank Group to forms of implied or constructive waiver could have a chilling effect on collaboration with domestic law enforcement. Such an effect would be harmful, since multilateral banks including the World Bank Group are particularly well placed to investigate corruption and to serve at the frontlines of international anti-corruption efforts.

[95] Turning to the case at bar, the IBRD's and the IDA's personnel immunity was never expressly waived. On every occasion when the INT provided information, it reiterated that it did so without prejudice to its immunity.

[96] In our view, the trial judge erred in his finding that the World Bank Group waived its immunity, a finding which appears to be rooted in a fairness-based constructive waiver. He found that the INT could not selectively share some of the information, documents or correspondences in its possession with Canadian law enforcement officials. However, the doctrine of selective waiver,

pour une grande organisation internationale comme celle dont il est question, qui regroupe 188 États membres. Si la section 8 reconnaissait également les renoncements implicites et par interprétation — des concepts qui risquent de varier considérablement selon les régions —, les divergences d'un pays à l'autre pourraient créer beaucoup de confusion et nuire au bon fonctionnement de la BIRD et de l'IDA.

[93] Il est important de rappeler que lorsqu'un État accepte de devenir membre du Groupe, il acquiesce délibérément aux conditions de l'organisation, dont l'inviolabilité des archives et l'immunité du personnel. Dans l'accord initial, il est prévu qu'en contrepartie de l'admission au sein de l'organisation internationale, chaque État membre accepte d'adhérer au concept d'une gouvernance collective. Par conséquent, aucun membre ne peut seul tenter d'avoir la mainmise sur l'organisation, ce qui pourrait être le cas si les tribunaux nationaux appliquaient les différents concepts locaux de renonciation implicite ou par interprétation. L'exigence d'une renonciation expresse permet d'éviter ces problèmes.

[94] En outre, le fait pour le Groupe de voir son immunité levée implicitement ou par interprétation pourrait avoir un effet paralysant sur sa collaboration avec les forces de l'ordre de chaque pays ou État membre. Un tel effet serait nuisible, les banques multilatérales, dont le Groupe, étant particulièrement bien placées pour enquêter et intervenir en première ligne à l'échelle internationale dans la lutte contre la corruption.

[95] Dans le cas présent, il n'y a jamais eu renonciation expresse à l'immunité du personnel de la BIRD et de l'IDA. À chacune des occasions où l'INT a fourni des renseignements, elle a réitéré qu'elle le faisait sans préjudice à son immunité.

[96] À notre avis, le juge d'instance a conclu à tort que le Groupe avait renoncé à son immunité. Cette conclusion semble fondée sur la doctrine de la renonciation par interprétation, qui fait intervenir l'équité. Il a jugé que l'INT ne pouvait communiquer sélectivement les renseignements, documents et correspondance en sa possession aux forces de l'ordre canadiennes. Toutefois, la doctrine de common law

developed at common law, should not inform the interpretation of an international treaty.

[97] The trial judge further found that the World Bank Group could not assist in and “benefit” from a Canadian prosecution without sharing other information that might be valuable to the respondents. In support of this theory, the trial judge relied on the “benefit/burden exception” to Crown statutory immunity applied in *Sparling*. The “benefit/burden” principle is a common law exception to the Crown’s presumed immunity from statute, which applies when the Crown accepts a statutory benefit that has a sufficient nexus with an attendant burden. The exception is intended to prevent the Crown from simultaneously taking advantage of rights conferred by legislation while invoking its own immunity to shield itself from related liabilities or restrictions.

[98] The “benefit/burden exception” applied in *Sparling* does not apply to the immunities at issue in the present case. First, the World Bank Group has in no relevant sense “benefitted” from the Crown’s prosecution of the respondents. Prosecutions are, by their very nature, in the interest of the public and not the complainant or any other private party. Second, the rationale underlying the “benefit/burden exception” has no bearing in the context of international organization immunity. The doctrine is premised on the fact that if the Crown was permitted to take advantage of rights provided by legislation but not be subject to the attendant liabilities or restrictions, it would benefit from more than what the statute intended to provide (P. W. Hogg, *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom* (1971), at p. 183, cited by La Forest J. in *Sparling*, at p. 1023). This rationale simply has no relevance in this context.

[99] For these reasons, the personnel immunity in s. 8 applies to shield Mr. Haynes and Mr. Kim from being compelled by a Canadian court, and the immunity has not been waived. Given our finding, it is

de la renonciation sélective ne s’applique pas à l’interprétation d’un traité international.

[97] Le juge d’instance a aussi conclu que le Groupe ne pourrait prêter son concours à une poursuite intentée au Canada ni « en tirer un avantage » sans communiquer d’autres renseignements susceptibles de se révéler fort utiles aux intimés. À l’appui de sa conclusion, il a invoqué l’exception à l’immunité de la Couronne « fondée sur les avantages et les obligations » appliquée dans l’arrêt *Sparling*. Il s’agit d’une exception de common law à l’immunité présumée de la Couronne qui s’applique lorsque cette dernière accepte un avantage prévu par la loi en lien étroit avec l’obligation qui en découle. L’exception a pour objet d’empêcher la Couronne de se prévaloir des dispositions de la loi tout en invoquant son immunité pour se soustraire aux obligations ou restrictions afférentes.

[98] L’« exception fondée sur les avantages et les obligations » dont il est question dans l’arrêt *Sparling* ne s’applique pas aux immunités en l’espèce. Premièrement, le Groupe n’a pas « tiré d’avantage » à proprement parler de la poursuite engagée contre les intimés. De par leur nature, les poursuites sont engagées dans l’intérêt public, et non dans celui du plaignant ou de toute autre partie privée. Deuxièmement, la raison d’être de « l’exception fondée sur les avantages et les obligations » n’a aucun rapport avec les immunités accordées à des organisations internationales. L’exception a été adoptée pour empêcher que la Couronne soit autorisée à tirer un avantage de droits conférés par la loi sans être assujettie aux obligations ou restrictions qui y sont afférentes, car elle tirerait ainsi un avantage plus important que celui que la loi entendait offrir (P. W. Hogg, *Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom* (1971), p. 183, cité par le juge La Forest dans l’arrêt *Sparling*, p. 1023). Ce n’est tout simplement pas pertinent dans le présent contexte.

[99] Pour ces motifs, l’immunité du personnel définie à la section 8 s’applique pour soustraire MM. Haynes et Kim à l’assignation par un tribunal canadien, et il n’y a pas eu renonciation à l’immunité.

not necessary to determine whether the subpoenas were validly served on Mr. Haynes and Mr. Kim.

C. *The Domestic Law of Third Party Production in Criminal Cases*

[100] Even if the World Bank Group did not possess any of the immunities identified in the Articles of Agreement, the production order should not have issued under Canadian law. To obtain third party records in a *Garofoli* application — a proceeding brought to challenge a wiretap authorization — an accused must show a reasonable likelihood that the records will be of probative value to the narrow issues in play on such an application. The respondents have failed to do so.

[101] Before engaging in the *Garofoli* issue, we note that in the material filed before the trial judge, the respondents claimed that the records sought were “‘likely relevant’ to important issues at trial, the competence of witnesses to testify, and to issues relevant to a motion . . . pursuant to *R. v. Garofoli*”. However, only the *Garofoli* issue was particularized and ultimately addressed by the trial judge. Accordingly, we propose to restrict our comments to it.

(1) The Disclosure Already Made in This Case

[102] As noted, the intercepted communications form a significant part of the Crown’s case against the respondents. The RCMP obtained the authorizations to intercept largely on the basis of information supplied by the INT.

[103] Shortly after the investigation commenced, the RCMP team commander, Staff Sgt. Martin Bédard, assigned Sgt. Driscoll to prepare an affidavit for the wiretap application. Sgt. Driscoll had

Compte tenu de notre conclusion, il n’est pas nécessaire de trancher la question de savoir si les assignations à comparaître ont été valablement signifiées à MM. Haynes et Kim.

C. *Droit interne en matière de communication de documents par un tiers dans une affaire criminelle*

[100] Même si le Groupe ne bénéficiait d’aucune des immunités définies dans l’Accord et dans les Statuts, l’ordonnance de communication n’aurait pas dû être rendue sous le régime du droit canadien. S’il veut obtenir des documents d’un tiers dans le cadre d’une demande de type *Garofoli* — pour contester une autorisation d’écoute électronique — l’accusé doit démontrer l’existence d’une probabilité raisonnable que les dossiers se révéleront utiles pour trancher les questions précises qu’emporte ce type de demande. Les intimés ne l’ont pas fait.

[101] Avant de nous pencher sur la demande de type *Garofoli*, signalons que dans les documents déposés auprès du juge d’instance, les intimés affirment que les dossiers demandés étaient [TRADUCTION] « “probablement pertinents” quant à d’importantes questions en litige, à l’habilité de certaines personnes à témoigner et à des points concernant une requête [. . .] conformément à l’arrêt *R. c. Garofoli* ». Seule la question relative à la demande de type *Garofoli* a toutefois été formulée et examinée par le juge d’instance. Nous allons, par conséquent, nous y limiter.

(1) Les documents déjà divulgués en l’espèce

[102] Comme nous l’avons mentionné, les communications interceptées constituent une partie importante de la preuve de la Couronne contre les intimés. La GRC a obtenu les autorisations en grande partie sur la foi des renseignements fournis par l’INT.

[103] Peu après le début de l’enquête, le sergent-chef Martin Bédard, chef d’équipe de la GRC, a confié au serg. Driscoll la tâche de préparer un affidavit en vue d’obtenir l’autorisation d’écoute

extensive experience obtaining wiretap authorizations.

[104] Sgt. Driscoll made no handwritten notes of his work as affiant. He did, however, make a few pages of electronic notes at his initial meetings with World Bank Group officials in Washington, D.C. According to Sgt. Driscoll, those notes were to form the basis of the wiretap affidavits, and they have been disclosed to the respondents.

[105] Sgt. Driscoll testified that in his role as an affiant he did not usually make notes of his work since he was not actively investigating but relying instead on the work of others. When he participated in what he considered to be an “investigative step”, such as taking part in the execution of a search warrant at SNC-Lavalin on September 1, 2011, and an interview with one of the respondents, he made handwritten notes. Both events occurred after all of the wiretap authorizations had been issued.

[106] When preparing the affidavits, Sgt. Driscoll primarily relied on documents shared by the INT, and the work product of other officers. He entered the information directly into the draft affidavits, usually citing the source in a footnote. Every INT report that Sgt. Driscoll consulted has been disclosed.

[107] Sgt. Driscoll also spoke to Mr. Haynes on a regular basis and received information from him. While he attributed this information to Mr. Haynes in the affidavits, he kept no independent notes of their conversations. If information was not entered in the affidavits, it was not documented.

[108] Sgt. Driscoll checked the content of the first of his three affidavits with Mr. Haynes, both for accuracy and to prevent the inadvertent identification of the tipsters. He kept an electronic copy of that draft, which has been disclosed to the respondents.

électronique. Le sergent Driscoll avait une longue expérience en la matière.

[104] Le sergent Driscoll n’a pas pris de notes manuscrites sur son travail à titre de déposant, mais il a pris quelques pages de notes électroniques lors de ses premières rencontres avec les représentants du Groupe à Washington. Selon le serg. Driscoll, ces notes devaient servir de base à la rédaction des affidavits, et elles ont été divulguées aux intimés.

[105] Le sergent Driscoll a déclaré que lorsqu’il agit comme déposant, il ne prend généralement pas de notes, car il ne participe pas activement à l’enquête et s’appuie plutôt sur le travail d’autrui. Lorsqu’il a participé à ce qu’il estime être une [TRA-DUCTION] « étape de l’enquête », comme l’exécution du mandat de perquisition dans les locaux de SNC-Lavalin le 1^{er} septembre 2011 et l’entretien avec l’un des intimés, il a pris des notes manuscrites. Ces deux faits se sont produits après les autorisations d’écoute électronique.

[106] Lorsqu’il a rédigé les affidavits, le serg. Driscoll s’est fondé principalement sur les documents transmis par l’INT et sur le fruit du travail d’autres agents. Il a repris textuellement ces renseignements dans les projets d’affidavits, en citant généralement la source dans une note de bas de page. Chaque rapport de l’INT consulté par le serg. Driscoll a été divulgué.

[107] Le sergent Driscoll s’est aussi entretenu régulièrement avec M. Haynes et a obtenu de sa part des renseignements. Dans les affidavits, il a indiqué que la source de ces renseignements était M. Haynes, mais n’a pas pris de notes séparées de leurs conversations. Si les renseignements n’ont pas été consignés dans les affidavits, ils ne l’ont été nulle part.

[108] Le sergent Driscoll a vérifié le contenu du projet du premier des trois affidavits auprès de M. Haynes, tant pour s’assurer de son exactitude que pour éviter de révéler par inadvertance l’identité des informateurs. Il a conservé une copie électronique de ce projet, qui a été divulgué aux intimés.

[109] Sgt. Driscoll also spoke directly to one of the tipsters on at least two occasions. He made no notes of these conversations, but Staff Sgt. Bédard and other officers sat in on those conversations and made notes. Staff Sgt. Bédard's handwritten notes of the investigation, which run to over 500 pages, have been disclosed to the respondents.

[110] All of Sgt. Driscoll's emails from the period of the investigation were lost when problems occurred during the re-imaging of his office computer in July 2013. Sgt. Driscoll testified that he had no reason to expect that his emails would be lost. Sgt. Erik Martin, the primary investigator in the case, also lost some emails as a result of a computer crash in February 2012.

[111] When the INT learned about the lost emails, it voluntarily provided copies of its entire email correspondence between Mr. Haynes and Sgt. Driscoll to the Canadian authorities. These emails have been disclosed to the respondents. The Crown has also disclosed all emails sent between the INT and the RCMP from March 31, 2011 to April 30, 2014. Furthermore, most of the emails sent from the INT to Sgt. Driscoll were copied to Staff Sgt. Bédard, as well as to Sgt. Driscoll's personal email account, or to other RCMP officers. These emails have been recovered and disclosed.

(2) *O'Connor and Stinchcombe*

[112] The respondents seek the INT's records, listed above at para. 23, under the *O'Connor* framework for third party production. The *O'Connor* framework addresses the right of an accused to obtain documents that are in the hands of third parties. In view of the privacy interests at stake, an accused bears the burden of demonstrating that the documents sought are "logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify" (*O'Connor*, at para. 22 (emphasis in original)).

[109] Le sergent Driscoll a aussi parlé directement à l'un des informateurs à au moins deux reprises. Il n'a pas pris de notes lors de ces conversations, mais le sergent-chef Bédard et d'autres agents ont assisté à ces conversations et pris des notes. Les notes manuscrites du sergent-chef Bédard à l'égard de l'enquête, qui font plus de 500 pages, ont été divulguées aux intimés.

[110] Tous les courriels du serg. Driscoll se rapportant à la période visée par l'enquête ont été perdus lorsque le disque dur de son ordinateur de bureau a été réimagé en juillet 2013. Selon lui, il n'avait aucune raison de s'attendre à ce que ses courriels soient perdus. Le sergent Erik Martin, l'enquêteur principal dans l'affaire, a également perdu des courriels à la suite d'une panne d'ordinateur survenue en février 2012.

[111] Lorsque l'INT a été mise au courant de la disparition des courriels, elle a fourni de son plein gré des copies de la correspondance électronique intégrale entre M. Haynes et le serg. Driscoll aux autorités canadiennes. Ces courriels ont été divulgués aux intimés. La Couronne a également divulgué tous les échanges électroniques entre l'INT et la GRC du 31 mars 2011 au 30 avril 2014. En outre, la plupart des courriels adressés par l'INT au serg. Driscoll avaient été envoyés en copie conforme au sergent-chef Bédard et à l'adresse de courriel personnelle du serg. Driscoll ou à d'autres agents de la GRC. Ces courriels ont été récupérés et divulgués.

(2) *Arrêts O'Connor et Stinchcombe*

[112] Les intimés demandent la communication des dossiers de l'INT énumérés ci-dessus au par. 23, conformément au cadre établi dans l'arrêt *O'Connor* pour déterminer le droit d'un accusé d'obtenir la communication de dossiers en la possession de tiers. Compte tenu des intérêts en matière de protection de la vie privée en cause, il incombe à l'accusé de démontrer que les documents dont la communication est demandée ont « une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin » (*O'Connor*, par. 22 (souligné dans l'original)).

[113] An *O'Connor* application is a two-step process. At the first step, an accused must demonstrate that the records sought are *likely relevant* to an issue at trial, such as the credibility or reliability of a witness. If an accused meets the likely relevance threshold, the documents will be produced to the trial judge, who must then weigh the “salutary and deleterious effects of a production order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence” (*O'Connor*, at para. 30).

[114] This process is distinct from the *Stinchcombe* framework which applies when documents are in the hands of the Crown or the police. Under that framework, the Crown must disclose all documents in its “possession or control” which are relevant to an accused’s case (*R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 22; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326). To withhold disclosure, the Crown must demonstrate that the documents sought are “clearly irrelevant, privileged, or [that their] disclosure is otherwise governed by law” (*McNeil*, at para. 18; see also *Stinchcombe*, at p. 336).

[115] *Stinchcombe* places the burden on the Crown to justify non-disclosure. In contrast, *O'Connor* requires the accused to justify production. These two regimes share a fundamental purpose: protecting an accused person’s right to make full answer and defence, while at the same time recognizing the need to place limits on disclosure when required.

(3) The Proper Threshold for Third Party Production on a *Garofoli* Application

[116] The respondents seek the INT’s records in a *Garofoli* application designed to challenge the wiretap authorizations. A typical *O'Connor* application is designed to deal with production of documents

[113] La demande de type *O'Connor* est une procédure comportant deux étapes. À la première, l’accusé doit démontrer que les dossiers dont la communication est sollicitée sont *probablement pertinents* à l’égard d’une question en litige, comme la crédibilité ou la fiabilité d’un témoin. Si l’accusé satisfait au critère de la pertinence probable, les documents sont communiqués, et le juge d’instance doit alors soupeser « les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d’une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l’accusé de présenter une défense pleine et entière » (*O'Connor*, par. 30).

[114] Cette procédure est distincte du cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Stinchcombe*, qui s’applique lorsque les documents sont entre les mains de la Couronne ou de la police. Selon ce cadre d’analyse, la Couronne doit divulguer tous les documents « en [s]a possession [. . .] ou [. . .] sous son contrôle » qui sont pertinents à l’égard de la poursuite engagée contre l’accusé (*R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 22; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326). Pour refuser la divulgation, la Couronne doit démontrer que les documents demandés « n’ont manifestement aucune pertinence ou sont privilégiés, ou [que] leur communication est autrement régie en droit » (*McNeil*, par. 18; voir aussi *Stinchcombe*, p. 336).

[115] L’arrêt *Stinchcombe* impose à la Couronne le fardeau de justifier la non-divulgation, tandis que l’arrêt *O'Connor* oblige l’accusé à justifier la communication. Ces deux régimes partagent un objectif essentiel : protéger le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière, tout en reconnaissant la nécessité de restreindre la communication au besoin.

(3) Critère applicable à la communication de dossiers en la possession de tiers dans le cadre d’une demande de type *Garofoli*

[116] Les intimés demandent la communication des dossiers de l’INT dans le cadre d’une demande de type *Garofoli* présentée en contestation des autorisations d’écoute électronique. La demande de

that relate to material issues at trial bearing directly on the guilt or innocence of the accused. A *Garofoli* application is more limited in scope, relating as it does to the admissibility of evidence, namely intercepted communications (*Pires*, at paras. 29-30). This is an important distinction — and one which requires clarification. An *O'Connor* application made in the context of a *Garofoli* application must be confined to the narrow issues that a *Garofoli* application is meant to address. Policy considerations in this context dictate a similar narrow approach.

[117] The *Garofoli* framework assesses the reasonableness of a search when wiretaps are used to intercept private communications. A search will be reasonable if the statutory preconditions for a wiretap authorization have been met (*Garofoli*, at p. 1452; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at pp. 44-46).

[118] In this case, the authorization was sought under ss. 185 and 186 of the *Criminal Code*. The statutory preconditions are straightforward. Granting an authorization must be in the best interests of the administration of justice (*Criminal Code*, s. 186(1)(a)). This means that there must be reasonable grounds to believe an offence has been committed and that information concerning the offence will be obtained (*Duarte*, at p. 45). Other investigative procedures must also “have been tried and have failed”, be “unlikely to succeed”, or the matter must be urgent “such that it would be impractical to carry out the investigation of the offence using only other investigative procedures” (*Criminal Code*, s. 186(1)(b)).

[119] A *Garofoli* application does not determine whether the allegations underlying the wiretap application are ultimately true — a matter to be decided at trial — but rather whether the affiant had “a reasonable belief in the existence of the requisite statutory grounds” (*Pires*, at para. 41). What matters is what the affiant knew or ought to have

type *O'Connor* concerne généralement la communication de documents qui se rapportent à des questions importantes ayant une incidence directe sur la reconnaissance de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. La demande de type *Garofoli* a une portée plus limitée, car elle concerne la recevabilité de la preuve, à savoir les communications interceptées (*Pires*, par. 29-30). Il s'agit d'une distinction importante, qu'il convient de clarifier. La demande de type *O'Connor* présentée dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* doit être circonscrite aux questions limitées que soulève cette dernière. Les considérations de principe dans ce contexte commandent aussi une démarche restrictive.

[117] Le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Garofoli* permet d'apprécier le caractère abusif ou non de la fouille ou perquisition que constitue l'écoute électronique interceptant des communications privées. La fouille ou perquisition n'est pas abusive si les conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation d'écoute électronique ont été respectées (*Garofoli*, p. 1452; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 44-46).

[118] En l'espèce, l'autorisation a été demandée en vertu des art. 185 et 186 du *Code criminel*. Les conditions légales préalables sont simples : l'octroi de l'autorisation doit servir au mieux l'administration de la justice (*Code criminel*, al. 186(1)a)). Il doit donc exister des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus (*Duarte*, p. 45). D'autres méthodes d'enquête doivent également avoir « été essayées et [avoir] échoué » ou avoir « peu de chance de succès », ou l'urgence de l'affaire doit être « telle qu'il ne serait pas pratique de mener l'enquête relative à l'infraction en n'utilisant que les autres méthodes d'enquête » (*Code criminel*, al. 186(1)b)).

[119] La demande de type *Garofoli* vise, non pas la question de savoir si les affirmations qui fondent la dénonciation en vue d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique sont vraies — une question qui sera tranchée au procès —, mais celle de savoir si le déposant a « une croyance raisonnable en l'existence des motifs légaux requis » (*Pires*, par. 41). Ce qui

known at the time the affidavit in support of the wiretap authorization was sworn. As this Court stated in *Pires*, albeit in the context of an application to cross-examine the affiant:

... cross-examination that can do no more than show that some of the information relied upon by the affiant is false is not likely to be useful unless it can also support the inference that the affiant knew or ought to have known that it was false. We must not lose sight of the fact that the wiretap authorization is an investigatory tool. [para. 41]

When an accused seeks evidence in support of a *Garofoli* application by way of cross-examination, this narrow test must be kept in mind. As we will explain, the same test applies when production of third party records is sought.

[120] As a general rule, there are two ways to challenge a wiretap authorization: first, that the record before the authorizing judge was insufficient to make out the statutory preconditions; second, that the record did not accurately reflect what the affiant knew or ought to have known, and that if it had, the authorization could not have issued (*R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at paras. 50-54; *Pires*, at para. 41; see also *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, on the exclusion of unconstitutionally obtained information from warrant applications). The challenge here is brought on the second basis, sometimes referred to as a subfacial challenge.

[121] In view of the fact that a subfacial challenge hinges on what the affiant knew or ought to have known at the time the affidavit was sworn, the accuracy of the affidavit is tested against the affiant's reasonable belief at that time. In discussing a subfacial challenge to an information to obtain a search warrant, Smart J. of the British Columbia Supreme Court put the matter succinctly as follows:

importe, c'est ce que le déposant savait ou aurait dû savoir au moment où il a souscrit l'affidavit accompagnant la dénonciation. Comme le dit la Cour dans *Pires*, dans le contexte du droit de contre-interroger le déposant :

... un contre-interrogatoire qui ne fait que démontrer la fausseté de certains des renseignements sur lesquels se fonde le déposant est peu susceptible d'être utile à moins qu'il ne permette également d'étayer l'inférence que le déposant savait ou aurait dû savoir que ces renseignements étaient faux. Il ne faut pas oublier que l'autorisation d'écoute électronique constitue un outil d'enquête. [par. 41]

Il convient d'avoir ce critère étroit à l'esprit lorsqu'il s'agit d'autoriser ou non l'accusé voulant obtenir des éléments de preuve pour étayer sa demande de type *Garofoli* à procéder au contre-interrogatoire. Comme nous allons l'expliquer, le même critère s'applique s'il sollicite la communication de dossiers par des tiers.

[120] En règle générale, il existe deux motifs de contestation d'une autorisation d'écoute électronique : le dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation ne permettait pas d'établir l'existence des conditions légales préalables, ou le dossier ne représentait pas fidèlement ce que le déposant savait ou aurait dû savoir et, s'il avait constitué un reflet fidèle, n'aurait pas justifié l'autorisation (*R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 50-54; *Pires*, par. 41; voir également *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à propos de l'exclusion de renseignements obtenus de manière inconstitutionnelle et consignés dans les dénonciations en vue d'obtenir le mandat). En l'espèce, la contestation repose sur le deuxième motif (parfois appelée contestation au fond).

[121] Étant donné que la contestation au fond porte sur ce que le déposant savait ou aurait dû savoir au moment où il a souscrit l'affidavit, la fidélité de ce dernier est déterminée à la lumière de la croyance raisonnable du déposant au moment pertinent. Le juge Smart de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a résumé ainsi l'analyse relative à une contestation au fond d'une dénonciation en vue d'obtenir un mandat de perquisition :

During this review, if the applicant establishes that the affiant knew or should have known that evidence was false, inaccurate or misleading, that evidence should be excised from the [information to obtain] when determining whether the warrant was lawfully issued. Similarly, if the defence establishes that there was additional evidence the affiant knew or should have known and included in the [information to obtain] in order to make full, fair and frank disclosure, that evidence may be added when determining whether the warrant was lawfully issued.

(*R. v. Sipes*, 2009 BCSC 612, at para. 41 (CanLII))

[122] Smart J.'s comments apply equally to a *Garofoli* application (see *R. v. McKinnon*, 2013 BCSC 2212, at para. 12 (CanLII); see also *Grant*, at p. 251; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at paras. 40-42). They accord with this Court's observation in *Pires* that an error or omission is not relevant on a *Garofoli* application if the affiant could not reasonably have known of it (para. 41). Testing the affidavit against the ultimate truth rather than the affiant's reasonable belief would turn a *Garofoli* hearing into a trial of every allegation in the affidavit, something this Court has long sought to prevent (*Pires*, at para. 30; see also *R. v. Ebanks*, 2009 ONCA 851, 97 O.R. (3d) 721, at para. 21).

[123] When assessing a subfacial challenge, it is important to note that affiants may not ignore signs that other officers may be misleading them or omitting material information. However, if there is no indication that anything is amiss, they do not need to conduct their own investigation (*R. v. Ahmed*, 2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL), at para. 47; see also *Pires*, at para. 41).

[124] With these principles in mind, while we do not foreclose the possibility that the *O'Connor* process may be used to obtain records for purposes of a *Garofoli* application, the relevance threshold applicable to such an application is narrower than that on a typical *O'Connor* application. Specifically, where an accused asserts that third party documents are relevant to a *Garofoli* application, he

[TRADUCTION] Si le requérant démontre que le déposant savait ou aurait dû savoir la preuve fausse, inexacte ou trompeuse, cette preuve doit être retranchée de la [dénonciation] lorsqu'il s'agit de statuer sur la légalité du mandat. De même, si la défense démontre l'existence d'une autre preuve connue du déposant ou que ce dernier aurait dû connaître et inclure dans la [dénonciation] pour assurer une communication entière, impartiale et sincère, cette preuve peut être ajoutée lorsqu'il s'agit de statuer sur la légalité du mandat.

(*R. c. Sipes*, 2009 BCSC 612, par. 41 (CanLII))

[122] Les commentaires du juge Smart peuvent s'appliquer à une demande de type *Garofoli* (voir *R. c. McKinnon*, 2013 BCSC 2212, par. 12 (CanLII); voir aussi *Grant*, p. 251; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 40-42). Ils vont dans le même sens que l'observation de la Cour dans *Pires* selon laquelle une erreur ou une omission n'est pas pertinente dans le cadre d'une demande de type *Garofoli* si le déposant ne pouvait pas raisonnablement en connaître l'existence (par. 41). S'il fallait évaluer l'affidavit à la lumière de la vérité ultime plutôt que de la croyance raisonnable du déposant, l'audition de la demande de type *Garofoli* servirait à faire le procès de chaque affirmation dans l'affidavit, ce que la Cour veut depuis longtemps éviter (*Pires*, par. 30; voir aussi *R. c. Ebanks*, 2009 ONCA 851, 97 O.R. (3d) 721, par. 21).

[123] Il importe de souligner, pour le tribunal appelé à examiner une contestation au fond, que le déposant ne peut faire abstraction des éléments donnant à penser que d'autres agents peuvent l'inclure en erreur ou omettre des renseignements importants. Toutefois, en l'absence de tels signes, il n'a pas à mener sa propre enquête (*R. c. Ahmed*, 2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL), par. 47; voir aussi *Pires*, par. 41).

[124] Ayant ces principes à l'esprit, nous n'écartons pas la possibilité qu'une personne se prévale de la procédure de type *O'Connor* pour obtenir des documents à l'appui d'une demande de type *Garofoli*, mais le critère de pertinence dans ce cas est plus restrictif que celui qui s'applique ordinairement à la première. Plus précisément, l'accusé prétendant que des documents en la possession

or she must show a reasonable likelihood that the records sought will be of probative value to the issues on the application. The fact that the documents may show errors or omissions in the affidavit will not be sufficient to undermine the authorization. They must also support an inference that the affiant knew or ought to have known of the errors or omissions. If the documents sought for production are incapable of supporting such an inference, they will be irrelevant on a *Garofoli* application (*Pires*, at para. 41).

[125] This test for third party production is also consistent with another form of discovery on a *Garofoli* application: cross-examination of the affiant — and so it should be. Both forms of discovery serve similar purposes and engage similar policy concerns. They should be treated alike.

[126] On a *Garofoli* application, an accused may only cross-examine the affiant with leave of the trial judge. Leave will only be granted if the accused shows “a reasonable likelihood that cross-examination of the affiant will elicit testimony of probative value to the issue for consideration by the reviewing judge” (*Pires*, at para. 3; see also *Garofoli*, at p. 1465). Simply put, the accused must show that the cross-examination is reasonably likely to be *useful* on the application.

[127] In *Pires*, this Court upheld the constitutionality of the requirement that leave be sought to cross-examine the affiant, as well as the applicable threshold. The Court did so for three reasons. First, only a limited range of questioning will be relevant to the test on a *Garofoli* application (*Pires*, at paras. 40-41). The threshold primarily ensures that the cross-examination will be relevant (paras. 3 and 31). Second, cross-examination creates a risk of inadvertently identifying confidential informants (para. 36). Third, cross-examination can create waste and unnecessary delays. The threshold is “nothing

de tiers sont pertinents pour sa demande de type *Garofoli* doit démontrer qu’il est raisonnablement probable que ces documents auront une valeur probante quant aux questions que soulève sa demande. Le fait que les documents soient susceptibles de démontrer des erreurs ou omissions dans l’affidavit ne suffit pas à miner l’autorisation. Ils doivent aussi permettre de démontrer que le déposant connaissait ou aurait dû connaître l’existence des erreurs ou des omissions. Si les documents dont la communication est sollicitée ne peuvent étayer cette inférence, ils ne sont pas pertinents dans le cadre de la demande de type *Garofoli* (*Pires*, par. 41).

[125] Ce critère, qui régit la communication de documents par des tiers, s’applique également — à juste raison — à une autre forme d’enquête préalable menée dans le cadre d’une demande de type *Garofoli* : le contre-interrogatoire du déposant. Les deux formes visent des objets similaires et soulèvent des préoccupations de principe semblables. Elles doivent être traitées de la même façon.

[126] L’accusé qui présente une demande de type *Garofoli* ne peut contre-interroger le déposant qu’avec l’autorisation du juge du procès, qui l’accorde si l’accusé démontre « qu’il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du déposant apporte un témoignage probant à l’égard de la question soumise à l’appréciation du juge siégeant en révision » (*Pires*, par. 3; voir aussi *Garofoli*, p. 1465). Bref, l’accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire est raisonnablement susceptible de se révéler *utile* lorsqu’il s’agit de trancher sa demande.

[127] Dans l’arrêt *Pires*, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l’exigence subordonnant le contre-interrogatoire du déposant à l’autorisation judiciaire ainsi que du critère applicable, et ce, pour trois raisons. Premièrement, le critère applicable à une demande de type *Garofoli* circonscrit le type de questions sur lesquelles peut porter le contre-interrogatoire (*Pires*, par. 40-41). Le critère sert principalement à assurer la pertinence du contre-interrogatoire (par. 3 et 31). Deuxièmement, le contre-interrogatoire comporte le risque que l’identité confidentielle des informateurs soit

more than a means of ensuring that . . . the proceedings remain focussed and on track” (para. 31).

[128] The three justifications that warrant limiting cross-examination of the affiant apply with equal force to third party production applications. First, the issues on a *Garofoli* application remain narrow. The relevance of the information sought will be judged in relation to these narrow issues. A finding that some information in Sgt. Driscoll’s affidavits is false will only be relevant if it tends to support the inference that he knew or ought to have known that it was false.

[129] Second, production of documents the affiant did not consult risks identifying confidential informants. Although it is easier to vet documents than to vet an affiant’s testimony, this Court has recognized that it is “virtually impossible for the court to know what details may reveal the identity of an anonymous informer” (*R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 28). Lower courts have also recognized that it is difficult and time-consuming for the police to adequately vet original informer notes, which in complex cases can involve many officers and hundreds of reports (*Ahmed*, at para. 46; *R. v. Croft*, 2013 ABQB 705, 576 A.R. 333, at para. 32).

[130] Finally, broad third party production requests can derail pre-trial proceedings. The production order in this case could involve hundreds or even thousands of pages. Sweeping disclosure requests are a common cause of delays (P. J. LeSage and M. Code, *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures* (2008), at pp. 45-55). The same can be said of third party requests. The process of obtaining, reviewing and vetting documents in wiretap cases may require significant resources on the part of police (see, on this point, R. W. Hubbard, P. M. Brauti and S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure* (loose-leaf), vol. 2, at pp. 8-12 to 8-12.7). In the case of an *O’Connor*

révélée par inadvertance (par. 36). Troisièmement, le contre-interrogatoire peut entraîner du gaspillage et des retards inutiles. Le critère « n’est rien de plus qu’un moyen de s’assurer que [. . .] l’instance demeure sur la bonne voie » (par. 31).

[128] Ces trois raisons s’appliquent avec autant de force à la demande de communication par des tiers. Premièrement, les questions que soulève une demande de type *Garofoli* sont limitées. La pertinence des renseignements demandés s’apprécie en fonction de ces questions limitées. Une conclusion quant à la fausseté d’un renseignement dans les affidavits du serg. Driscoll n’est pertinente que dans la mesure où elle étaye l’inférence qu’il le savait ou aurait dû le savoir faux.

[129] Deuxièmement, la communication de documents auxquels le déposant n’a pas eu accès risque de révéler l’identité confidentielle d’informateurs. Bien qu’il est plus facile de censurer des documents que le témoignage d’un déposant, la Cour a reconnu qu’il est « quasi impossible pour le tribunal de savoir quel détail peut permettre de révéler l’identité d’un indicateur anonyme » (*R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 28). Les tribunaux d’instance inférieure ont également reconnu qu’il est long et difficile pour la police de censurer adéquatement les notes originales des informateurs, ce qui, dans une affaire complexe, est susceptible de représenter des centaines de rapports et d’occuper plusieurs agents (*Ahmed*, par. 46; *R. c. Croft*, 2013 ABQB 705, 576 A.R. 333, par. 32).

[130] Enfin, les demandes en vue d’obtenir la communication de volumineux dossiers par des tiers risquent de perturber les étapes préalables au procès. En l’espèce, l’ordonnance de communication pourrait viser des centaines, voire des milliers, de pages. Les demandes de divulgation massive sont une cause fréquente de retards (P. J. LeSage et M. Code, *Rapport sur l’examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes* (2008), p. 54-66). Il en va de même des demandes de communication de dossiers par des tiers. La procédure qui consiste à obtenir, réviser et censurer les documents dans les affaires d’écoute électronique peut requérir d’importantes ressources policières (voir, à ce sujet, R. W. Hubbard, P. M. Brauti et

request, the same would apply to third parties. A narrow relevance threshold is therefore needed to prevent “speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming” production requests (*R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 32, quoted by Lamer C.J. and Sopinka J., who were in the majority on this issue, in *O’Connor*, at para. 24).

[131] Lower courts have acknowledged these concerns, both as regards documents in the hands of the police and documents in the hands of third parties (*Ahmed*; *R. v. Ali*, 2013 ONSC 2629; *R. v. Alizadeh*, 2013 ONSC 5417; *Croft*; *R. v. Way*, 2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258). We need not address the boundaries of *Stinchcombe* disclosure in the *Garofoli* context, as that issue is not before us. However, it is clear that lower courts consider disclosure and production of documents to be analogous to cross-examination. They have therefore applied the same relevance threshold. Where courts have departed from this proposition, they have done so in cases where the documents being sought were found to come within *Stinchcombe* disclosure requirements (see *R. v. Bernath*, 2015 BCSC 632, at paras. 78-80 (CanLII); *R. v. Edwardsen*, 2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191, at paras. 73-74; *R. v. Lemke*, 2015 ABQB 444). It is axiomatic that if in fact the documents in question are in the hands of the authorities and are determined to be subject to *Stinchcombe* disclosure, they must be produced.

[132] We agree that these two discovery tools — cross-examination of affiants and third party production orders — should be subject to the same relevance threshold. Therefore, to obtain third party production in the *Garofoli* context, an accused must show a reasonable likelihood that the records sought will be of probative value to the issues on the application. As with cross-examination of an affiant,

S. K. Fenton, *Wiretapping and Other Electronic Surveillance : Law and Procedure* (feuilles mobiles), vol. 2, p. 8-12 à 8-12.7). Ce serait la même chose pour les tiers dans le cas d’une demande de type *O’Connor*. Un critère de pertinence étroit est donc nécessaire pour faire obstacle aux demandes de communication « qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires » (*R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 32, cité par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, majoritaires sur ce point, dans *O’Connor*, par. 24).

[131] Les tribunaux inférieurs ont reconnu ces préoccupations, que les documents soient entre les mains de la police ou de tiers (*Ahmed*; *R. c. Ali*, 2013 ONSC 2629; *R. c. Alizadeh*, 2013 ONSC 5417; *Croft*; *R. c. Way*, 2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258). Nous n’avons pas à examiner la portée du régime de divulgation de la preuve établi dans l’arrêt *Stinchcombe* dans le contexte d’une demande de type *Garofoli*, car nous ne sommes pas saisis de cette question. Toutefois, il est clair que les tribunaux inférieurs assimilent au contre-interrogatoire la divulgation de la preuve par la Couronne et la communication d’autres documents. Ils ont donc appliqué le même critère de pertinence. Lorsqu’ils y ont dérogé, c’était parce que les documents demandés appartenaient au genre de renseignements qui doivent être divulgués suivant l’arrêt *Stinchcombe* (voir *R. c. Bernath*, 2015 BCSC 632, par. 78-80 (CanLII); *R. c. Edwardsen*, 2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191, par. 73-74; *R. c. Lemke*, 2015 ABQB 444). Il va sans dire que si les documents en question sont en la possession des autorités et que les règles de divulgation établies dans l’arrêt *Stinchcombe* s’y appliquent, ils doivent faire l’objet de la divulgation.

[132] Nous convenons que ces deux outils d’enquête préalable — le contre-interrogatoire du déposant et l’ordonnance de communication de dossiers par des tiers — doivent être assujettis au même critère de pertinence. Par conséquent, pour obtenir la communication de dossiers par des tiers dans une demande de type *Garofoli*, l’accusé doit démontrer qu’il existe une probabilité raisonnable

it must be reasonably likely that the records will be *useful*.

[133] The “reasonable likelihood” threshold is appropriate to the *Garofoli* context and fair to the accused. It does not require an accused to first prove the evidence which is being sought. By the same token, it prevents fishing expeditions and ensures efficient use of judicial resources. In short, it focuses on the issues relevant to a *Garofoli* application, which are narrower than those relevant to the case as a whole.

[134] As in the case of applications to cross-examine the affiant, the accused will already have access to the documents that were before the authorizing judge, including the affidavit in support of the authorization (*Criminal Code*, s. 187(1.4); *Pires*, at paras. 25-26). These documents are clearly relevant and the accused is presumptively entitled to them (*Criminal Code*, s. 187(1.4); *Pires*, at paras. 25-26; *Ahmed*, at para. 30). The accused also has a right to access the rest of the investigative file under *Stinchcombe* disclosure, subject of course to the exceptions identified in *Stinchcombe* and *McNeil*. This disclosure should be sufficient to enable the accused to show a basis for third party production requests, if such a basis exists. While an accused has a right to production of relevant documents, there is no right to embark on a fishing expedition. The right does not extend to every document relating to the case, regardless of who holds it or where it is. This is especially so when production is sought in aid of a *Garofoli* application.

[135] Having addressed the relevant legal test, we turn now to its application in this case.

que les dossiers demandés auront une valeur probante quant aux questions que soulève la demande. Comme c’est le cas pour le contre-interrogatoire d’un déposant, il doit être raisonnablement probable que les dossiers se révèlent *utiles*.

[133] Le critère de la « probabilité raisonnable » convient à une demande de type *Garofoli*. Il est équitable pour l’accusé, qui n’a pas à prouver au préalable la preuve sollicitée. Du même coup, il empêche les recherches à l’aveuglette et assure une utilisation efficace des ressources judiciaires. Bref, il circonscrit l’analyse aux questions pertinentes à l’égard d’une demande de type *Garofoli*, qui sont plus limitées que celles qui intéressent l’affaire dans son ensemble.

[134] Comme lorsqu’il demande la permission de contre-interroger le déposant, l’accusé a déjà accès aux documents dont disposait le juge qui a accordé l’autorisation, y compris l’affidavit présenté en vue d’obtenir l’autorisation (*Code criminel*, par. 187(1.4); *Pires*, par. 25-26). Ces documents sont manifestement pertinents, et l’accusé est présumé y avoir droit (*Code criminel*, par. 187(1.4); *Pires*, par. 25-26; *Ahmed*, par. 30). L’accusé a également le droit de consulter le reste du dossier d’enquête selon les normes de divulgation établies dans l’arrêt *Stinchcombe*, sous réserve, évidemment, des exceptions énoncées dans ce dernier et dans l’arrêt *McNeil*. Cette divulgation devrait suffire à établir le bien-fondé de sa demande de communication de dossiers par des tiers, si elle est effectivement fondée. Certes, l’accusé a droit à la communication des documents pertinents, or rien ne lui permet de se lancer dans une recherche à l’aveuglette. Ce droit ne s’étend pas à tous les documents se rapportant à l’affaire, peu importe qui les a en sa possession et où ils se trouvent, tout particulièrement si leur communication est demandée à l’appui d’une demande de type *Garofoli*.

[135] Ayant traité du critère juridique applicable, nous analysons maintenant son application en l’espèce.

(4) Application

[136] The respondents argue that the documents they seek are likely relevant to their *Garofoli* application and therefore should be produced. In the alternative, they argue that the documents in the World Bank Group's possession should be presumed relevant because certain documents which would have been disclosed under *Stinchcombe* were lost or not created.

[137] Respectfully, the trial judge erred in assessing both arguments. Although he correctly placed the burden on the respondents, he did not properly assess the relevance of the documents being sought. In particular, he blurred the distinction in a *Garofoli* application between the affiant's knowledge and the knowledge of others involved in the investigation.

[138] In this case, that distinction is crucial. While the documents sought may be relevant to the ultimate truth of the allegations in the affidavits (a matter upon which we make no comment), they are not reasonably likely to be of probative value to what Sgt. Driscoll knew or ought to have known since he did not consult them. Even if the documents were to reveal material omissions or errors in the affidavits, this would not undermine the preconditions for issuing the authorization unless there was something in the documents which showed that Sgt. Driscoll knew or ought reasonably to have known of them.

[139] To show that Sgt. Driscoll knew or ought reasonably to have known about the information contained in these documents, the respondents must show that it was unreasonable for him to rely on the information he received from the INT and other officers. The respondents have not done so. The World Bank Group was forthcoming and cooperative with the RCMP. The INT shared what it knew about the tipsters, including concerns regarding

(4) Application

[136] Les intimés soutiennent que les documents dont ils demandent la communication seront probablement pertinents à l'égard de leur demande de type *Garofoli* et devraient, par conséquent, être communiqués. Subsidiairement, ils nous exhortent à considérer comme pertinents d'office les documents qui sont en la possession du Groupe, car certains renseignements dont la divulgation aurait été exigée en application de l'arrêt *Stinchcombe* ont été perdus ou n'ont jamais été consignés par écrit.

[137] Soit dit en tout respect, le juge d'instance a commis une erreur dans son appréciation des deux arguments. Bien qu'il ait à juste titre imposé le fardeau de la preuve aux intimés, il n'a pas apprécié correctement la pertinence des documents exigés. Tout particulièrement, il a confondu, dans le cadre d'une demande de type *Garofoli*, la connaissance du déposant et celle des enquêteurs.

[138] En l'espèce, cette distinction est cruciale. Si les documents demandés sont susceptibles de permettre d'établir la véracité des affirmations contenues dans les affidavits (une question sur laquelle nous ne nous prononçons pas), il n'est pas raisonnablement probable qu'ils aient une valeur probante lorsqu'il s'agit de déterminer ce que le serg. Driscoll savait ou aurait dû savoir puisqu'il ne les a pas consultés. Même si les documents devaient révéler des omissions ou erreurs importantes dans les affidavits, cette situation n'annulerait pas les conditions préalables à la délivrance de l'autorisation, à moins que les documents ne démontrent que le serg. Driscoll était au courant de l'existence des erreurs ou omissions ou aurait raisonnablement dû l'être.

[139] Pour démontrer que le serg. Driscoll connaissait ou aurait raisonnablement dû connaître l'existence des renseignements consignés dans les documents, les intimés doivent démontrer qu'il était déraisonnable de sa part de se fier aux renseignements qu'il avait reçus de l'INT et d'autres agents. Les intimés ne l'ont pas fait. Le Groupe a fait preuve de franchise et de coopération envers la GRC. L'INT a transmis ce qu'elle savait au sujet des informateurs, y

their credibility and their reasons for seeking anonymity, if known.

[140] Furthermore, Mr. Haynes is a professional investigator with a reputable international organization. Like the RCMP, the INT was attempting to uncover the truth behind the tipsters' allegations. Under these circumstances, Sgt. Driscoll did not need to double-check his information with the original communications between the tipsters and the INT — though, in fact, he did consult many of these communications. He also provided his draft affidavit to Mr. Haynes to check for accuracy, completeness and protection of source identity. Mr. Haynes did so and Sgt. Driscoll had no reason to doubt his integrity.

[141] Mr. Haynes's position in this case is analogous to that of an informer handler: someone who acts as an intermediary between an affiant or investigator and an informant. Lower courts have repeatedly rejected the proposition that affiants must have directly consulted informers or informer handler notes, or otherwise investigated the information communicated to them by other officers (see e.g. *Croft; Ahmed; Ali*). While affiants must not allow themselves, either knowingly or through wilful blindness, to be misled by informer handlers and other officers, there is no evidence of any discrepancies or errors that should have put Sgt. Driscoll "on notice" to investigate further.

[142] Only one set of documents among those sought would tend to show what Sgt. Driscoll knew: Mr. Haynes's notes of any conversations he had with Sgt. Driscoll. But the record is silent on whether Mr. Haynes made any such notes. Regardless, the fact remains that the respondents have received voluminous disclosure, including all documents in the Crown's possession covered by *Stinchcombe*. It is not unfair to ask them to demonstrate the relevance of their requests on the basis of the information they already have. This disclosure includes:

compris ses préoccupations quant à leur crédibilité et les raisons pour lesquelles ils demandaient à conserver l'anonymat, si elles étaient connues.

[140] En outre, M. Haynes est un enquêteur professionnel au sein d'une organisation internationale réputée. Comme la GRC, l'INT s'efforçait de découvrir la part de vérité dans les affirmations des informateurs. Dans ces circonstances, le serg. Driscoll n'avait pas à comparer ses renseignements aux échanges originaux entre les informateurs et l'INT — quoiqu'il en ait, dans les faits, consulté plusieurs. Il a également fourni son projet d'affidavit à M. Haynes, qui a vérifié s'il était exact et complet et si l'identité des sources était protégée, et le serg. Driscoll n'avait aucune raison de douter de son intégrité.

[141] La position de M. Haynes en l'espèce s'apparente à celle d'un agent traitant, l'intermédiaire entre le déposant ou l'enquêteur et l'informateur. Les tribunaux d'instance inférieure ont maintes fois refusé de reconnaître l'obligation pour le déposant de consulter directement les informateurs ou les notes de l'agent traitant ou de vérifier les renseignements qui lui ont été communiqués par d'autres agents (voir p. ex. *Croft; Ahmed; Ali*). Certes, le déposant ne doit pas, sciemment ou par aveuglement volontaire, se laisser induire en erreur par l'agent traitant ou un autre agent. Or, il ne semble y avoir aucune divergence ou erreur susceptible d'avoir « mis la puce à l'oreille » du serg. Driscoll et incité ce dernier à pousser l'enquête.

[142] Un seul ensemble de documents parmi ceux qui sont sollicités serait à même de démontrer ce que le serg. Driscoll savait : les notes de M. Haynes sur les conversations qu'il a eues avec lui. Or, le dossier ne dit pas si M. Haynes a pris de telles notes. Il n'en demeure pas moins que les intimés se sont vu divulguer une documentation volumineuse, dont tous les documents en la possession de la Couronne dont la divulgation est exigée en application de l'arrêt *Stinchcombe*. Il n'est pas inéquitable d'exiger qu'ils démontrent la pertinence de leurs demandes à partir des renseignements qu'ils possèdent déjà, à savoir :

- The redacted wiretap and search warrant affidavits;
 - A draft of the affidavit used for the first wiretap application;
 - All materials that were before the authorizing judges;
 - The notes made by all of the main RCMP investigators, including those of the lead investigator, Staff Sgt. Bédard;
 - Forty liaison reports sent between the INT and the RCMP from March 31, 2011 to January 27, 2012, including 33 that contained source information;
 - Transcripts and the original audio of all relevant intercepted communications;
 - More than one million items seized in the execution of search warrants at SNC-Lavalin offices, including 2,332 potentially relevant documents.
- les copies caviardées des affidavits à l'appui des dénonciations en vue d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique et les mandats de perquisition;
 - l'ébauche de l'affidavit à l'appui de la première dénonciation en vue d'obtenir l'autorisation d'écoute électronique;
 - tous les documents dont disposaient les juges qui ont accordé les autorisations;
 - les notes prises par tous les enquêteurs principaux de la GRC, dont celles de l'enquêteur principal, le sergent-chef Bédard;
 - quarante rapports de liaison échangés par l'INT et la GRC entre le 31 mars 2011 et le 27 janvier 2012, dont 33 qui contenaient des renseignements sur les sources;
 - les transcriptions et les bandes sonores originales de toutes les communications interceptées pertinentes;
 - plus d'un million d'articles saisis au cours des perquisitions dans les bureaux de SNC-Lavalin, dont 2 332 documents susceptibles d'être pertinents.

[143] Of particular importance, the respondents have the affidavits presented to the authorizing judges (redacted to protect the tipsters' identities), as well as every report and document referred to therein that the RCMP have in their possession. They have the handwritten notes of Staff Sgt. Bédard, which include conversations he sat in on between Sgt. Driscoll and the second tipster. The respondents have also cross-examined Sgt. Driscoll on some issues relevant to the *Garofoli* application, albeit in the context of a prior disclosure motion. It is speculative that an examination of the records sought would reveal an omission or error which Sgt. Driscoll knew or ought to have known about but which escaped the already extensive disclosure.

[143] Fait particulièrement important, les intimés disposent des affidavits présentés aux juges qui ont accordé les autorisations (caviardés pour protéger l'identité des informateurs), ainsi que tous les rapports et documents y mentionnés que la GRC a en sa possession. Ils disposent des notes manuscrites du sergent-chef Bédard, y compris celles prises au sujet des conversations entre le serg. Driscoll et le deuxième informateur auxquelles il a assisté. Les intimés ont également contre-interrogé le serg. Driscoll relativement à certaines questions pertinentes à l'égard de la demande de type *Garofoli*, quoique dans le contexte d'une requête antérieure relative à la divulgation. La prétention selon laquelle un examen des dossiers demandés révélerait une erreur ou omission dont le serg. Driscoll connaissait ou aurait dû connaître l'existence, mais qui aurait échappé à une divulgation déjà volumineuse, relève de la spéculation.

[144] We also reject the respondents' second argument. The respondents claim that *Stinchcombe* disclosure is incomplete because Sgt. Driscoll's emails were lost, and because Sgt. Driscoll took no notes of his work preparing the affidavits. They submit that while third party documents would not ordinarily be presumed relevant, the World Bank Group's documents benefit from such a presumption because these first party documents were lost or not created.

[145] Accepting this argument would require a significant change to the *O'Connor* framework. We do not believe such a change is necessary. When information covered by *Stinchcombe* disclosure is missing, destroyed or otherwise unavailable, the loss must be addressed through the remedial framework set forth in *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680. This is the appropriate framework for addressing the lost emails and missing notes, and it may well be the appropriate framework for addressing any prejudice resulting from the World Bank Group's assertion of its immunities.

[146] The respondents did not argue these issues on this appeal, and they are best left to the trial judge. We do, however, note that the trial judge has already ordered disclosure of the draft affidavit as a remedy for the lost emails and missing notes. We further note that most of Sgt. Driscoll's emails have been recovered. Most were copied to other RCMP officers, and the INT has voluntarily provided all emails sent from Mr. Haynes to Sgt. Driscoll. These factors will no doubt play a role in determining whether the alleged deficiencies in *Stinchcombe* disclosure have occasioned any actual prejudice to the respondents.

[147] The respondents have failed to show the relevance of the documents sought to their planned *Garofoli* application. The relevance of the World

[144] Nous rejetons également le deuxième argument des intimés, qui affirment que la divulgation de la preuve qu'exige l'arrêt *Stinchcombe* est incomplète en l'espèce en raison de la disparition des courriels du serg. Driscoll et de l'absence de notes de ce dernier lors de la préparation des affidavits. Ils soutiennent que si la pertinence des documents en la possession de tiers n'est normalement pas présumée, une telle présomption s'applique à ceux du Groupe, car les renseignements en la possession de la partie principale ont disparu ou n'ont jamais été consignés.

[145] Retenir cet argument signifierait un changement important du cadre d'analyse établi dans l'arrêt *O'Connor*. Nous n'en voyons pas la nécessité. Lorsque des renseignements dont la divulgation est exigée en application de l'arrêt *Stinchcombe* ont disparu, ont été détruits ou ne peuvent être obtenus, il doit être remédié à ce manque selon le cadre établi dans l'arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680. C'est le bon moyen de régler le problème des courriels disparus et des notes manquantes, et il se pourrait très bien que ce soit le bon moyen de redresser le préjudice, s'il en est, découlant des immunités invoquées par le Groupe.

[146] Les intimés n'ont pas soulevé ces questions devant nous, et il convient d'en laisser l'appréciation au juge du procès. Nous signalons que ce dernier a déjà ordonné la divulgation du projet d'affidavit pour remédier aux courriels disparus et à l'absence de notes. Nous faisons également remarquer que la plupart des courriels du serg. Driscoll ont été récupérés. La plupart des messages avaient été envoyés en copie conforme à d'autres agents de la GRC, et l'INT a de son plein gré fourni tous les courriels que M. Haynes avait envoyés au serg. Driscoll. Ces faits entreront sans doute en ligne de compte lorsqu'il s'agira de décider si les présumées lacunes dans la divulgation de la preuve que prévoit l'arrêt *Stinchcombe* ont causé un préjudice véritable aux intimés.

[147] Les intimés n'ont pas réussi à démontrer la pertinence des documents exigés à l'égard de la demande de type *Garofoli* qu'ils entendent présenter.

Bank Group's documents to other issues in this case is a matter for the trial judge.

V. Conclusion

[148] The World Bank Group's immunities cover the records sought and its personnel, and they have not been waived. Moreover, the INT's records were not disclosable under Canadian law. In the result, we would dismiss the respondents' motion to strike, allow the appeal and set aside the production order.

[149] In the circumstances, given the issues raised, we would make no order as to costs. In doing so, we wish to make it clear that we do not accept Mr. Bhuiyan's submission as to the World Bank Group's conduct in this case.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the respondent Kevin Wallace: Fenton, Smith, Toronto.

Solicitors for the respondent Zulfiquar Bhuiyan: Addario Law Group, Toronto.

Solicitor for the respondent Ramesh Shah: David B. Cousins, Toronto.

Solicitors for the respondent Mohammad Ismail: Wells Criminal Law, Toronto.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the interveners Transparency International Canada Inc. and Transparency International e.V.: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

La détermination de la pertinence des documents du Groupe à l'égard des autres questions dans le cadre de l'instance appartient au juge du procès.

V. Conclusion

[148] Les immunités du Groupe s'appliquent aux dossiers dont la communication est requise et à son personnel et il n'y a pas eu renonciation. En outre, les règles du droit canadien ne prévoient pas la communication des dossiers de l'INT. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter la requête en radiation présentée par les intimés, d'accueillir l'appel et d'annuler l'ordonnance de communication.

[149] Dans les circonstances et vu les questions soulevées, nous n'adjugeons pas de dépens. Nous tenons par cette décision à indiquer clairement que nous rejetons l'argument de M. Bhuiyan à propos des actes du Groupe dans la présente affaire.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l'intimé Kevin Wallace : Fenton, Smith, Toronto.

Procureurs de l'intimé Zulfiquar Bhuiyan : Addario Law Group, Toronto.

Procureur de l'intimé Ramesh Shah : David B. Cousins, Toronto.

Procureurs de l'intimé Mohammad Ismail : Wells Criminal Law, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs des intervenantes Transparency International Canada Inc. et Transparency International e.V. : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the interveners the European Bank for Reconstruction and Development, the Organisation for Economic Co-operation and Development, the African Development Bank Group, the Asian Development Bank, the Inter-American Development Bank and the Nordic Investment Bank: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Stockwoods, Toronto.

Procureurs des intervenants la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, l'Organisation de coopération et de développement économiques, le Groupe de la Banque africaine de développement, Asian Development Bank, la Banque interaméricaine de développement et Nordic Investment Bank : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

John Thomas Shaoulle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHAOULLE

2016 SCC 16

File No.: 36704.

2016: April 29.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Verdict of trial judge reasonable — Accused's conviction for first degree murder upheld.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Jackson, Klebuc and Ottenbreit JJ.A.), 2015 SKCA 101, 467 Sask. R. 86, 651 W.A.C. 86, [2016] 2 W.W.R. 246, [2015] S.J. No. 492 (QL), 2015 CarswellSask 572 (WL Can.), upholding the accused's conviction for first degree murder entered by Allbright J., 2013 CarswellSask 978 (WL Can.). Appeal dismissed.

Brian Pfefferle and Amy L. Kolenick, for the appellant.

W. Dean Sinclair, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The appeal is dismissed for the reasons of the majority of the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pfefferle Law Office, Saskatoon.

John Thomas Shaoulle *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SHAOULLE

2016 CSC 16

N° du greffe : 36704.

2016 : 29 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Verdict raisonnable rendu par le juge du procès — Confirmation de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Jackson, Klebuc et Ottenbreit), 2015 SKCA 101, 467 Sask. R. 86, 651 W.A.C. 86, [2016] 2 W.W.R. 246, [2015] S.J. No. 492 (QL), 2015 CarswellSask 572 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé par le juge Allbright, 2013 CarswellSask 978 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Brian Pfefferle et Amy L. Kolenick, pour l'appelant.

W. Dean Sinclair, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — L'appel est rejeté, pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Pfefferle Law Office, Saskatoon.

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

*Procureur de l'intimée : Procureur général de
la Saskatchewan, Regina.*

Pierre-Olivier Laliberté *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LALIBERTÉ

2016 SCC 17

File No.: 36712.

2016: April 29.

Present: McLachlin C.J. and Cromwell, Wagner, Gascon and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — Defences — Alibi — Fabrication of alibi — Application of curative proviso — Trial judge’s instruction to jury with respect to fabrication of alibi was erroneous, but evidence is so overwhelming that trier of fact would inevitably have entered conviction against accused — Convictions for first degree murder and attempted murder upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Cases Cited

Referred to: *R. v. O’Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Hilton and Bélanger JJ.A.), 2015 QCCA 1633, [2015] AZ-51220898, [2015] J.Q. n° 9961 (QL), 2015 CarswellQue 9461 (WL Can.), upholding the accused’s convictions for first degree murder and attempted murder entered by Grenier J. Appeal dismissed.

Ariane Gagnon-Rocque and *Carl Thibault*, for the appellant.

Pierre-Olivier Laliberté *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. LALIBERTÉ

2016 CSC 17

N° du greffe : 36712.

2016 : 29 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Exposé au jury — Moyens de défense — Alibi — Fabrication d’un alibi — Application de la disposition réparatrice — Directive du juge du procès au jury sur la fabrication d’un alibi erronée mais preuve à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité de l’accusé — Déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et tentative de meurtre confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. O’Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Chamberland, Hilton et Bélanger), 2015 QCCA 1633, [2015] AZ-51220898, [2015] J.Q. n° 9961 (QL), 2015 CarswellQue 9461 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et tentative de meurtre prononcées contre l’accusé par le juge Grenier. Pourvoi rejeté.

Ariane Gagnon-Rocque et *Carl Thibault*, pour l’appellant.

Régis Boisvert and Justin Tremblay, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] WAGNER J. — This appeal as of right is based on the dissent of Hilton J.A. in the Quebec Court of Appeal. In Hilton J.A.'s view, the trial judge erred in not admitting in evidence out-of-court statements made by one of the victims and in giving the jury an instruction, the content of which was also erroneous, with respect to the fabrication of an alibi even though sufficient evidence had not been adduced to link the appellant to the fabrication of an alibi. The dissenting judge found that the trial judge's instruction was so inappropriate and so seriously in error that the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was inapplicable.

[2] The majority agreed with Hilton J.A.'s conclusion regarding the out-of-court statements of one of the victims and also agreed that the content of the instruction with respect to the fabrication of an alibi was erroneous. However, they found that deference was owed to the trial judge's decision to give an instruction in that regard. Concluding that the case against the accused was overwhelming, they applied the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

[3] We agree with the majority and with the dissenting judge that the instruction the trial judge gave with respect to the fabrication of an alibi was erroneous. A trial judge must specify in such an instruction that the fabrication of an alibi supports an inference of *consciousness* of guilt, but no more than that. The instruction in this case did not satisfy this requirement.

[4] Moreover, there must be other evidence independent of the finding that the alibi is false on the basis of which a reasonable jury could conclude that the alibi was deliberately fabricated and that the accused was involved in that attempt to mislead the jury: *R. v. O'Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263 (C.A.); *R. v.*

Régis Boisvert et Justin Tremblay, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE WAGNER — Cet appel de plein droit s'appuie sur la dissidence du juge Hilton de la Cour d'appel du Québec. Selon ce dernier, le juge du procès a erré en ne permettant pas la production au dossier des déclarations extrajudiciaires de l'une des victimes et en donnant au jury une directive de fabrication d'un alibi, dont le contenu était également erroné, en l'absence des éléments de preuve suffisants pour relier l'appellant à la fabrication d'un alibi. Selon le juge dissident, le caractère inapproprié et erroné de la directive du juge de première instance était si grave que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, était inapplicable.

[2] Les juges majoritaires partagent son avis sur le sort réservé aux déclarations extrajudiciaires de l'une des victimes et sur le contenu erroné de la directive portant sur la fabrication d'un alibi. Cependant, ils sont d'avis qu'il fallait respecter la décision du juge du procès de donner une directive sur le sujet. D'avis que la preuve à charge était accablante, ils ont appliqué la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

[3] Nous sommes d'accord avec les juges majoritaires et le juge dissident que la directive sur la fabrication d'un alibi donnée par le juge de première instance était erronée. Le juge du procès doit préciser dans sa directive que la fabrication d'un alibi permet d'inférer une *conscience* de culpabilité, sans plus. La directive en l'espèce ne satisfaisait pas à cette exigence.

[4] De plus, il doit y avoir d'autres éléments de preuve indépendants de la conclusion que l'alibi est faux qui permettent à un jury raisonnable de conclure que l'alibi a été fabriqué délibérément et que l'accusé a participé à cette tentative d'induire le jury en erreur : *R. c. O'Connor* (2002), 62 O.R. (3d) 263

Hibbert, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (B.C.C.A.) (per Ryan J.A.).

[5] However, we are of the opinion that, despite the trial judge's errors, the evidence in the case at bar is so overwhelming that the trier of fact would inevitably have entered a conviction against the accused: *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

[6] For these reasons, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Thibault, Roy, Avocats, Québec.

Solicitors for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

(C.A.); *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Tessier* (1997), 113 C.C.C. (3d) 538 (C.A. C.-B.) (la juge Ryan).

[5] Cependant, nous sommes d'avis qu'en dépit des erreurs du juge du procès, la preuve en l'espèce est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité de l'accusé : *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

[6] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Thibault, Roy, Avocats, Québec.

Procureurs de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 2, 2016 Vol. 1

2^e cahier, 2016 Vol. 1

Cited as [2016] 1 S.C.R. 273-586

Renvoi [2016] 1 R.C.S. 273-586

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêviste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY

ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
STÉPHANIE MORIN
JOANNE NORMAN

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CHLOE MAGEE

NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Krayzel Corp. v. Equitable Trust Co. 273

Mortgages — Interest — Rate of interest — Payments in arrears — Mortgage terms providing for discount — Legislation precluding mortgagee from imposing terms that have effect of charging higher rate of interest on money in arrears than that charged on principal money not in arrears — Whether legislation offended by terms of mortgage agreement imposing an “interest rate” that takes effect only where mortgagor falls into default by failing to make prescribed payments at lower “pay rate” of interest or by failing to pay out loan upon maturity — Whether there is distinction between (1) terms imposing, by way of penalty, a higher rate in event of default, and (2) terms reserving, by way of discount, a lower rate in event of no default — Interest Act, R.S.C. 1985, c. I-15, ss. 2, 8.

Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co. 306

Property — Real property — Sale — Right to incentive payments arising under Incentive Agreement registered by caveat on title to land — City adopting by-law designating building as municipal historical resource under Historical Resources Act — City entering into agreement with building owner providing for yearly payments over 15 years to compensate for decrease in economic value due to designation and for cost of rehabilitation work, and imposing restrictions on use of building — Agreement registered by caveat on title to land — Building sold in judicial sale — Whether incentive payments constitute positive covenant running with land either by virtue of Historical Resources Act or by virtue of agreement between City and building owner — Whether incentive payments sold as asset in judicial sale — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, s. 29.

Personal property security — City entering into agreement with building owner providing for incentive payments to compensate for decrease in economic value due to historic resource designation and for cost of rehabilitation work — Building owner assigning right to incentive payments to two successive lenders as security for loans

Continued on next page

SOMMAIRE

Krayzel Corp. c. Équitable, Cie de fiducie 273

Hypothèques — Intérêts — Taux d'intérêt — Paiements en souffrance — Conditions hypothécaires prévoyant un escompte — Mesure législative interdisant au créancier hypothécaire d'imposer des conditions qui ont pour effet d'exiger, sur des arrérages, un taux d'intérêt supérieur à celui payable sur le principal non arriéré — Est-ce que certaines conditions d'une convention hypothécaire contreviennent à cette mesure législative du fait qu'elles imposent un « taux d'intérêt » ne prenant effet que si le débiteur hypothécaire est en défaut de paiement soit parce qu'il n'effectue pas les paiements d'intérêt prévus suivant un « taux payable » inférieur, soit parce qu'il ne rembourse pas le prêt à l'échéance? — Existe-t-il une distinction entre (1) des conditions qui imposent, en guise de pénalité, un taux plus élevé en cas de défaut de paiement et (2) des conditions qui réservent, en guise d'escompte, un taux plus bas en l'absence de défaut de paiement? — Loi sur l'intérêt, L.R.C. 1985, c. I-15, art. 2, 8.

Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie 306

Biens — Biens réels — Vente — Droit à des paiements incitatifs découlant d'un contrat incitatif enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Adoption par la Ville d'un arrêté désignant un édifice ressource historique municipale en application de la Historical Resources Act — Conclusion par la Ville avec le propriétaire de l'édifice d'un contrat qui prévoit le versement sur une période de 15 ans de paiements annuels visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation et pour les frais des travaux de restauration, et qui impose certaines restrictions quant à l'utilisation de l'édifice — Contrat enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Édifice vendu lors d'une vente sous contrôle de justice — Les paiements incitatifs constituent-ils un engagement positif qui se rattache au bien-fonds soit par l'effet de la Historical Resources Act, soit en vertu du contrat entre la Ville et le propriétaire de l'édifice? — Les paiements incitatifs faisaient-ils partie des éléments d'actif vendus lors de la vente sous contrôle de justice? — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, art. 29.

Sûretés mobilières — Conclusion par la Ville avec le propriétaire d'un édifice d'un contrat qui prévoit le versement de paiements incitatifs visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation comme ressource historique et pour les frais des travaux de restauration —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Building sold in judicial sale — First lender assigning interest in payments to purchaser after closing of sale — Whether priority of interests in payments governed by Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7.

Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec 336

Constitutional law — Charter of rights — Search and seizure — Professional secrecy of notaries and lawyers — Income tax — Tax audit and collection — Whether ss. 231.2(1) and 231.7 and definition of “solicitor-client privilege” set out in s. 232(1) of Income Tax Act infringe right guaranteed by s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms insofar as they apply to lawyer or notary — If so, whether that impairment can be justified under s. 1 of Charter — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) “solicitor-client privilege”.

Taxation — Income tax — Enforcement — Professional secrecy of notaries and lawyers — Statutory provision requiring provision of documents or information for audit or enforcement purposes — Constitutional validity of requirement scheme with respect to notaries and lawyers and of exception for accounting records of lawyer provided for in definition of “solicitor-client privilege” set out in Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) “solicitor-client privilege”.

Canada (National Revenue) v. Thompson 381

Taxation — Income tax — Enforcement — Solicitor-client privilege — Statutory requirement to provide documents or information for purposes of audit and enforcement — Lawyer refusing to comply with request for details about his accounts receivable claiming solicitor-client privilege — Whether definition of “solicitor-client privilege” in Income Tax Act was intended to exclude lawyer’s accounting records — Whether Federal Court of Appeal acted appropriately in sending taxpayer’s case back to Federal Court — Income Tax Act, R.S.C. 1985,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Cession par le propriétaire de l’édifice à deux prêteurs successifs du droit aux paiements incitatifs en guise de garantie des prêts — Édifice vendu lors d’une vente sous contrôle de justice — Cession par le premier prêteur d’un intérêt sur les paiements à l’acheteur après la clôture de la vente — L’ordre de priorité quant aux paiements est-il régi par la Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7?

Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec 336

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Secret professionnel du notaire et de l’avocat — Impôt sur le revenu — Vérification fiscale et recouvrement — Dans la mesure où les art. 231.2(1) et 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée à l’art. 232(1) de la Loi de l’impôt sur le revenu visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti par l’art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l’article premier de la Charte? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel du notaire et de l’avocat — Disposition législative exigeant la production de documents ou la fourniture de renseignements pour fins de vérification ou d’exécution — Validité constitutionnelle du régime des demandes péremptoires à l’égard des notaires et des avocats et de l’exception relative aux relevés comptables d’un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure dans la loi — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

Canada (Revenu national) c. Thompson 381

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel de l’avocat — Obligation légale de communiquer des documents ou des renseignements aux fins de vérification ou d’exécution — Secret professionnel invoqué par un avocat pour refuser d’obtempérer à une demande de précisions sur ses comptes clients — Le législateur a-t-il voulu que, dans la Loi de l’impôt sur le revenu, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » exclue les relevés comptables de l’avocat? — La Cour d’appel fédérale a-t-elle eu raison

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) “solicitor-client privilege”.

R. v. D.L.W. 402

Criminal law — Bestiality — Elements of offence — Interpretation — Accused convicted of bestiality — Accused put peanut butter on complainant’s vagina and had dog lick it off while he videotaped — Whether term “bestiality” has well-understood legal meaning in common law and if so, whether Parliament intended to depart from that meaning when that term was first introduced in English version of Criminal Code — Whether penetration an essential element of offence of bestiality — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 160.

Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City) 467

Constitutional law — Division of powers — Radiocommunication — Pith and substance doctrine — Double aspect doctrine — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve is ultra vires city on basis that it relates in pith and substance to exclusive federal power — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Constitutional law — Division of powers — Radiocommunication — Interjurisdictional immunity — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve inapplicable by reason of doctrine of interjurisdictional immunity — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

R. v. Saeed 518

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused arrested in connection with sexual assault — Police have reasonable grounds to believe complainant’s DNA is present on accused’s penis — Police seek penile swab from accused — Accused complies in privacy of police cell —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de renvoyer le dossier du contribuable à la Cour fédérale? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

R. c. D.L.W. 402

Droit criminel — Bestialité — Éléments de l’infraction — Interprétation — Accusé reconnu coupable de bestialité — Accusé étendant du beurre d’arachides sur le vagin de la plaignante et faisant en sorte que le chien le lèche alors qu’il captait la scène sur bande vidéo — Le terme « bestialité » a-t-il un sens juridique bien défini en common law et, dans l’affirmative, le législateur a-t-il voulu s’écarter de cette signification lorsque ce terme a été introduit pour la première fois dans la version anglaise du Code criminel? — La pénétration est-elle un élément essentiel de l’infraction de bestialité? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 160.

Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville) 467

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine du caractère véritable — Théorie du double aspect — Avis d’imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d’un système d’antennes de radiocommunication sur son territoire — L’avis de réserve est-il ultra vires de la compétence de la ville parce que son caractère véritable relève d’une compétence fédérale exclusive? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)(f) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine de l’exclusivité des compétences — Avis d’imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d’un système d’antennes de radiocommunication sur son territoire — La doctrine de l’exclusivité des compétences rend-elle l’avis de réserve inapplicable? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)(f) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

R. c. Saeed 518

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à l’arrestation — Accusé arrêté relativement à une agression sexuelle — Policiers disposant de motifs raisonnables de croire que l’ADN de la plaignante se trouve sur le pénis de l’accusé — Prélèvement par écouvillonnage du pénis

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Police do not attempt to obtain warrant — Complainant's DNA detected on swab and introduced as evidence at trial — Whether common law power of search incident to arrest authorizes penile swabs — Whether swab was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

SOMMAIRE (Fin)

de l'accusé sollicité par les policiers — Accusé se soumettant à la procédure dans l'intimité d'une cellule du poste de police — Aucune tentative des policiers d'obtenir un mandat — ADN de la plaignante détecté dans l'échantillon prélevé et produit en preuve au procès — Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law autorise-t-il les prélèvements par écouvillonnage du pénis? — Le prélèvement effectué en l'espèce était-il abusif et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Krayzel Corporation *Appellant*

v.

The Equitable Trust Company
(now continued as Equitable Bank)
Respondent

- and -

**Lougheed Block Inc.,
Neil John Richardson,
Hugh Daryl Richardson and
Heritage Property Corporation** *Appellants*

v.

The Equitable Trust Company
(now continued as Equitable Bank)
Respondent

**INDEXED AS: KRAYZEL CORP. v. EQUITABLE
TRUST CO.**

2016 SCC 18

File No.: 36123.

2015: November 12; 2016: May 6.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Mortgages — Interest — Rate of interest — Payments in arrears — Mortgage terms providing for discount — Legislation precluding mortgagee from imposing terms that have effect of charging higher rate of interest on money in arrears than that charged on principal money not in arrears — Whether legislation offended by terms of mortgage agreement imposing an “interest rate” that takes effect only where mortgagor falls into default by failing to make prescribed payments at lower “pay rate” of interest or by failing to pay out loan upon maturity — Whether there is distinction between (1) terms imposing, by way of penalty, a higher rate in event of default, and

Krayzel Corporation *Appelante*

c.

L'Équitable, Compagnie de fiducie
(prorogée depuis sous le nom de Banque
Équitable) *Intimée*

- et -

**Lougheed Block Inc.,
Neil John Richardson,
Hugh Daryl Richardson et
Heritage Property Corporation** *Appellants*

c.

L'Équitable, Compagnie de fiducie
(prorogée depuis sous le nom de Banque
Équitable) *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : KRAYZEL CORP. c. ÉQUITABLE, CIE
DE FIDUCIE**

2016 CSC 18

N° du greffe : 36123.

2015 : 12 novembre; 2016 : 6 mai.

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

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

Hypothèques — Intérêts — Taux d'intérêt — Paiements en souffrance — Conditions hypothécaires prévoyant un escompte — Mesure législative interdisant au créancier hypothécaire d'imposer des conditions qui ont pour effet d'exiger, sur des arrérages, un taux d'intérêt supérieur à celui payable sur le principal non arriéré — Est-ce que certaines conditions d'une convention hypothécaire contreviennent à cette mesure législative du fait qu'elles imposent un « taux d'intérêt » ne prenant effet que si le débiteur hypothécaire est en défaut de paiement soit parce qu'il n'effectue pas les paiements d'intérêt prévus suivant un « taux payable » inférieur, soit parce

(2) *terms reserving, by way of discount, a lower rate in event of no default* — *Interest Act, R.S.C. 1985, c. I-15, ss. 2, 8.*

The mortgagor Lougheed Block Inc. (“Lougheed”) owned an office building and granted a mortgage to Equitable Trust, to secure a loan of \$27 million. The prescribed interest rate was agreed at the prime interest rate plus 2.875 percent *per annum*. Lougheed was unable to pay out the mortgage when it matured on June 30, 2008. Equitable Trust agreed to extend the mortgage term by seven months. The resulting agreement (the “First Renewal Agreement”) was made effective August 1, 2008 and carried a *per annum* interest rate of the prime interest rate plus 3.125 percent over the first six months and then 25 percent over the seventh month.

When the First Renewal Agreement matured on March 1, 2009, Lougheed again failed to pay out. On April 28, 2009, it entered into a second mortgage amending agreement with Equitable Trust (the “Second Renewal Agreement”), made effective February 1, 2009 (that is, retroactive to a month prior to the expiration of the First Renewal Agreement). The Second Renewal Agreement provided the following: a *per annum* “interest rate” on the loan of 25 percent; Lougheed was required to make monthly interest payments at the “pay rate” of either 7.5 percent or at the prime interest rate plus 5.25 percent (whichever was greater); the difference between the amount payable at the stated interest rate of 25 percent and the amount payable by Lougheed at the lower rate would accrue to the loan; and if there were no default by Lougheed, the accrued interest would be forgiven.

On May 15, 2009, Lougheed defaulted and Equitable Trust demanded repayment of the loan at the stated rate of 25 percent. The master of the Court of Queen’s Bench found both renewal agreements offended s. 8 of the *Interest Act*. The chambers judge of the same court reversed the master’s decision, finding that both renewals complied with s. 8. The Court of Appeal was unanimous in

qu’il ne rembourse pas le prêt à l’échéance? — Existe-t-il une distinction entre (1) des conditions qui imposent, en guise de pénalité, un taux plus élevé en cas de défaut de paiement et (2) des conditions qui réservent, en guise d’escompte, un taux plus bas en l’absence de défaut de paiement? — Loi sur l’intérêt, L.R.C. 1985, c. I-15, art. 2, 8.

La débitrice hypothécaire, Lougheed Block Inc. (« Lougheed »), était propriétaire d’un édifice à bureaux et a consenti à L’Équitable, Compagnie de fiducie (« Équitable ») une hypothèque afin de garantir un emprunt de 27 millions de dollars. Le taux d’intérêt annuel convenu correspondait au taux préférentiel majoré de 2,875 pour 100. Lougheed a été incapable de rembourser l’hypothèque lorsqu’elle est venue à échéance le 30 juin 2008. Équitable a accepté de prolonger de sept mois la condition hypothécaire en cause. La convention qui en a découlé (la « Première convention de renouvellement ») a pris effet le 1^{er} août 2008, et elle prévoyait d’abord un taux d’intérêt annuel égal au taux préférentiel majoré de 3,125 pour 100 applicable durant les premiers six mois, puis un taux de 25 pour 100 applicable au cours du septième mois.

Lorsque la Première convention de renouvellement est venue à échéance le 1^{er} mars 2009, Lougheed a une fois de plus été incapable de rembourser l’hypothèque. Le 28 avril 2009, elle a signé une deuxième hypothèque (la « Seconde convention de renouvellement ») qui modifiait la convention conclue avec Équitable et qui prenait effet rétroactivement le 1^{er} février 2009 (c’est-à-dire un mois avant l’expiration de la Première convention de renouvellement). La Seconde convention de renouvellement prévoyait ce qui suit : un « taux d’intérêt » annuel de 25 pour 100 sur le prêt; l’obligation pour Lougheed d’effectuer des paiements d’intérêts mensuels suivant un « taux payable » (« *Pay Rate* ») correspondant au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel majoré de 5,25 pour 100; l’ajout au prêt de la somme représentant la différence entre le montant payable par Lougheed selon le taux d’intérêt indiqué de 25 pour 100 et celui payable suivant le taux plus bas; la renonciation par la créancière aux intérêts accumulés en l’absence de défaut de paiement par Lougheed.

Le 15 mai 2009, Lougheed n’a pas effectué le paiement exigible et Équitable a exigé le remboursement du prêt au taux indiqué de 25 pour 100. La protonotaire de la Cour du Banc de la Reine a conclu que les deux conventions de renouvellement contrevenaient à l’art. 8 de la *Loi sur l’intérêt*. La juge en cabinet du même tribunal a infirmé la décision de la protonotaire, estimant que les deux

finding that the First Renewal Agreement did not offend s. 8. A majority agreed with the chambers judge that the Second Renewal Agreement also complied with s. 8.

Held (Abella, Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: Section 8 of the Act identifies three classes of charges — a fine, a penalty or a rate of interest — that shall not be stipulated for, taken, reserved or exacted, in a mortgage agreement, if the effect of doing so imposes a higher charge on arrears than that imposed on principal money not in arrears. Section 2 of the Act preserves a general right of freedom to contract for any rate of interest or discount, with the *caveat* that such freedom is subject to what is otherwise provided for by this Act.

The ordinary sense of the words that Parliament chose to include in s. 8, read together with s. 2 and considered in light of the Act's objects, supports the conclusion that s. 8 applies both to discounts (incentives for performance) as well as penalties for non-performance whenever their effect is to increase the charge on the arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears. By directing the inquiry to the effect of the impugned mortgage term, Parliament clearly intended that mortgage terms guised as a “bonus”, “discount” or “benefit” would not as such comply with s. 8. Substance, not form, is to prevail. What counts is how the impugned term operates, and the consequences it produces, irrespective of the label used. If its effect is to impose a higher rate on arrears than on money not in arrears, then s. 8 is offended.

This appeal can be disposed of by considering the Second Renewal Agreement alone, since its operation was made retroactive to the date (February 1, 2009) on which the rate increase under the First Renewal Agreement took effect. It is clear however that an interest rate increase triggered by the mere passage of time (and not by default), such as that imposed under the First Renewal Agreement, does not offend s. 8.

renouvellements respectaient l'art. 8. À l'unanimité, la Cour d'appel a jugé que la Première convention de renouvellement ne contrevenait pas à l'art. 8. À la majorité, elle a fait sienne l'opinion de la juge en cabinet selon laquelle la Seconde convention de renouvellement respectait également l'art. 8.

Arrêt (les juges Abella, Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : L'article 8 de la Loi fait état de trois catégories de charges — amendes, pénalités ou taux d'intérêt — qui ne peuvent être stipulées, retenues, réservées ou exigées dans une convention hypothécaire si elles ont pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus de celles imposées sur le principal non arriéré. L'article 2 préserve la liberté générale des parties de convenir du taux d'intérêt ou d'escompte applicable, sous réserve de l'existence dans la Loi d'une disposition à l'effet contraire.

Le sens ordinaire des mots que le Parlement a choisi d'ajouter à l'art. 8 — lus en corrélation avec l'art. 2 et considérés à la lumière des objets de la Loi — étaye la conclusion que l'art. 8 s'applique à la fois aux escomptes (incitatifs à l'exécution) et aux pénalités pour inexécution chaque fois qu'une telle mesure a pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré. En précisant que l'analyse devait porter sur l'effet de la condition hypothécaire attaquée, le législateur entendait clairement indiquer que les conditions hypothécaires déguisées en « boni », « escompte » ou « avantage » ne seraient pas, en tant que telles, conformes à l'art. 8. Le fond, et non la forme, doit l'emporter. Ce qui compte, c'est la manière dont la condition attaquée s'applique et les conséquences qu'elle entraîne, peu importe le nom qu'on lui donne. Si la condition a pour effet d'imposer sur les arrérages un taux plus élevé que celui payable sur la somme non arriérée, elle contrevient à l'art. 8.

Il est possible de trancher le présent pourvoi en analysant seulement la Seconde convention de renouvellement, puisque son application a été fixée rétroactivement à la date (le 1^{er} février 2009) à laquelle a pris effet la majoration du taux d'intérêt prévue par la Première convention de renouvellement. Toutefois, il est évident qu'une hausse du taux d'intérêt déclenchée par le seul écoulement du temps (et non par suite d'un défaut de paiement), telle la hausse imposée en vertu de la Première convention de renouvellement, ne contrevient pas à l'art. 8.

With respect to the Second Renewal Agreement, its effect is to reserve a higher charge on arrears (25 percent) than that imposed on principal money not in arrears (7.5 percent, or the prime interest rate plus 5.25 percent). The labelling of one charge as an “interest rate” and the other as a “pay rate” is of no consequence, given s. 8’s explicit concern for substance over form. It follows that the 25 percent *per annum* rate of interest set by the Second Renewal Agreement is void. The interest rate in force under the Second Renewal Agreement as of February 1, 2009 shall be set at the higher of 7.5 percent and the prime interest rate plus 5.25 percent.

Per Abella, Moldaver and Côté JJ. (dissenting): The provisions of the Second Renewal Agreement are clear. The “rate of interest payable on principal money not in arrears” was set at 25 percent throughout the entire term of the agreement, and was to be applied consistently to both principal money not in arrears and principal money or interest in arrears. Interest charges were to be paid each month through actual disbursements and additional financing from the lender. In other words, interest charges calculated on the basis of the 25 percent rate were to be paid monthly, and not simply “taken, reserved or exacted” in the event of default. As a result, the Second Renewal Agreement cannot be said to have had the “effect” of increasing the charge on arrears, which means that s. 8 is not engaged.

Alternatively, the appeal could be dismissed on the basis that s. 8 of the *Interest Act* does not prohibit forgiving discounts — that is, a discount which provides the borrower with some relief from a rate of interest that is chargeable under an agreement, as is the case for the Second Renewal Agreement.

Section 8 sets out an exception to the foundational principle of freedom of contract by prohibiting increased charges on arrears. However, it does not expressly prohibit discounts. The absence of the term “discount” from s. 8 — and its corresponding presence in s. 2 — must inform the Court’s interpretation. Moreover, given that s. 8 establishes an exception to the general rule that discounts are permitted, it must be read narrowly and limited to what is necessary to fulfill its purpose. Not all discounts, viewed in their commercial context, will undermine the intended protection for struggling debtors. “Relieving” or “forgiving” interest rate discounts will generally make it easier for struggling mortgage debtors to meet their

Pour ce qui est de la Seconde convention de renouvellement, elle a pour effet de réserver une charge plus élevée (25 pour 100) sur les arrérages que celle imposée sur le principal non arriéré (7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100). Le fait de qualifier une charge de « taux d’intérêt » et l’autre charge de « taux payable » est sans conséquence, étant donné que l’art. 8 met explicitement l’accent sur le fond plutôt que sur la forme. Le taux d’intérêt annuel de 25 pour 100 fixé par la Seconde convention de renouvellement est donc annulé. Le taux d’intérêt en vigueur à compter du 1^{er} février 2009 en vertu de la Seconde convention de renouvellement est établi au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100.

Les juges Abella, Moldaver et Côté (dissidents) : Les clauses de la Seconde convention de renouvellement sont limpides. Le « taux d’intérêt payable sur le principal non arriéré » qui a été convenu a été fixé à 25 pour 100 pour toute la durée de la convention et il devait s’appliquer de façon uniforme à la fois au principal non arriéré et aux arrérages de principal ou d’intérêt. Le taux d’intérêt était payable mensuellement, par voie de décaissements effectifs effectués par la débitrice et au moyen de fonds additionnels avancés par le prêteur. En d’autres termes, le montant d’intérêt calculé au taux de 25 pour 100 devait être payé mensuellement et non simplement « retenu, réservé ou exigé » en cas de défaut. Ainsi, la Seconde convention de renouvellement n’a pas eu pour « effet » d’augmenter les charges sur les arrérages et l’art. 8 n’entre pas en jeu.

Subsidiairement, le pourvoi peut être rejeté au motif que l’art. 8 de la *Loi sur l’intérêt* ne prohibe pas les escomptes libératoires — c’est-à-dire les escomptes qui libèrent dans une certaine mesure l’emprunteur des obligations découlant de l’application du taux d’intérêt exigible aux termes d’une convention, comme c’est le cas de la Seconde convention de renouvellement en l’espèce.

L’article 8 constitue une exception au principe fondamental de la liberté contractuelle lorsqu’il prohibe la majoration des charges sur les arrérages. Cependant, cet article n’interdit pas expressément les escomptes. L’absence du mot « escompte » à l’art. 8 — et, à l’inverse, sa présence à l’art. 2 — doivent guider l’interprétation de la Cour. De plus, l’art. 8 étant une exception à la règle générale selon laquelle les escomptes sont permis, il doit être interprété étroitement et son champ d’application doit être limité à ce qui est nécessaire à la réalisation de son objet. Ce ne sont pas tous les escomptes qui, si on les considère dans leur contexte commercial particulier, affaiblissent la protection dont sont censés bénéficier les

payment obligations. If s. 8 is interpreted as prohibiting discounts of this nature, lenders could in the future be discouraged from relieving the interest burden on struggling debtors, a disturbing irony given the purpose for which s. 8 was enacted. The British Columbia Court of Appeal concluded that such a discount does not offend s. 8 in *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376, a decision the majority agrees was correctly decided.

In the instant case, the Second Renewal Agreement, viewed in light of the circumstances in which it was agreed upon, provided Lougheed with a less onerous path to fulfill its payment obligations that were then due under the First Renewal Agreement. Holding that the 25 percent interest rate provided for in the Second Renewal Agreement is invalid would not give effect to Parliament's protective purpose; rather, it would reward Lougheed with an unmerited windfall, while Equitable Trust would be denied the interest charges due to it under its agreement even though it has not benefited from prompt payment.

Cases Cited

By Brown J.

Distinguished: *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376; **referred to:** *Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 32 O.R. (2d) 183; *Dillingham Construction Ltd. v. Patrician Land Corp.* (1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Wallingford v. Mutual Society* (1880), 5 App. Cas. 685; *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717; *Thompson v. Hudson* (1869), L.R. 4 H.L. 1; *P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108; *Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 S.C.R. 2; *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974; *Beauchamp v. Timberland Investments*

débiteurs en difficulté. Les escomptes « libératoires » ou « exonérateurs » sous forme de réductions du taux d'intérêt permettent généralement aux débiteurs hypothécaires en difficulté de s'acquitter plus facilement de leurs obligations financières. Interpréter l'art. 8 comme ayant pour effet de prohiber ce genre d'escomptes risque de décourager les prêteurs d'alléger le fardeau que constitue le paiement des intérêts pour des débiteurs en difficulté, une troublante ironie compte tenu de l'objectif visé par l'adoption de l'art. 8. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'un escompte de ce genre ne contrevenait pas à l'art. 8 dans l'affaire *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376, décision qui, comme en convient la majorité, était bien fondée.

Considérée à la lumière des circonstances dans lesquelles elle a été conclue, la Seconde convention de renouvellement contestée en l'espèce procurait à Lougheed une solution moins onéreuse pour s'acquitter des obligations financières que lui imposait la Première convention de renouvellement. Conclure à l'invalidité du taux d'intérêt de 25 pour 100 convenu dans la Seconde convention de renouvellement ne permettrait pas de réaliser l'objectif de protection visé par le législateur fédéral; une telle conclusion aurait plutôt pour résultat de faire bénéficier Lougheed d'un avantage qu'elle n'a pas mérité, alors qu'Équitable serait privée de paiements d'intérêt exigibles et dus suivant la convention, sans avoir bénéficié pour autant d'un prompt remboursement.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Distinction d'avec l'arrêt : *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376; **arrêts mentionnés :** *Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 32 O.R. (2d) 183; *Dillingham Construction Ltd. c. Patrician Land Corp.* (1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Wallingford c. Mutual Society* (1880), 5 App. Cas. 685; *Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717; *Thompson c. Hudson* (1869), L.R. 4 H.L. 1; *P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108; *Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 2; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S.

Ltd. (1983), 44 O.R. (2d) 512; *TD Trust Co. v. Guinness* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 102; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615.

By Côté J. (dissenting)

Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp., [1991] 3 S.C.R. 388; *Inland Revenue Commissioners v. Hinchy*, [1960] A.C. 748; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717; *P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182; *York Ventures Ltd. v. 0775740 B.C. Ltd.*, 2015 BCSC 1105; *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376; *Strode v. Parker* (1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804; *Jory v. Cox* (1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77.

Statutes and Regulations Cited

Act relating to Interest on moneys secured by Mortgage of Real Estate, S.C. 1880, c. 42, s. 3.
Canada Joint Stock Companies' Act, 1877, S.C. 1877, c. 43, s. 97.
Interest Act, R.S.C. 1985, c. I-15, ss. 2, 8.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*, vol. VIII, 2nd Sess., 4th Parl., March 31, 1880, p. 963.
Halsbury's Laws of Canada: Mortgages/Motor Vehicles, "Mortgages", contributed by Joseph E. Roach. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
Meredith, Arthur C. "A Nicety in the Law of Mortgage" (1916), 32 *L.Q.R.* 420.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

974; *Beauchamp c. Timberland Investments Ltd.* (1983), 44 O.R. (2d) 512; *TD Trust Co. c. Guinness* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 102; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp., [1991] 3 R.C.S. 388; *Inland Revenue Commissioners c. Hinchy*, [1960] A.C. 748; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717; *P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182; *York Ventures Ltd. c. 0775740 B.C. Ltd.*, 2015 BCSC 1105; *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376; *Strode c. Parker* (1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804; *Jory c. Cox* (1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77.

Lois et règlements cités

Acte concernant l'intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière, S.C. 1880, c. 42, art. 3.
Acte des Compagnies par actions en Canada, 1877, S.C. 1877, c. 43, art. 97.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.
Loi sur l'intérêt, L.R.C. 1985, c. I-15, art. 2, 8.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2^e sess., 4^e lég., 31 mars 1880, p. 972.
Halsbury's Laws of Canada : Mortgages/Motor Vehicles, « Mortgages », contributed by Joseph E. Roach, Markham (Ont.), LexisNexis, 2011.
Meredith, Arthur C. « A Nicety in the Law of Mortgage » (1916), 32 *L.Q.R.* 420.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Telfer, Thomas G. W. “Preliminary Background Paper on the Canada Interest Act”, report prepared for the Uniform Law Conference of Canada Annual Conference, Charlottetown, September 2007 (online: www.ulcc.ca/en/annual-meetings/216-2007-charlottetown-pe/civil-section-documents/578-canada-interest-act-preliminary-background-paper-2007).

Waldron, Mary Anne. “The Federal Interest Act: It Sure is Broke, But is it Worth Fixin’?” (1997), 29 *Can. Bus. L.J.* 161.

Waldron, Mary Anne. *The Law of Interest in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Waldron, Mary Anne. “The ‘Legitimate Commercial Purpose’ Test Revisited — Case Comment on *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation*” (2008), 41 *U.B.C. L. Rev.* 101.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt and Berger JJ.A. and Nation J. (*ad hoc*)), 2014 ABCA 234, 577 A.R. 179, 613 W.A.C. 179, 1 Alta. L.R. (6th) 68, 31 B.L.R. (5th) 1, 16 C.B.R. (6th) 121, 376 D.L.R. (4th) 539, 45 R.P.R. (5th) 187, [2014] 10 W.W.R. 705, [2014] A.J. No. 747 (QL), 2014 CarswellAlta 1180 (WL Can.), affirming a decision of Romaine J., 2012 ABQB 411, 550 A.R. 316, 70 Alta. L.R. (5th) 1, 5 B.L.R. (5th) 79, 95 C.B.R. (5th) 171, 25 R.P.R. (5th) 245, [2013] 2 W.W.R. 186, [2012] A.J. No. 1143 (QL), 2012 CarswellAlta 1876 (WL Can.), which set aside a decision of Master Hanebury, 2011 ABQB 193, 512 A.R. 136, 44 Alta. L.R. (5th) 35, 81 B.L.R. (4th) 333, 77 C.B.R. (5th) 198, [2011] 7 W.W.R. 773, [2011] A.J. No. 332 (QL), 2011 CarswellAlta 467 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Moldaver and Côté JJ. dissenting.

G. Scott Watson and Megan V. Stoker, for the appellants.

Francis Price, Q.C., and *Daina Young*, for the respondent.

Telfer, Thomas G. W. « Document d’information sur la Loi canadienne sur l’intérêt », rapport préparé pour la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, réunion annuelle de Charlottetown, septembre 2007 (en ligne : www.ulcc.ca/fr/reunions-annuelles/217-2007-charlottetown-pe-reunions-annuelles/documents-de-la-section-civile-2007/579-canadienne-sur-linteret-document-dinformation-2007).

Waldron, Mary Anne. « The Federal Interest Act : It Sure is Broke, But is it Worth Fixin’? » (1997), 29 *Rev. can. dr. comm.* 161.

Waldron, Mary Anne. *The Law of Interest in Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1992.

Waldron, Mary Anne. « The “Legitimate Commercial Purpose” Test Revisited — Case Comment on *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation* » (2008), 41 *U.B.C. L. Rev.* 101.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Hunt et Berger et la juge NATION (*ad hoc*)), 2014 ABCA 234, 577 A.R. 179, 613 W.A.C. 179, 1 Alta. L.R. (6th) 68, 31 B.L.R. (5th) 1, 16 C.B.R. (6th) 121, 376 D.L.R. (4th) 539, 45 R.P.R. (5th) 187, [2014] 10 W.W.R. 705, [2014] A.J. No. 747 (QL), 2014 CarswellAlta 1180 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Romaine, 2012 ABQB 411, 550 A.R. 316, 70 Alta. L.R. (5th) 1, 5 B.L.R. (5th) 79, 95 C.B.R. (5th) 171, 25 R.P.R. (5th) 245, [2013] 2 W.W.R. 186, [2012] A.J. No. 1143 (QL), 2012 CarswellAlta 1876 (WL Can.), laquelle avait infirmé une décision de la protonotaire Hanebury, 2011 ABQB 193, 512 A.R. 136, 44 Alta. L.R. (5th) 35, 81 B.L.R. (4th) 333, 77 C.B.R. (5th) 198, [2011] 7 W.W.R. 773, [2011] A.J. No. 332 (QL), 2011 CarswellAlta 467 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Moldaver et Côté sont dissidents.

G. Scott Watson et Megan V. Stoker, pour les appelants.

Francis Price, c.r., et *Daina Young*, pour l’intimée.

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

BROWN J. —

I. Introduction

[1] Section 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1985, c. I-15, precludes a mortgagee from imposing terms that have the effect of charging a higher rate of interest on money in arrears than that charged on principal money not in arrears. This appeal requires the Court to consider, for the first time, whether this section is offended by terms of a mortgage agreement imposing an “interest rate” that takes effect only where the mortgagor falls into default by failing to make prescribed payments at a lower “pay rate” of interest or by failing to pay out the loan upon maturity. At stake is the significance, for s. 8’s purposes, of the putative distinction between (1) terms imposing, by way of penalty, a higher rate in the event of default, and (2) terms reserving, by way of discount, a lower rate in the event of no default. While the master in chambers concluded both sorts of arrangements offend s. 8, the chambers judge and the majority at the Court of Appeal of Alberta concluded that the latter sort of arrangement does not.

[2] This appeal also invites the Court to consider whether mortgage terms providing for a higher interest rate triggered solely by the mere passage of time offend s. 8.

[3] For the reasons that follow, I conclude that a rate increase triggered by the passage of time alone does not infringe s. 8. That said, a rate increase triggered by default does infringe s. 8, irrespective of whether the impugned term is cast as imposing a higher rate penalizing default, or as allowing a

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

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] L’article 8 de la *Loi sur l’intérêt*, L.R.C. 1985, c. I-15, interdit aux créanciers hypothécaires d’imposer dans un contrat d’hypothèque des conditions ayant pour effet d’exiger, sur des arrérages de principal ou d’intérêt, un taux d’intérêt supérieur à celui payable sur le principal non arriéré. Dans le présent pourvoi, notre Cour est pour la première fois appelée à décider si certaines conditions d’une convention hypothécaire contreviennent à cet article du fait qu’elles imposent un « taux d’intérêt » ne prenant effet que si le débiteur hypothécaire est en défaut de paiement soit parce qu’il n’effectue pas les paiements d’intérêts prévus suivant un « taux payable » inférieur, soit parce qu’il ne rembourse pas le prêt à l’échéance. La considération en jeu est la portée, pour l’application de l’art. 8, d’une possible distinction entre (1) des conditions qui imposent, en guise de pénalité, un taux plus élevé en cas de défaut de paiement et (2) des conditions qui réservent, en guise d’escompte, un taux plus bas en l’absence de défaut de paiement. Bien que la protonotaire en chambre ait conclu que les deux types d’arrangement sont contraires à l’art. 8, la juge en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta ont conclu que le deuxième ne l’est pas.

[2] La Cour est également appelée en l’espèce à décider si contreviennent à l’art. 8 des conditions hypothécaires qui fixent un taux d’intérêt supérieur et dont l’entrée en vigueur est déclenchée du seul fait de l’écoulement du temps.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus qu’une hausse du taux d’intérêt déclenchée par le seul fait de l’écoulement du temps ne contrevient pas à l’art. 8. Cependant, une hausse déclenchée par un défaut de paiement va à l’encontre de cette disposition, peu importe que la condition attaquée se présente comme

lower rate by way of a reward for the absence of default. I would therefore allow the appeal.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background*

[4] From 2003, the appellant Lougheed Block Inc. owned an office building in Calgary against which it had registered various mortgages, including mortgages granted to the appellant Krayzel Corporation and to Heritage Capital Corporation. Then, on November 8, 2006, Lougheed granted a mortgage to the respondent The Equitable Trust Company, through its agent Trez Capital Corporation, to secure a loan of \$27 million. The prescribed interest rate was agreed at the prime interest rate plus 2.875 percent *per annum*.

[5] Lougheed was unable to pay out the Equitable mortgage when it matured on June 30, 2008. Equitable agreed to extend the mortgage term by seven months. The resulting agreement, registered on title to the property (the “First Renewal Agreement”), was made effective August 1, 2008 and carried a *per annum* interest rate of the prime interest rate plus 3.125 percent over the first six months and then 25 percent over the seventh month. Both Krayzel and Heritage Capital agreed to postpone their rights under their respective mortgages in favour of Equitable’s interest under the First Renewal Agreement.

[6] When the First Renewal Agreement matured on March 1, 2009, Lougheed again failed to pay out. On April 28, 2009, it entered into a second mortgage amending agreement with Equitable (the “Second Renewal Agreement”), made effective February 1, 2009 (that is, retroactive to a month prior to the

une modalité imposant un taux supérieur en guise de pénalité pour cause de défaut de paiement ou consentant un taux inférieur en guise de récompense pour l’absence de défaut de paiement. En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

II. Survol des faits et des procédures

A. *Contexte*

[4] En 2003, l’appelante Lougheed Block Inc. était propriétaire d’un édifice à bureaux situé à Calgary et sur lequel elle avait enregistré diverses hypothèques, notamment des hypothèques consenties à l’appelante Krayzel Corporation et à Heritage Capital Corporation. Par la suite, le 8 novembre 2006, Lougheed a consenti une hypothèque à l’intimée L’Équitable, Compagnie de fiducie (« Équitable »), par l’entremise de la mandataire de cette dernière, Trez Capital Corporation, afin de garantir un emprunt de 27 millions de dollars. Le taux d’intérêt annuel convenu correspondait au taux préférentiel majoré de 2,875 pour 100.

[5] Lougheed a été incapable de rembourser l’hypothèque consentie à Équitable lorsqu’elle est venue à échéance le 30 juin 2008. Cette dernière a accepté de prolonger de sept mois la condition hypothécaire en cause. La convention qui en a découlé, enregistrée sur le titre de la propriété (la « Première convention de renouvellement »), a pris effet le 1^{er} août 2008, et elle prévoyait d’abord un taux d’intérêt annuel égal au taux préférentiel majoré de 3,125 pour 100 applicable durant les premiers six mois, puis un taux de 25 pour 100 applicable au cours du septième mois. Krayzel et Heritage Capital ont accepté de différer l’exercice des droits que leur conférait leur hypothèque respective en faveur de l’intérêt accordé à Équitable par la Première convention de renouvellement.

[6] Lorsque la Première convention de renouvellement est venue à échéance le 1^{er} mars 2009, Lougheed a une fois de plus été incapable de rembourser l’hypothèque. Le 28 avril 2009, elle a signé une deuxième hypothèque (la « Seconde convention de renouvellement ») qui modifiait la convention

expiration of the First Renewal Agreement). By its terms, the Second Renewal Agreement provided:

1. a *per annum* “interest rate” on the loan of 25 percent;
2. Lougheed was required to make monthly interest payments *not* at the stated *per annum* rate of 25 percent, but rather at the “pay rate” of either 7.5 percent or at the prime interest rate plus 5.25 percent (whichever was greater);
3. the difference between the amount payable at the stated interest rate of 25 percent and the amount payable by Lougheed at the lower rate would accrue to the loan; and
4. if there were no default by Lougheed (whether on monthly payments or on the principal and on any other outstanding costs and fees payable upon maturity), the accrued interest would be forgiven. In other words, were Lougheed to make all payments in full and on time and to pay out the loan when due, it would be excused from paying the amount representing the difference between interest payable at 25 percent and interest actually paid in accordance with the lower rate.

[7] On May 15, 2009, Lougheed defaulted on the first payment due under the Second Renewal Agreement. Equitable demanded, *inter alia*, repayment of the loan at the stated rate of 25 percent.

B. *Statutory Provisions*

[8] The relevant provisions of the Act are:

2 Except as otherwise provided by this Act or any other Act of Parliament, any person may stipulate for, allow and exact, on any contract or agreement whatever, any rate of interest or discount that is agreed on.

conclue avec Équitable et qui prenait effet rétroactivement le 1^{er} février 2009 (c’est-à-dire un mois avant l’expiration de la Première convention de renouvellement). Voici ce que prévoyait la Seconde convention de renouvellement :

1. Un « taux d’intérêt » annuel de 25 pour 100 sur le prêt.
2. Lougheed devait effectuer des paiements d’intérêts mensuels *non pas* au taux indiqué de 25 pour 100 par année, mais suivant un « taux payable » (appelé « *Pay Rate* » dans la Seconde convention de renouvellement) correspondant au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel majoré de 5,25 pour 100.
3. La somme représentant la différence entre le montant payable par Lougheed selon le taux d’intérêt indiqué de 25 pour 100 et celui payable suivant le taux plus bas s’ajouterait au prêt.
4. En l’absence de défaut de paiement par Lougheed (que ce soit au titre des paiements d’intérêts mensuels, des versements sur le capital ou encore d’autres coûts et frais dus et payables à l’échéance), il y aurait renonciation par la créancière aux intérêts accumulés. Autrement dit, si Lougheed effectuait tous les versements en entier et à temps, en plus de rembourser le prêt à l’échéance, elle serait dispensée de payer la somme représentant la différence entre les intérêts payables au taux de 25 pour 100 et ceux payés au taux plus bas.

[7] Le 15 mai 2009, Lougheed n’a pas effectué le premier paiement exigible aux termes de la Seconde convention de renouvellement. Équitable a exigé, entre autres, le remboursement du prêt au taux indiqué de 25 pour 100.

B. *Dispositions législatives*

[8] Voici les dispositions pertinentes de la Loi :

2 Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, une personne peut stipuler, allouer et exiger, dans tout contrat ou convention quelconque, le taux d’intérêt ou d’escompte qui est convenu.

8 (1) No fine, penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrears of principal or interest secured by mortgage on real property or hypothec on immovables that has the effect of increasing the charge on the arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears.

(2) Nothing in this section has the effect of prohibiting a contract for the payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrears.

C. *Judicial History*

- (1) Court of Queen’s Bench of Alberta (Master Hanebury) — 2011 ABQB 193, 512 A.R. 136

[9] While noting that a mortgage that on its face violates s. 8 could be saved if the transaction revealed a *bona fide* business reason for the increased rate (thereby invoking the “legitimate commercial purpose test”, to which I shall return below), the master found that both renewal agreements offended s. 8 of the Act. No legitimate commercial purpose justified the increased interest rate in either agreement. While Lougheed was a sophisticated borrower, it was in a vulnerable position, which was exacerbated by the renewal agreements. For the offending rate of 25 percent, the master substituted the “pay rate” of the greater of 7.5 percent and the prime interest rate plus 5.25 percent.

- (2) Court of Queen’s Bench of Alberta (Romaine J.) — 2012 ABQB 411, 550 A.R. 316

[10] The chambers judge reversed the master’s decision, finding that both renewals complied with s. 8. Unlike the master, she saw no relevance in the commercial purpose underlying the renewal agreements. In her view, being an exception to the general rule of freedom of contract preserved by s. 2, s. 8 ought to be “strict[ly] or narrow[ly]” construed so long as such an interpretation does not frustrate or impair

8 (1) Il ne peut être stipulé, retenu, réservé ou exigé, sur des arrérages de principal ou d’intérêt garantis par hypothèques sur immeubles ou biens réels, aucune amende, pénalité ou taux d’intérêt ayant pour effet d’élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d’intérêt payable sur le principal non arriéré.

(2) Le présent article n’a pas pour effet de prohiber un contrat pour le paiement d’intérêt, sur des arrérages d’intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas celui payable sur le principal non arriéré.

C. *Historique des procédures*

- (1) Cour du Banc de la Reine de l’Alberta (la protonotaire Hanebury) — 2011 ABQB 193, 512 A.R. 136

[9] Bien que la protonotaire ait souligné que la validité d’une hypothèque violant à première vue l’art. 8 peut néanmoins être sauvegardée si la transaction révèle que la majoration du taux d’intérêt reposait sur un motif commercial valable (invquant de ce fait le [TRADUCTION] « critère de la fin commerciale légitime », sur lequel je reviendrai plus loin), elle a conclu que les deux conventions de renouvellement contrevenaient à l’art. 8 de la Loi. Aucune fin commerciale légitime ne justifiait la majoration du taux d’intérêt prévue par l’une et l’autre des conventions. Lougheed était certes une emprunteuse avisée, mais elle se trouvait dans une situation de vulnérabilité qui était exacerbée par les conventions de renouvellement. La protonotaire a substitué au taux attentatoire de 25 pour 100 le « taux payable » correspondant au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel majoré de 5,25 pour 100.

- (2) Cour du Banc de la Reine de l’Alberta (la juge Romaine) — 2012 ABQB 411, 550 A.R. 316

[10] La juge en cabinet a infirmé la décision de la protonotaire, estimant que les deux renouvellements respectaient l’art. 8. Contrairement à la protonotaire, elle a considéré que la fin commerciale sous-tendant les conventions de renouvellement n’avait aucune pertinence. Selon elle, comme l’art. 8 constitue une exception à la règle générale de la liberté contractuelle protégée par l’art. 2, il

the Act's purpose (para. 45). Here, a sophisticated borrower chose to adhere to the renewal agreements, "gambling with the chance that it would be able to obtain alternative refinancing if given another year and a half to do so" (para. 59). This was not, she concluded, an instance of the sort of abusive lending practice which s. 8, strictly construed, is intended to capture.

[11] With specific regard to the Second Renewal Agreement, the chambers judge also specifically rejected Heritage Capital's submission, drawing from the decision of Henry J. in *Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 32 O.R. (2d) 183 (H.C.J.), that the enactment of s. 8 had abolished "the prior equitable rule" that prohibited penalties by way of increased interest rates on default, but allowed for discounts if the loan is paid punctually (para. 18). While s. 2 allows parties to negotiate any "rate of interest or discount" in a mortgage agreement, she observed that s. 8 is silent with respect to discounts. It followed, therefore, that s. 8 could not be used to strike out discounts freely agreed upon between the parties. The effect of the impugned provision of the Second Renewal Agreement was merely to allow Equitable to give a benefit to Lougheed in the event of debt repayment in accordance with the terms of their agreement, and not to penalize Lougheed in such a manner as to trigger the application of s. 8.

(3) Court of Appeal of Alberta (Hunt J.A. and Nation J. (*ad hoc*), and Berger J.A. (Dissenting)) — 2014 ABCA 234, 577 A.R. 179

[12] The Court of Appeal was unanimous in finding that the First Renewal Agreement did not offend

doit être interprété [TRADUCTION] « stricte[ment] ou étroite[ment] » (par. 45), dans la mesure où cette interprétation ne va pas à l'encontre de l'objet de la Loi ou n'entrave pas la réalisation de celui-ci. En l'espèce, une emprunteuse avisée a choisi d'adhérer aux conventions de renouvellement, « misant sur sa capacité de trouver d'autres sources de financement si on lui donnait une année et demie de plus pour le faire » (par. 59). De conclure la juge Romaine, il ne s'agissait pas d'une situation de prêt usuraire du genre de celles qui, suivant une interprétation stricte de l'art. 8, seraient visées par cette disposition.

[11] Plus particulièrement en ce qui concerne la Seconde convention de renouvellement, la juge en cabinet a en outre expressément rejeté l'argument d'Heritage Capital, s'appuyant pour ce faire sur la décision rendue par le juge Henry dans *Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 32 O.R. (2d) 183 (H.C.J.), selon laquelle l'adoption de l'art. 8 avait aboli [TRADUCTION] « la règle d'équité antérieure » qui prohibait les pénalités prenant la forme de majoration du taux d'intérêt en cas de défaut de paiement, mais permettait les escomptes en cas de remboursement ponctuel de l'emprunt (par. 18). Bien que l'art. 2 autorise les parties à une convention hypothécaire à négocier tout « taux d'intérêt ou [. . .] escompte », la juge a fait observer que l'art. 8 est muet à l'égard des escomptes. En conséquence, cet article ne peut être invoqué pour écarter des escomptes dont ont librement convenu des parties. La stipulation contestée de la Seconde convention de renouvellement avait uniquement pour effet de permettre à Équitable de consentir à Lougheed un avantage si celle-ci remboursait sa dette conformément aux conditions de leur accord, et non de la pénaliser d'une manière qui déclencherait l'application de l'art. 8.

(3) Cour d'appel de l'Alberta (la juge Hunt et la juge Nation (*ad hoc*) ainsi que le juge Berger (dissident)) — 2014 ABCA 234, 577 A.R. 179

[12] La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que la Première convention de renouvellement ne

s. 8. It also agreed with the chambers judge that the lender's motives and the borrower's level of sophistication are irrelevant to determining whether a term offends s. 8.

[13] Where the Court of Appeal diverged was on the Second Renewal Agreement. For the majority, Hunt J.A. agreed with the chambers judge that it complied with s. 8, considering herself bound by *Dillingham Construction Ltd. v. Patrician Land Corp.* (1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.). As she read it, *Dillingham* confirmed that s. 8 is directed at penalties for non-performance, not at incentives for punctual payment. In the result, an agreement to reduce the amount owing by the difference between the stated *per annum* interest rate of 25 percent and the stated "pay rate" which the mortgagor was actually required to pay was a permissible incentive.

[14] In dissent, Berger J.A. said that s. 8 prohibits non-penal as well as penal devices where their effect is to impose a rate of interest upon default that is greater than the rate payable over the term of the mortgage prior to default. *Dillingham*, he said, is distinguishable (since in that case *no* interest was payable except upon maturity and after default). And, while recognizing s. 2's preservation of freedom of contract, the Second Renewal Agreement remained by s. 2's very terms subject to what was otherwise provided by the Act (including s. 8) or any other Act of Parliament. On this understanding of s. 8's scope and of its operation relative to s. 2, Berger J.A. concluded that, when Lougheed defaulted and Equitable called the loan, it relied on a term of the Second Renewal Agreement which had the effect of increasing the charge on the principal money in arrears beyond the rate of interest otherwise payable on principal

contrevenait pas à l'art. 8. Elle a également fait sienne l'opinion de la juge en cabinet selon laquelle les motivations du prêteur et le niveau de connaissances de l'emprunteur ne sont pas des considérations pertinentes pour déterminer si une condition contrevient à l'art. 8.

[13] C'est à l'égard de la Seconde convention de renouvellement que les juges de la Cour d'appel ont divergé d'opinions. S'exprimant pour les juges majoritaires, la juge Hunt s'est dite d'accord avec la juge en cabinet pour affirmer que cette convention respectait l'art. 8, s'estimant liée par *Dillingham Construction Ltd. c. Patrician Land Corp.* (1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.). Suivant l'interprétation que donne la juge Hunt de cette décision, *Dillingham* confirme que l'art. 8 vise les pénalités pour inexécution, et non les mesures incitatives à la ponctualité dans les paiements. Par conséquent, constituait une mesure incitative autorisée le fait pour les parties de s'entendre pour réduire la somme due de la différence entre les montants payables suivant le taux d'intérêt annuel indiqué de 25 pour 100 et les déboursés d'intérêts que le débiteur hypothécaire était concrètement tenu d'effectuer selon le « taux payable » stipulé.

[14] Dans ses motifs dissidents, le juge Berger a affirmé que l'art. 8 prohibe autant les mesures non pénales que les mesures pénales lorsque de telles mesures ont pour effet d'imposer, en cas de défaut de paiement, un taux d'intérêt supérieur à celui qui est payable pendant la durée de l'hypothèque avant que survienne un défaut de paiement. Selon lui, il est possible de distinguer la présente espèce de l'affaire *Dillingham* (parce que dans la seconde, *aucun* intérêt n'était payable, sauf à l'échéance du prêt et après défaut de paiement). En outre, même si le juge Berger a reconnu que l'art. 2 n'écartait pas la liberté contractuelle, la Seconde convention de renouvellement demeurait, suivant les termes mêmes de l'art. 2, assujettie aux dispositions contraires de la Loi (y compris l'art. 8) ou de toute autre loi fédérale. Sur la base de cette interprétation de la portée de l'art. 8 et de son application par rapport à l'art. 2, le juge Berger a

money not in arrears. This, he held, “runs afoul” of s. 8 (para. 74).

III. Analysis

A. *Section 8 of the Interest Act*

[15] Statutory interpretation entails discerning Parliament’s intent by examining the words of a statute in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute’s schemes and objects: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. Through-out, it must be borne in mind that every statute is deemed remedial and is to be given “such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects”: *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

[16] As to the purpose of s. 8, the appellants’ principal argument is that, by enacting the predecessor provision to s. 8 in 1880 (*An Act relating to Interest on moneys secured by Mortgage of Real Estate*, S.C. 1880, c. 42, s. 3), Parliament intended to abolish an equitable rule which allowed for discounts in the form of reduced interest rates for timely performance of a mortgagor’s obligations, but which also prohibited penalties in the form of increased interest rates in the event of default. The appellants say that s. 8 therefore precludes *both* discounts and penalties. The respondent says that this argument runs counter to the presumption, rebuttable only by statutory language of “irresistible clearness”, that Parliament does not intend to depart from established principles, policies or practices: *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39, citing *Goodyear Tire*

conclu que, lorsque Lougheed a manqué à ses obligations et qu’Équitable a réclamé le remboursement du prêt, cette dernière s’est fondée sur une condition de la Seconde convention de renouvellement qui avait pour effet d’élever les charges sur les arrérages de principal au-delà du taux d’intérêt autrement payable sur le principal non arriéré. Une telle situation, a-t-il conclu, [TRADUCTION] « va à l’encontre » de l’art. 8 (par. 74).

III. Analyse

A. *Article 8 de la Loi sur l’intérêt*

[15] Le processus d’interprétation législative consiste à dégager l’intention du législateur en examinant les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi et son objet (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Tout au long de ce processus, il importe de se rappeler que tout texte de loi est censé apporter une solution de droit et « s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12).

[16] Quant à l’objet de l’art. 8, les appelants soutiennent principalement que, en adoptant en 1880 la disposition qui a précédé l’art. 8 (*Acte concernant l’intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière*, S.C. 1880, c. 42, art. 3), le législateur entendait abolir la règle d’équité qui permettait les escomptes sous forme de réduction du taux d’intérêt en cas d’exécution ponctuelle par un débiteur hypothécaire de ses obligations, mais qui interdisait les pénalités sous forme de majoration du taux d’intérêt en cas de défaut de paiement. D’après les appelants, l’art. 8 prohibe donc *autant* les escomptes *que* les pénalités. Pour sa part, l’intimée affirme que cet argument va à l’encontre de la présomption — réfutable uniquement par une loi formulée de façon « incontestablement claire » — que le législateur n’entend pas s’écarter des principes, politiques ou pratiques établis (*Parry Sound (district), Conseil d’administration des services*

& Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co., [1956] S.C.R. 610, at p. 614.

[17] The equitable rule, which appears to have originated in the late 17th century (A. C. Meredith, “A Nicety in the Law of Mortgage” (1916), 32 *L.Q.R.* 420), was summarized by Lord Hatherley in *Wallingford v. Mutual Society* (1880), 5 App. Cas. 685, at p. 702:

The other question which was much argued before your Lordships was the question of penalty. I apprehend that there again the case is quite clear. The illustration of the form adopted in mortgages is a very good illustration, I think, of what the true principle is. The form adopted long since — I do not know whether it is still continued or not — in mortgages, was when you wished to reserve in reality interest at 4 per cent., to reserve the interest by contract at 5 per cent., but to mitigate the severity of that contract in the event of the money being paid by a certain day. It is not a penalty on non-payment (though it seems a fine distinction) when you say that your contract shall be made for interest at 5 per cent. to be reduced, in the event of your punctual payment, to 4 per cent; but it is a relaxation of the terms of that original contract, not taking it by way of penalty at all, but a relaxation of your contract which you would merit and purchase by paying at a definite and fixed time. [Emphasis added.]

[18] Lord Hatherley’s observation of the rule resting upon “a fine distinction” suggests that its continuing validity was not unquestioned. As Finch C.J.B.C. explained in *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717, at paras. 38-39, the rule had already fallen into disfavour as early as 1802. While he also observed (at para. 39) that “[s]ubsequent cases . . . appear to have recognized the distinction previously described”, it appears that only one decision issued prior to the original enactment of s. 8 relied upon the rule: *Thompson v. Hudson* (1869), L.R. 4 H.L. 1.

sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39, citant *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614).

[17] La règle d’équité en question, qui semble remonter à la fin du dix-septième siècle (A. C. Meredith, « A Nicety in the Law of Mortgage » (1916), 32 *L.Q.R.* 420), a été résumée ainsi par lord Hatherley dans *Wallingford c. Mutual Society* (1880), 5 App. Cas. 685, p. 702 :

[TRADUCTION] L’autre question qui a été abondamment débattue devant vos Seigneuries était celle de la pénalité. J’estime que, là encore, l’affaire est très claire. La démarche adoptée dans les hypothèques constitue, je crois, une très bonne illustration de ce qu’est le véritable principe. La façon de faire retenue depuis longtemps — j’ignore si elle a toujours cours ou pas — dans les hypothèques est que, si vous souhaitez en fait réserver un taux d’intérêt de 4 pour 100, vous réservez par contrat un taux de 5 pour 100, mais vous atténuez la sévérité de ce contrat si l’argent est payé à une date donnée ou avant. Nous ne sommes pas en présence d’une pénalité pour défaut de paiement (quoique cela semble une distinction subtile) si le contrat stipule un taux d’intérêt de 5 pour 100 qui, en cas de paiement ponctuel, sera réduit à 4 pour 100; il s’agit plutôt d’un assouplissement des conditions du contrat initial, dans lequel on ne procède non pas par voie de pénalité, mais par voie d’un assouplissement des conditions qui se mérite et s’obtient en remboursant la dette à une date précise et déterminée. [Je souligne.]

[18] L’observation de lord Hatherley selon laquelle la règle repose sur [TRADUCTION] « une distinction subtile » tend à indiquer que sa validité n’était pas incontestée. Comme l’a expliqué le juge en chef Finch dans *Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717, par. 38-39, la règle était déjà tombée en défaveur dès 1802. Bien qu’il ait également souligné (au par. 39) que [TRADUCTION], « [d]ans des décisions subséquentes, les tribunaux semblent avoir reconnu la distinction décrite précédemment », il appert que seule une décision rendue avant l’édiction de l’art. 8 soit fondée sur la règle (*Thompson c. Hudson* (1869), L.R. 4 H.L. 1).

[19] This oscillating English caselaw seems a frail basis for finding that the equitable rule identified by the parties subsisted in Canadian law at the time of s. 8's original enactment. Nor does s. 8's legislative history or the jurisprudence clarify whether it applies to both penalties and discounts. As Professor M. A. Waldron has observed, “[I]ike many sections of the *Interest Act*, the primary purpose of section 8 is somewhat obscure”: *The Law of Interest in Canada* (1992), at p. 86. In *Reliant Capital* (at para. 48), Finch C.J.B.C. examined the parliamentary debates leading to s. 8's enactment in 1880, and observed that its origins arose from a concern that farmers were at that time becoming “trapped” by loans carrying fines for arrears that were unknown or unclear.

[20] This led Finch C.J.B.C. to state the purpose of s. 8 in these terms:

Parliament has singled out mortgages on real estate for special treatment, or at least treatment that differs from loans that are not secured on real property. I infer that at least one legislative purpose was to protect the owners of real estate from interest or other charges that would make it impossible for owners to redeem, or to protect their equity. If an owner were already in default of payment under the interest rate charged on monies not in arrears, a still higher rate, or greater charge on the arrears would render foreclosure all but inevitable. [Emphasis added.]

(*Reliant Capital*, at para. 53)

[21] I agree with Finch C.J.B.C. that the purpose of s. 8 is to protect landowners from charges “that would make it impossible for [them] to redeem, or to protect their equity”. This understanding of s. 8's purpose also conforms to the recent jurisprudence: *P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108, at para. 51.

[19] Cette jurisprudence anglaise oscillante semble une assise fragile pour asseoir la conclusion que la règle d'équité mentionnée par les parties a subsisté en droit canadien lorsque la première version de l'art. 8 a été adoptée. On ne trouve aucune indication dans l'évolution législative de l'art. 8 ou dans la jurisprudence pertinente qu'il s'applique autant aux pénalités qu'aux escomptes. Ainsi que l'a fait remarquer la professeure M. A. Waldron, [TRADUCTION] « [c]omme bien d'autres articles de la *Loi sur l'intérêt*, l'objet premier de l'article 8 est quelque peu obscur » (*The Law of Interest in Canada* (1992), p. 86). Dans *Reliant Capital* (par. 48), le juge en chef Finch a étudié les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de l'art. 8 en 1880 et il a souligné que cette disposition découlait de préoccupations que soulevait la situation des agriculteurs qui, à cette époque, se retrouvaient [TRADUCTION] « emprisonnés » dans des contrats d'emprunt assortis de pénalités pour arriérés qui étaient incertaines ou dont ils ne connaissaient pas l'existence.

[20] Cette conclusion a amené le juge en chef Finch à énoncer en ces termes l'objet de l'art. 8 :

[TRADUCTION] Le législateur a décidé de réserver aux hypothèques sur immeubles un traitement particulier, ou du moins un traitement différent de celui appliqué aux prêts qui ne sont pas garantis par des biens immeubles. J'en déduis qu'au moins un des objectifs poursuivis par le législateur consistait à protéger les propriétaires fonciers des frais d'intérêt ou autres charges qui les empêcheraient de libérer leur bien ou de protéger leur avoir propre. Si un propriétaire est déjà en défaut de paiement en raison du taux d'intérêt imposé sur les sommes non arriérées, un taux encore plus élevé ou une charge encore plus grande sur les arrérages rendra la forclusion pratiquement inévitable. [Je souligne.]

(*Reliant Capital*, par. 53)

[21] Je souscris à l'opinion du juge en chef Finch selon laquelle l'objet de l'art. 8 consiste à protéger les propriétaires fonciers contre les charges [TRADUCTION] « qui les empêcheraient de libérer leur bien ou de protéger leur avoir propre ». Cette interprétation est en outre conforme à la jurisprudence récente sur la question (*P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108, par. 51).

[22] On its own, this purpose does not support drawing a distinction between a higher interest rate cast as a penalty for default, and a discounted interest rate for punctual payment. In both cases, the effect is to impose a higher rate of interest on arrears of interest or principal than that payable on principal money not in arrears, thereby making it more difficult for borrowers who are already in default to redeem or protect their equity.

[23] Nor does the posited distinction between penalties and discounts survive a review of the ordinary sense of the words chosen by Parliament in s. 8, read together with s. 2 and in light of the Act's objects.

[24] Section 8(1) identifies three classes of charges — a fine, a penalty or a rate of interest — that shall not be “stipulated for, taken, reserved or exacted” if “the effect” of doing so imposes a higher charge on arrears than that imposed on principal money not in arrears. Section 8(2) affirms that subs. (1) does not prohibit a contract from requiring payment of interest on arrears of interest or principal at a rate equivalent to or lower than that payable on principal money not in arrears.

[25] Had Parliament intended to prohibit only penalties (and not discounts), it would not have included a “fine” or a “rate of interest”, in addition to a “penalty”, as a type of charge that might also be prohibited: *Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 S.C.R. 2, at p. 16; *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974, at pp. 983-84 and 987, per Pigeon J., and p. 977, per Laskin C.J. Further, by directing the inquiry to the effect of the impugned mortgage term, Parliament clearly intended that mortgage terms disguised as a “bonus”, “discount” or “benefit” would not as such comply with s. 8. Substance, not form, is to prevail. What counts is how the impugned term operates, and the consequences it produces, irrespective of the label used. If its effect is to impose a higher rate on arrears than on

[22] Cet objectif ne permet pas à lui seul d'établir une distinction entre une majoration du taux d'intérêt présentée comme une pénalité pour défaut de paiement et une réduction du taux d'intérêt présentée comme un escompte pour paiement ponctuel. Dans les deux cas, la mesure a pour effet d'imposer un taux d'intérêt plus élevé sur les arrérages d'intérêt ou de principal que celui payable sur le principal non arriéré, et de ce fait d'accroître la difficulté qu'ont les emprunteurs déjà en défaut de paiement de libérer leur bien ou de protéger leur avoir propre.

[23] La distinction qui, avance-t-on, existerait entre les pénalités et les escomptes ne résiste pas non plus à une analyse du sens ordinaire des mots employés par le législateur à l'art. 8, lus en corrélation avec ceux de l'art. 2 et à la lumière des divers objets de la Loi.

[24] Le paragraphe 8(1) fait état de trois catégories de charges — amendes, pénalités ou taux d'intérêt — qui ne peuvent être « stipulé[es], retenu[es], réservé[es] ou exigé[es] » si elles ont « pour effet » d'élever les charges sur les arrérages au-dessus de celles imposées sur le principal non arriéré. Le paragraphe 8(2) précise que le par. (1) ne prohibe pas les contrats exigeant le paiement d'intérêts sur des arrérages d'intérêt ou de principal à un taux équivalent ou inférieur à celui payable sur le principal non arriéré.

[25] Si le législateur avait eu l'intention d'interdire uniquement les pénalités (et non les escomptes), il n'aurait pas utilisé les mots « amende » et « taux d'intérêt », en sus du mot « pénalité », pour décrire les sortes de charges qui pourraient également être interdites (*Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 2, p. 16; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 974, p. 983-984, 987, le juge Pigeon, et p. 977, le juge en chef Laskin). De plus, en précisant que l'analyse devait porter sur l'effet de la condition hypothécaire attaquée, le législateur entendait clairement indiquer que les conditions hypothécaires déguisées en « boni », « escompte » ou « avantage » ne seraient pas, en tant que telles, conformes à l'art. 8. Le fond, et non la forme, doit l'emporter. Ce qui compte, c'est la manière dont la condition attaquée

money not in arrears, then s. 8 is offended: Waldron, at p. 86; *Halsbury's Laws of Canada: Mortgages/Motor Vehicles* (2011), "Mortgages", contributed by J. E. Roach, at para. HMO-198; *Re Weirdale Investments Ltd.*, at p. 190; *Beauchamp v. Timberland Investments Ltd.* (1983), 44 O.R. (2d) 512 (C.A.), at p. 516.

[26] Section 8 must also be read in light of, and harmoniously with, s. 2. As the chambers judge pointed out (at para. 35), s. 2 preserves a general right of freedom to contract for "any rate of interest or discount", with the *caveat* that such freedom is subject to what is "otherwise provided by this Act or any other Act of Parliament". Section 2 is therefore subject to the restriction imposed by s. 8 upon the rate of interest on a loan secured by a mortgage: *Tomell Investments*, at p. 983; *Reliant Capital*, at paras. 34 and 37; *P.A.R.C.E.L.*, at para. 51.

[27] Both the chambers judge and the majority at the Court of Appeal read Parliament's inclusion of "discount" in s. 2, and its omission of the same term in s. 8, to mean that the restrictions in s. 8 do not apply to discounts. In other words, s. 8 confirmed in their view the equitable rule prohibiting penalties for non-performance while allowing for discounts. I disagree. By targeting charges, including rates of interest, that are "*reserved*" for the event of default, s. 8 casts at least as broad a net as s. 2. Given that language, Parliament had no need to specifically mention "discounts" in s. 8 in order to include them within its ambit.

[28] My colleague relies upon s. 97 of *The Canada Joint Stock and Companies' Act, 1877*, S.C. 1877, c. 43, in support of her view that some discounts are permitted under s. 8. That statute, however, was a distinct enactment imposing a narrower set of restrictions upon a broader range of transactions. It applied to all loans, not just to loans secured

s'applique et les conséquences qu'elle entraîne, peu importe le nom qu'on lui donne. Si la condition a pour effet d'imposer sur les arrérages un taux plus élevé que celui payable sur la somme non arriérée, elle contrevient à l'art. 8 (Waldron, p. 86; *Halsbury's Laws of Canada: Mortgages/Motor Vehicles* (2011), « Mortgages », contribution de J. E. Roach, par. HMO-198; *Re Weirdale Investments Ltd.*, p. 190; *Beauchamp c. Timberland Investments Ltd.* (1983), 44 O.R. (2d) 512 (C.A.), p. 516).

[26] L'article 8 doit aussi être interprété à la lumière de l'art. 2 et en harmonie avec celui-ci. Comme l'a souligné la juge en cabinet (au par. 35), l'art. 2 préserve la liberté générale des parties de convenir du « taux d'intérêt ou d'escompte » applicable, sous réserve de l'existence d'une « disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ». La faculté énoncée à l'art. 2 est donc assujettie à la restriction qu'impose l'art. 8 à l'égard du taux d'intérêt sur un prêt garanti par hypothèque (*Tomell Investments*, p. 983; *Reliant Capital*, par. 34 et 37; *P.A.R.C.E.L.*, par. 51).

[27] Tant la juge en cabinet que les juges majoritaires de la Cour d'appel considèrent que l'insertion par le législateur du mot « escompte » à l'art. 2 et son omission à l'art. 8 signifient que les restrictions prévues à l'art. 8 ne s'appliquent pas aux escomptes. Autrement dit, ils estiment que l'art. 8 confirme la règle d'equity proscrivant les pénalités pour inexécution tout en autorisant les escomptes. Je ne suis pas d'accord. Comme l'art. 8 cible les charges — y compris les taux d'intérêt — qui sont « réservées » pour cause de défaut de paiement, son champ d'application est au moins aussi large que celui de l'art. 2. Vu ce libellé, le législateur n'avait pas à mentionner explicitement les « escomptes » à l'art. 8 pour qu'ils soient visés par cette disposition.

[28] Au soutien de son opinion selon laquelle certains escomptes sont permis par l'art. 8, ma collègue invoque l'art. 97 de l'*Acte des Compagnies par actions en Canada, 1877*, S.C. 1877, c. 43. Toutefois, cette loi constituait un texte distinct, qui imposait un ensemble de restrictions plus limité à un éventail plus large de transactions. En

by a mortgage. Section 8 of the *Interest Act's* focus on real estate lending makes it difficult to trace its legislative purpose along a straight line to the protections contained in s. 97. Moreover, s. 97 prohibited only the imposition of a “fine” or a “penalty” on money in arrears, whereas s. 8 adds “reserv[ing]” a “rate of interest” to the classes of prohibited charges. Although s. 97 does refer to discounts, its narrower set of restrictions, when contrasted with s. 8, does not support the notion that some discounts are permitted under s. 8.

[29] Nor does the majority of the Court of Appeal’s reliance upon *Dillingham* support a conclusion that s. 8 is directed solely at penalties for non-performance (and not at incentives for performance). In *Dillingham*, Stevenson J.A. (as he then was) found that a mortgage term setting interest at 14 percent upon default and after maturity where no other rate was stipulated did not offend s. 8. While Stevenson J.A. stated that s. 8 implemented the equitable rule (“[i]n my opinion the section is directed towards implementing the equitable principle against penalties for non-performance” (p. 196)), he added:

A stipulation for an increased rate of interest is, *prima facie*, such a penalty. It is something which, on the face of it, is held in *terrorem* over a defaulting debtor. So an increase from any stipulated amount of interest falls foul of the principle and the statute. Here, in a transaction which is not a commercial lending transaction, common sense dictates not that the transaction has a nil interest rate, but that it has made unspecified provisions for interest. I say this because it is inconceivable that in entering into this transaction the parties did not appreciate, and make some allowance for, the cost of money in arriving at the terms. It is possible, for example, that the mortgagee, as vendor, made a precise calculation based on the amount payable at maturity. I cannot say that the stipulation for interest at maturity has the effect of increasing the interest component. I am unable to conclude that the particular provision

effet, il s’appliquait à tous les types de prêts, non pas uniquement à ceux garantis par hypothèque. Étant donné que l’art. 8 de la *Loi sur l’intérêt* vise le crédit immobilier, il est difficile d’établir un rapprochement direct entre l’objet de cette disposition et les protections figurant à l’art. 97. Qui plus est, l’art. 97 interdisait uniquement l’imposition d’une « amende » ou d’une « pénalité » sur les arrrages, alors que l’art. 8 ajoute aux catégories de charges prohibées le fait de « réserv[er] » un « taux d’intérêt ». Quoique l’art. 97 mentionne effectivement les escomptes, le nombre plus limité de restrictions qu’il prévoit, par comparaison avec l’art. 8, n’appuie pas la proposition selon laquelle certains escomptes sont permis en vertu de l’art. 8.

[29] L’arrêt *Dillingham* sur lequel s’appuient les juges majoritaires de la Cour d’appel ne permet pas non plus de conclure que l’art. 8 vise uniquement les pénalités pour inexécution (et non les mesures incitatives à l’exécution). Dans *Dillingham*, le juge Stevenson (plus tard juge de notre Cour) a conclu que ne contrevenait pas à l’art. 8 une condition hypothécaire fixant à 14 pour 100 le taux d’intérêt payable en cas de défaut de paiement et après l’échéance, dans un cas où aucun autre taux n’était stipulé. Bien qu’il ait affirmé que l’art. 8 mettait en œuvre la règle d’equity ([TRADUCTION] « [à] mon avis, l’article vise à mettre en œuvre le principe d’equity qui interdit les pénalités pour inexécution » (p. 196)), le juge Stevenson a ajouté ceci :

[TRADUCTION] Une stipulation prévoyant une majoration du taux d’intérêt constitue à première vue une telle pénalité. Il s’agit d’une mesure qui, de prime à bord, sert à menacer un débiteur défaillant. Par conséquent, l’augmentation du taux d’intérêt stipulé va à l’encontre du principe pertinent et du texte de loi. En l’espèce, où l’on est en présence d’une transaction qui n’est pas un prêt commercial, le bon sens commande de conclure à l’existence non pas d’une opération à taux d’intérêt nul, mais d’une opération ne comportant pas de dispositions précises quant aux intérêts. Si je dis cela, c’est qu’il est inconcevable que, lorsqu’elles ont arrêté les conditions de leur arrangement, les parties n’ont pas songé aux coûts d’emprunt de l’argent ou n’y ont pas pourvu d’une certaine manière. Il se peut, par exemple, que — en tant que vendeur — le créancier hypothécaire ait calculé de façon

is penal and cannot, therefore, say that it comes within the principle which the section embodies. [p. 196]

[30] The reason why the arrangement in *Dillingham* conformed to s. 8 was not that it took the form of a discount, as opposed to a penalty. Rather, it was because the parties were taken to have agreed to fold the cost of borrowing into a single rate of interest (14 percent), to be applied upon default or maturity. So understood, Stevenson J.A.'s reasoning illuminates his concluding reference to whether the provision was "penal". Again, rather than confirming a putative distinction for s. 8's purposes between penalties and discounts, he was simply referring to (in s. 8's language) the *effect* of the impugned term: Waldron, at p. 90. It was not "penal" because its effect was not to impose a higher charge on arrears than that imposed on principal money not in arrears.

[31] In sum, the ordinary sense of the words that Parliament chose to include in s. 8, read together with s. 2 and considered in light of the Act's objects, supports the conclusion that s. 8 applies both to discounts (incentives for performance) as well as penalties for non-performance whenever their effect is to increase the charge on the arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears. To that extent, I find myself in respectful disagreement with the majority at the Court of Appeal and with the chambers judge.

[32] I agree, however, with the chambers judge's refusal to consider whether the impugned arrangements had an underlying "legitimate commercial purpose" (para. 61). It is understandable that courts would develop such a technique to infuse s. 8 with what they might see as reflecting reasonable commercial expectations: M. A. Waldron, "The 'Legitimate Commercial Purpose' Test Revisited — Case

précise la somme payable à l'échéance. Je ne peux affirmer que la stipulation imposant un intérêt à l'échéance a pour effet d'augmenter la partie correspondant aux intérêts. Je suis incapable de conclure que la stipulation particulière en cause revêt un caractère pénal et qu'elle est en conséquence visée par le principe qu'exprime l'article de la loi. [p. 196]

[30] Dans *Dillingham*, l'arrangement en cause respectait l'art. 8 non pas parce qu'il prenait la forme d'un escompte par opposition à une pénalité, mais plutôt parce qu'on a considéré que les parties avaient convenu de fixer, à l'égard des coûts de l'emprunt, un taux d'intérêt unique (14 pour 100), qui devait s'appliquer en cas de défaut de paiement ou à l'échéance. Interprété ainsi, le raisonnement du juge Stevenson clarifie la remarque qu'il fait à la fin relativement à la question de savoir si la stipulation avait un caractère « pénal ». Là encore, au lieu de confirmer l'existence d'une possible distinction entre les pénalités et les escomptes pour les besoins de l'art. 8, le juge Stevenson se référait tout simplement (pour reprendre les termes de l'art. 8) à l'*effet* de la condition attaquée (Waldron, p. 90). La stipulation n'avait pas un caractère « pénal », étant donné qu'elle n'avait pas pour effet d'imposer sur les arriérés une charge plus élevée que celle imposée sur le principal non arriéré.

[31] En résumé, le sens ordinaire des mots que le Parlement a choisi d'ajouter à l'art. 8 — lus en corrélation avec l'art. 2 et considérés à la lumière des objets de la Loi — étaye la conclusion que l'art. 8 s'applique à la fois aux escomptes (des incitatifs à l'exécution) et aux pénalités pour inexécution chaque fois qu'une telle mesure a pour effet d'élever les charges sur les arriérés au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré. À cet égard, je suis en désaccord avec la majorité de la Cour d'appel et la juge en cabinet.

[32] Je souscris toutefois au refus de la juge en cabinet d'examiner la question de savoir si les arrangements contestés reposaient sur une [TRADUCTION] « fin commerciale légitime » (par. 61). On peut comprendre que des tribunaux décident d'élaborer un tel critère afin d'intégrer à l'analyse fondée sur l'art. 8 une approche reflétant ce qu'ils considèrent comme des attentes raisonnables en matière commerciale

Comment on *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation*” (2008), 41 *U.B.C. L. Rev.* 101; *TD Trust Co. v. Guinness* (1995), 12 *B.C.L.R.* (3d) 102 (S.C.), at paras. 17-21; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 *B.C.A.C.* 182, at paras. 95-96. Doing so is, however, incompatible with s. 8. Part of the difficulty with the legitimate commercial purpose test is that, as Finch C.J.B.C. observed in *Reliant Capital* (at para. 87), it leads to commercial uncertainty and to s. 8’s arbitrary application. More fundamentally, inquiring into the “legitimacy” of the purpose underlying an arrangement that offends s. 8 *not* by its *purpose* but by its *effect* undermines Parliament’s clearly expressed intent. The same objection also applies to any attempt, whether achieved by “strict” construction or by focusing on other irrelevant considerations under s. 8 such as the relative degrees of sophistication or bargaining power between the parties, to derogate from the purely results-oriented focus that s. 8 expressly requires. This Court has recently observed that it cannot “do by ‘interpretation’ what Parliament chose not to do by enactment”: *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 53. But the converse is also true: courts may not *undo* by “interpretation” what Parliament chose *to do* by enactment. If s. 8 reflects bad or outdated public policy, the remedy lies with Parliament, not with the courts.

B. *Application to the First and Second Renewal Agreements*

[33] I am content to dispose of this appeal by considering the Second Renewal Agreement alone, since its operation was made retroactive to the date (February 1, 2009) on which the rate increase under the First Renewal Agreement took effect. That said, an interest rate increase triggered by the mere passage of time (and not by default), such as that imposed

(M. A. Waldron, « The “Legitimate Commercial Purpose” Test Revisited — Case Comment on *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation* » (2008), 41 *U.B.C. L. Rev.* 101; *TD Trust Co. c. Guinness* (1995), 12 *B.C.L.R.* (3d) 102 (C.S.), par. 17-21; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 *B.C.A.C.* 182, par. 95-96). Cette approche est cependant incompatible avec l’art. 8. Comme l’a indiqué le juge en chef Finch dans *Reliant Capital* (par. 87), la difficulté que crée le critère de la fin commerciale légitime découle en partie du fait qu’il entraîne de l’incertitude en matière commerciale et une application arbitraire de l’art. 8. Plus fondamentalement encore, le fait de s’interroger sur la « légitimité » de l’objet à la base d’un arrangement qui contrevient à l’art. 8 *non* de par son *objet* mais de par son *effet* s’oppose à l’intention clairement exprimée par le législateur. Cette même objection vaut également pour toute tentative de la part des tribunaux — que ce soit en recourant à une interprétation « stricte », ou en s’attachant à d’autres considérations non pertinentes pour l’application de l’art. 8, par exemple le degré d’expertise ou le rapport de force respectifs des parties — de déroger à l’analyse purement axée sur les résultats que requiert expressément l’art. 8. Notre Cour a récemment fait observer qu’elle ne peut « faire “en interprétant” la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l’adoptant » (*Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 53). Mais l’inverse est également vrai : les tribunaux ne peuvent « en interprétant » une loi *défaire* ce que le législateur a choisi *de faire* en l’adoptant. Si l’art. 8 reflète une politique générale mauvaise ou désuète, la solution relève du législateur, et non des tribunaux.

B. *Application aux première et deuxième conventions de renouvellement*

[33] Pour trancher le présent pourvoi, je considère qu’il suffit d’analyser la Seconde convention de renouvellement, puisque son application a été fixée rétroactivement à la date (le 1^{er} février 2009) à laquelle a pris effet la majoration du taux d’intérêt prévue par la Première convention de renouvellement. Cela dit, une hausse du taux d’intérêt

under the First Renewal Agreement, clearly does not offend s. 8.

[34] My colleague and I part company on the significance of the terms of the Second Renewal Agreement. She takes 25 percent to be the effective interest rate thereunder because it was “to be paid each month” (para. 45). She also points to the accrual of the difference between the pay rate and the interest rate as indicative of an effective rate of 25 percent, since this rate “was not to be ‘taken, reserved or exacted’ in the event of default” (para. 45).

[35] I disagree. Article 1 of the Second Renewal Agreement sets the interest rate at 25 percent *per annum*. Article 3 sets the “pay rate” (being the *per annum* rate applicable to the monthly interest payments Lougheed was required to make) at the greater of 7.5 percent and the prime interest rate plus 5.25 percent. By operation of articles 4 and 5, the difference between the interest rate of 25 percent and the pay rate accrues to the principal of the loan, but would be forgiven in the event of no default and repayment in full upon maturity. The effect of this scheme is therefore to reserve a higher charge on arrears (25 percent) than that imposed on principal money not in arrears (7.5 percent, or the prime interest rate plus 5.25 percent). The labelling of one charge as an “interest rate” and the other as a “pay rate” is of no consequence, given s. 8’s explicit concern for substance over form.

[36] My colleague also relies on a reading of the relationship between ss. 2 and 8 in concluding that the latter must be read narrowly to allow for some

déclenchée par le seul écoulement du temps (et non par suite d’un défaut de paiement), telle la hausse imposée en vertu de la Première convention de renouvellement, ne contrevient manifestement pas à l’art. 8.

[34] Ma collègue et moi divergeons d’opinions en ce qui a trait à la signification des conditions de la Seconde convention de renouvellement. Elle considère que le taux d’intérêt effectif en vertu de cette convention était de 25 pour 100, parce qu’il devait « être payé chaque mois » (par. 45). Elle ajoute que le fait que les sommes représentant la différence entre le taux payable et le taux d’intérêt stipulé s’accumulent est indicatif de l’application d’un taux d’intérêt effectif de 25 pour 100, étant donné que ce taux « n’était pas “retenu, réservé ou exigé” en cas de défaut de paiement uniquement » (par. 45).

[35] Je ne suis pas d’accord. L’article 1 de la Seconde convention de renouvellement fixe le taux d’intérêt à 25 pour 100 par année. L’article 3 établit le « taux payable » (en l’occurrence le taux annuel applicable aux paiements mensuels d’intérêt que devait effectuer Lougheed) au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100. Par l’effet des art. 4 et 5, la différence entre les intérêts calculés selon le taux d’intérêt de 25 pour 100 et ceux calculés suivant le taux payable s’ajoute au capital du prêt, mais le créancier renonce à cette somme s’il y a absence de défaut de paiement et s’il y a remboursement intégral à l’échéance. Cette formule a donc pour effet de réserver une charge plus élevée (25 pour 100) sur les arrérages que celle imposée sur le principal non arriéré (7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100). Le fait de qualifier une charge de « taux d’intérêt » et l’autre charge de « taux payable » est sans conséquence, puisque l’art. 8 met explicitement l’accent sur le fond plutôt que sur la forme.

[36] Ma collègue s’appuie également sur une lecture corrélatrice de l’art. 2 et de l’art. 8 pour conclure que la seconde disposition doit être

discounts — specifically, “a discount . . . to provide relief from a higher rate of interest for which payment is already due” (para. 54). She cites *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376 (C.A.), in support.

[37] While I agree that the arrangement provided in *North West* does not run afoul of s. 8, it is distinguishable from the Second Renewal Agreement. The arrangement in *North West* imposed an initial rate of 19 percent. When the borrower defaulted, the parties extended the term and allowed for a reduced rate of 13 percent were the loan paid on time. In the instant case, however, the interest rate escalated over the course of the loan to 25 percent, followed by “relief” under the Second Renewal Agreement amounting to a conditional reduction to an interest rate that was still *nearly three times the originally agreed-upon rate*.

IV. Conclusion and Disposition

[38] I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below. Section 8 of the *Interest Act* applies with equal force to mortgage terms imposing by way of penalty a higher rate in the event of default, and reserving by way of discount a lower rate in the event of no default. It follows that the 25 percent *per annum* rate of interest set by the Second Renewal Agreement is void. The interest rate in force under the Second Renewal Agreement as of February 1, 2009 shall be set at the higher of 7.5 percent and the prime interest rate plus 5.25 percent.

interprétée étroitement, de façon à permettre certains escomptes — plus précisément « un escompte [. . .] en vue d’atténuer les obligations financières découlant de l’application d’un taux d’intérêt plus élevé en vertu duquel des paiements sont déjà exigibles » (par. 54). Au soutien de cette conclusion, elle invoque l’arrêt *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376 (C.A.).

[37] Bien que je reconnaisse que l’arrangement dont il était question dans *North West* ne contrevient pas à l’art. 8, il peut néanmoins être distingué d’avec la Seconde convention de renouvellement. Dans *North West*, le taux initial imposé dans l’arrangement était de 19 pour 100. Lorsque l’emprunteur a manqué à ses obligations, les parties ont prolongé la durée de la convention et stipulé que le taux d’intérêt applicable serait réduit à 13 pour 100 si le prêt était remboursé dans le délai imparti. En l’espèce, toutefois, le taux d’intérêt a grimpé à 25 pour 100 pendant la durée du prêt, puis, dans le cadre de la Seconde convention de renouvellement, il a fait l’objet d’un « assouplissement » sous forme d’une réduction conditionnelle l’abaissant à un taux qui demeurait néanmoins *presque trois fois supérieur au taux convenu originalement*.

IV. Conclusion et dispositif

[38] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures. L’article 8 de la *Loi sur l’intérêt* s’applique avec autant de force aux conditions hypothécaires imposant un taux plus élevé en guise de pénalité applicable en cas de défaut de paiement, qu’aux conditions réservant un taux plus bas en guise d’escompte applicable en l’absence de défaut de paiement. Le taux d’intérêt annuel de 25 pour 100 fixé par la Seconde convention de renouvellement est donc annulé. Le taux d’intérêt en vigueur à compter du 1^{er} février 2009 en vertu de la Seconde convention de renouvellement est établi au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100.

The reasons of Abella, Moldaver and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[39] I part ways with my colleague Brown J. because I am of the view that the “rate of interest payable on principal money not in arrears” under the Second Renewal Agreement is actually 25 percent. As a result, the Second Renewal cannot be said to have had the “effect” of increasing the charge on arrears, which means that s. 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1985, c. I-15, is not engaged. This ground alone provides a sufficient basis for dismissing the appeal.

[40] In any event, I am of the view that s. 8 of the *Interest Act* does not prohibit a “forgiving discount” — that is, a discount which provides the borrower with some relief from a rate of interest that is chargeable under an agreement. Section 2 of the *Interest Act* states the general rule that “any rate of interest or discount that is agreed on” is permitted. As an exception to this foundational rule, s. 8 should be read narrowly and its application limited so as to fulfill its purpose of protecting struggling mortgage debtors. In the instant case, the Second Renewal Agreement provided Lougheed Block Inc. with a less onerous path to fulfill its payment obligations and protect its equity. As a result, the Second Renewal Agreement does not offend s. 8.

II. The Second Renewal Agreement Did Not Have the “Effect” of Increasing the Charge on Arrears

[41] In my colleague’s view, the only question that needs to be answered when applying s. 8 is whether the impugned provision had the “effect” of increasing

Version française des motifs des juges Abella, Moldaver et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[39] Je ne peux me rallier à l’opinion de mon collègue le juge Brown, car je suis d’avis que le « taux d’intérêt payable sur le principal non arriéré » prévu à la Seconde convention de renouvellement est en fait de 25 pour 100. Ainsi, la Seconde convention de renouvellement n’a pas eu pour « effet » d’augmenter les charges sur les arrérages et l’art. 8 de la *Loi sur l’intérêt*, L.R.C. 1985, c. I-15, n’entre pas en jeu. Ce motif constitue à lui seul une raison suffisante pour rejeter le pourvoi.

[40] Quoi qu’il en soit, j’estime que l’art. 8 de la *Loi sur l’intérêt* ne prohibe pas les « escomptes libératoires » — c’est-à-dire les escomptes qui libèrent dans une certaine mesure l’emprunteur des obligations découlant de l’application du taux d’intérêt exigible aux termes d’une convention. L’article 2 de la *Loi sur l’intérêt* énonce la règle générale précisant que « le taux d’intérêt ou d’escompte qui est convenu » est permis. L’article 8 étant une exception à cette règle fondamentale, il doit être interprété étroitement et son champ d’application doit être limité à ce qui est nécessaire à la réalisation de son objet, à savoir la protection des débiteurs hypothécaires en difficulté. En l’espèce, la Seconde convention de renouvellement offrait à Lougheed Block Inc. un moyen moins onéreux de s’acquitter de ses obligations financières et de protéger son avoir propre. En conséquence, la Seconde convention de renouvellement ne contrevient pas à l’art. 8.

II. La Seconde convention de renouvellement n’a pas eu pour « effet » d’augmenter les charges sur les arrérages

[41] De l’avis de mon collègue, la seule question à laquelle il faut répondre lorsqu’il s’agit d’appliquer l’art. 8 consiste à se demander si la clause

the charge on arrears. Before answering that question, however, we must first determine what the “rate of interest payable on principal money not in arrears” is.

[42] In my view, the answer is straightforward. The provisions of the Second Renewal Agreement are crystal clear. The “rate of interest payable on principal money not in arrears” was set at 25 percent throughout the entire term of the agreement, and was to be applied consistently to both principal money not in arrears and principal money or interest in arrears.

[43] The Second Renewal Agreement provides as follows:

1. Interest shall be calculated, on the full outstanding Loan balance, at the rate of 25% per annum, compounded monthly, from February 1, 2009 until the date of repayment in full.

. . .

3. [Lougheed] shall be required to make monthly payments, on or before the 15th day of each and every month starting May 15, 2009 and ending January 15, 2010, in an amount equal to the greater of 7.5% per annum, compounded and payable monthly, and Equitable Trust Company Prime Rate + 5.25% per annum, compounded and payable monthly (the “Pay Rate”).
4. The difference between the interest payable on the loan, in accordance with paragraph 1 and the interest actually paid at the Pay Rate shall accrue on the Loan (the “Accrued Interest”).

. . .

By signing this letter, you also hereby acknowledge that:

. . .

contractuelle contestée avait pour « effet » d’augmenter les charges sur les arrérages. Cependant, avant de répondre à cette question, il faut au préalable déterminer quel est le « taux d’intérêt payable sur le principal non arriéré ».

[42] Selon moi, la réponse est simple. Les clauses de la Seconde convention de renouvellement sont limpides. Le « taux d’intérêt payable sur le principal non arriéré » qui a été convenu a été fixé à 25 pour 100 pour toute la durée de la convention et il devait s’appliquer de façon uniforme à la fois au principal non arriéré et aux arrérages de principal ou d’intérêt.

[43] La Seconde convention de renouvellement comporte notamment les clauses suivantes :

[TRADUCTION]

1. L’intérêt doit être calculé sur l’ensemble du solde impayé du prêt, au taux de 25 pour 100 par année, composé mensuellement, du 1^{er} février 2009 jusqu’à la date du remboursement intégral.

. . .

3. [Lougheed] doit effectuer mensuellement, au plus tard le 15^e jour de chaque mois à partir du 15 mai 2009 jusqu’au 15 janvier 2010, des paiements correspondant au montant établi en appliquant le plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 par année, composé et payable mensuellement, ou le taux préférentiel consenti par L’Équitable, Compagnie de fiducie, + 5,25 pour 100 par année, composé et payable mensuellement (le « Montant payé » (« Pay Rate » dans le texte original)).
4. La différence entre les intérêts payables sur le prêt conformément au paragraphe 1 et les intérêts effectivement payés suivant le Montant payé s’ajoute au prêt (les « Intérêts accumulés » (« Accrued Interest » dans le texte original)).

. . .

En signant la présente lettre, vous reconnaissez également ce qui suit :

. . .

2. The interest rate payable is 25% per annum, calculated and payable monthly; [Emphasis added.]

[44] By the express terms of the parties' agreement, the interest rate payable was 25 percent. This rate was not to be triggered by default or maturity; rather, it was effective throughout and had to be paid on a monthly basis, through actual disbursements and additional financing from the lender. The amount to be paid as actual disbursements was defined in clause 3 as the "Pay Rate". The remainder — that is to say, the difference between the 25 percent interest rate and the Pay Rate — was to be added each month to the principal of the loan pursuant to clause 4. In other words, it was to be paid monthly through additional interim financing. I stress that interest charges calculated on the basis of the 25 percent rate were to be paid monthly, and not simply "taken, reserved or exacted" in the event of default. According to the clear wording of the Second Renewal Agreement, interest was to be charged each month on the *entire* principal of the loan, which included the amounts added to the principal as interim financing to cover the difference between the agreed interest rate of 25 percent and the Pay Rate.

[45] My colleague finds that in its "effect", the Second Renewal Agreement reserved a higher charge on arrears (25 percent) than the one imposed on principal money not in arrears (the Pay Rate). I respectfully disagree. The 25 percent rate was not to be "taken, reserved or exacted" in the event of default; it was to be paid each month throughout the entire term of the Second Renewal Agreement. That is the way it was booked and that is the way the parties understood it. The possibility of having a portion of these interest payments forgiven does not have the "effect" of reducing the interest that was to be paid monthly on principal money not in arrears.

2. Le taux d'intérêt payable est de 25 pour 100 par année, calculé et payable mensuellement; [Je souligne.]

[44] Selon les termes expressément convenus entre les parties, le taux d'intérêt payable était de 25 pour 100. Ce taux ne devenait pas applicable uniquement en cas de défaut de paiement ou à l'échéance; il constituait plutôt le taux qui était en vigueur pendant toute la durée de la convention et qui était payable mensuellement, par voie de décaissements effectifs effectués par la débitrice et au moyen de fonds additionnels avancés par le prêteur. Le montant de ces décaissements effectifs était défini à la clause 3 et qualifié de « Montant payé ». La différence entre ces décaissements effectifs et les paiements d'intérêt au taux de 25 pour 100 devait être ajoutée chaque mois au capital du prêt en application de la clause 4. En d'autres termes, cette somme était payable mensuellement au moyen de fonds additionnels avancés à titre intérimaire. Je tiens à souligner que le montant d'intérêt calculé au taux de 25 pour 100 devait être payé mensuellement et non simplement « retenu, réservé ou exigé » en cas de défaut. Selon le texte clair des clauses de la Seconde convention de renouvellement, l'intérêt était payable chaque mois sur *la totalité* du capital du prêt, y compris sur les sommes ajoutées au prêt en raison du financement intérimaire consenti pour permettre d'acquitter la différence entre les paiements calculés au taux d'intérêt convenu de 25 pour 100 et ceux correspondant au « Montant payé ».

[45] Mon collègue conclut que l'« effet » de la Seconde convention de renouvellement était de réserver des charges plus élevées sur les arrérages (au taux de 25 pour 100) que celles imposées sur le principal non arriéré (en vertu de ce qu'il appelle le « taux payable » (« *Pay Rate* »)). Avec égards, je suis en désaccord. Le taux de 25 pour 100 n'était pas « retenu, réservé ou exigé » en cas de défaut de paiement uniquement; il devait être payé chaque mois pendant toute la durée de la Seconde convention de renouvellement. C'est ainsi que les intérêts calculés suivant ce taux étaient comptabilisés et considérés par les parties. La possibilité que

Consequently, s. 8 is not engaged. I would dismiss the appeal on the basis of this ground alone.

III. Section 8 Does Not Prohibit All Discounts

[46] Alternatively, I find that the appeal could also have been dismissed on the basis that s. 8 does not prohibit discounts designed to provide relief from a higher rate of interest payable, as is the case for the Second Renewal Agreement.

[47] As I mentioned above, my colleague is of the view that the only question to be asked when applying s. 8 is whether the impugned provision had the “effect” of increasing the charge on arrears. According to him, there is no room for commercial context in this analysis. I agree with my colleague that courts should not take it upon themselves to tailor s. 8 to modern commercial preferences; that is the role of Parliament. However, a purposive and contextual analysis of s. 8 requires that the commercial context be considered. In the instant case, the impugned discount, viewed in light of the circumstances in which it was agreed upon, provided Lougheed with a less onerous path to fulfill its payment obligations that were then due under the First Renewal Agreement. Holding that the 25 percent interest rate provided for in the Second Renewal Agreement is invalid would not give effect to Parliament’s protective purpose, as my colleague understands it. Rather, it would reward Lougheed with an unmerited windfall.

le débiteur puisse être libéré d’une partie de ces paiements d’intérêt n’a pas eu pour « effet » de réduire l’intérêt qui était payable mensuellement sur le principal non arriéré. En conséquence, l’art. 8 n’entre pas en jeu. Je rejeterais le pourvoi sur la base de ce seul motif.

III. L’article 8 ne prohibe pas tout escompte

[46] Subsidiairement, je conclus que le pourvoi aurait pu également être rejeté au motif que l’art. 8 ne prohibe pas les escomptes visant à libérer dans une certaine mesure le débiteur d’obligations découlant de l’application d’un taux d’intérêt plus élevé par ailleurs exigible, comme c’est le cas de la Seconde convention de renouvellement en l’espèce.

[47] Tel que je l’ai mentionné plus tôt, mon collègue est d’avis que la seule question à laquelle il faut répondre dans le cadre de l’analyse requise sous l’art. 8 consiste à se demander si la clause contractuelle contestée a pour « effet » d’augmenter les charges sur les arriérés. Selon lui, il n’y a pas place pour des considérations d’ordre commercial dans cette analyse. Je suis d’accord avec mon collègue pour dire que les tribunaux ne devraient pas prendre l’initiative d’adapter l’art. 8 en fonction de préférences commerciales modernes; c’est le rôle du Parlement. Toutefois, l’analyse téléologique et contextuelle effectuée sous l’art. 8 requiert la prise en compte du contexte commercial. Considéré à la lumière des circonstances dans lesquelles il a été convenu, l’escompte contesté en l’espèce procurait à Lougheed une solution moins onéreuse pour s’acquitter des obligations financières que lui imposait la Première convention de renouvellement. Conclure à l’invalidité du taux d’intérêt de 25 pour 100 convenu dans la Seconde convention de renouvellement ne permettrait pas de réaliser l’objectif de protection visé par le législateur fédéral, tel que l’interprète mon collègue. Une telle conclusion aurait plutôt pour résultat de faire bénéficier Lougheed d’un avantage qu’elle n’a pas mérité.

[48] Section 2 of the *Interest Act* affirms freedom of contract in the law of lending and, in so doing, expressly permits discounts: “. . . any person may stipulate for . . . any rate of interest or discount that is agreed on”. Section 8 sets out an exception to the foundational principle of freedom of contract by prohibiting increased charges on arrears. However, as my colleague observes, it does not expressly prohibit discounts. The absence of the term “discount” from s. 8 — and its corresponding presence in s. 2 — must inform our interpretation, since every word of a statute must be found to have a meaning and a function (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 211; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, at p. 408) and since it is settled law that each provision of a statute is presumed to have been drafted with the others in mind (Sullivan, at pp. 211 and 405-6; *Inland Revenue Commissioners v. Hinchy*, [1960] A.C. 748, at p. 766, per Lord Reid).

[49] In this regard, the legislative history of the *Interest Act* is telling. The earliest incarnation of what are now ss. 2 and 8 of the *Interest Act* — s. 97 of *The Canada Joint Stock Companies' Act, 1877*, S.C. 1877, c. 43 — expressly mentioned and prohibited discounts which have the effect of increasing charges on arrears:

97. The Company may stipulate for, take, reserve and exact any rate of interest or discount that may be lawfully taken by individuals, or in the Province of Quebec by incorporated Companies under like circumstances, and may also receive an annual payment on any loan by way of a sinking fund for the gradual extinction of such loan, upon such terms and in such manner as may be regulated by the by-laws of the Company: Provided always, that no fine or penalty shall be stipulated for, taken, reserved or exacted in respect of arrears of principal or interest, which shall have the effect of increasing the charge in respect of arrears beyond the rate of interest or discount on the loan.

[50] Given that s. 8 establishes an exception to the general rule that discounts are permitted, it must be read narrowly and limited to what is necessary

[48] L'article 2 de la *Loi sur l'intérêt* confirme la liberté contractuelle en droit du financement et, ce faisant, il autorise expressément les escomptes : « . . . une personne peut stipuler [. . .] le taux d'intérêt ou d'escompte qui est convenu ». L'article 8 constitue une exception au principe fondamental de la liberté contractuelle lorsqu'il prohibe la majoration des charges sur les arrérages. Cependant, comme le fait remarquer mon collègue, cet article n'interdit pas expressément les escomptes. L'absence du mot « escompte » à l'art. 8 — et, à l'inverse, sa présence à l'art. 2 — doivent guider notre interprétation, étant donné que chaque mot d'une loi doit se voir attribuer un sens et une fonction (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 211; *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388, p. 408), et que, selon un principe bien établi, chaque disposition d'une loi est présumée avoir été rédigée en fonction des autres (Sullivan, p. 211, 405-406; *Inland Revenue Commissioners c. Hinchy*, [1960] A.C. 748, p. 766, lord Reid).

[49] À cet égard, l'historique de la *Loi sur l'intérêt* est révélateur. La toute première version législative de ce que sont les art. 2 et 8 actuels de la *Loi sur l'intérêt*, en l'occurrence l'art. 97 de l'*Acte des Compagnies par actions en Canada, 1877*, S.C. 1877, c. 43, mentionnait et prohibait expressément les escomptes ayant pour effet d'augmenter les charges sur les arrérages :

97. La compagnie pourra stipuler, prendre, retenir et exiger tout intérêt ou escompte qui pourra être légalement pris par les particuliers ou, dans la Province de Québec, par ces compagnies incorporées, dans les mêmes circonstances, et elle pourra aussi recevoir sur ses prêts un paiement annuel à titre de fonds d'amortissement pour l'extinction graduelle de ce prêt, aux conditions et de la manière que les règlements de la compagnie établiront; pourvu toujours qu'aucune amende ou pénalité ne sera stipulée, prise, retenue ou exigée à l'égard des arrérages de principal ou d'intérêt, qui aurait l'effet d'accroître les charges à l'égard des arrérages au-delà du taux d'intérêt ou d'escompte sur le prêt.

[50] L'article 8 étant une exception à la règle générale selon laquelle les escomptes sont permis, il doit être interprété étroitement et son champ

to fulfill its purpose: *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1207; see also *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, at para. 39.

[51] In the context of the case at bar, this narrow reading is appropriate. As Professor Ruth Sullivan points out, “[i]t is impossible for drafters to spell out every qualification or limitation that might appropriately apply in a given set of circumstances”, which means that it may be appropriate to narrow the application of a legislative provision in order to remain faithful to the legislature’s intent: pp. 195-96; *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389, at paras. 88-89. Such an approach appears to have been followed by this Court: *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533.

[52] The purpose of s. 8 can be gathered from the legislative history and the debate that led up to the enactment of the *Act relating to Interest on moneys secured by Mortgage of Real Estate*, S.C. 1880, c. 42. In *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717, Finch C.J.B.C. stated the following at para. 48:

Throughout much of the debate, money lenders were viewed in an unfavourable light and were held largely responsible for the ruin of many farmers and the resulting exodus of farmers from Canada to the United States. Members expressed concern that the real rates of interest were often not clear to borrowers; that the rates of interest were exorbitant; that the fines for arrears were often unknown to or not present in the minds of borrowers; and that borrowers were often trapped by long loans.

[53] Some of these concerns were addressed in various provisions of the resulting Act. For present

d’application doit être limité à ce qui est nécessaire à la réalisation de son objet (*Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1207; voir aussi *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God’s Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, par. 39).

[51] Dans le contexte de la présente affaire, cette interprétation étroite est appropriée. Ainsi que le souligne la professeure Ruth Sullivan, comme [TRADUCTION] « [i] est impossible pour les rédacteurs de prévoir toute réserve ou limite qui pourrait à juste titre s’appliquer dans une situation donnée », il peut être indiqué de restreindre le champ d’application d’une disposition législative afin de demeurer fidèle à l’intention du législateur (p. 195-196; *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389, par. 88-89). Cette approche semble avoir déjà été suivie par notre Cour (*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533).

[52] L’objet de l’art. 8 peut être dégagé de l’historique de l’*Acte concernant l’intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière*, S.C. 1880, c. 42, ainsi que des débats qui ont précédé son adoption. Dans *Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717, par. 48, le juge en chef Finch de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a dit ce qui suit à cet égard :

[TRADUCTION] Pendant la majeure partie des débats, les prêteurs étaient perçus sous un jour défavorable et ils étaient dans une large mesure tenus pour responsables de la ruine de nombreux agriculteurs et de l’exode de fermiers canadiens vers les États-Unis qui en a résulté. Les députés se sont dits préoccupés par le fait que, dans bien des cas, le taux d’intérêt véritable n’était pas clair pour les emprunteurs; que les taux d’intérêt étaient exorbitants; que fréquemment les emprunteurs ignoraient l’existence de pénalités à l’égard des arrrages ou n’y étaient pas attentifs; et que ces emprunteurs se retrouvaient souvent emprisonnés dans des prêts de longue durée.

[53] Le législateur a répondu à certaines de ces préoccupations dans différentes dispositions de la

purposes, there appears to have been one principal mischief which prompted Parliament to introduce s. 3 of that Act, whose wording survives substantially into modern times as s. 8 of the *Interest Act*. Namely, it was considered an abusive practice for lenders to impose a higher fine, penalty or interest rate on defaulting debtors who were already having difficulty meeting their payment obligations. The drafters appear to have been concerned that such higher charges would make it all but impossible for debtors to repay their debts, protect their equity and avoid foreclosure: *Reliant Capital*, at paras. 48-55; *P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108, at para. 51; T. G. W. Telfer, “Preliminary Background Paper on the Canada Interest Act” (online), at para. 31, citing *Debates of the House of Commons*, vol. VIII, 2nd Sess., 4th Parl., March 31, 1880, at p. 963; M. A. Waldron, “The Federal Interest Act: It Sure is Broke, But is it Worth Fixin’?” (1997), 29 *Can. Bus. L.J.* 161, at pp. 164-65.

[54] My colleague Brown J. concludes that discounts will generally have the “effect” of increasing charges on arrears, but I would note that not *all* discounts, viewed in their commercial context, will undermine the intended protection for struggling debtors. In some cases, a discount may be introduced in a renewal agreement to provide relief from a higher rate of interest for which payment is already due. Such an agreement can hardly be said to be unfair or tainted by abuse, coercion, intimidation or penalty: *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182, at para. 100; *York Ventures Ltd. v. 0775740 B.C. Ltd.*, 2015 BCSC 1105, at para. 43 (CanLII).

[55] The British Columbia Court of Appeal considered one such discount in *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376. In that case, an initial mortgage

loi qui en a découlé. Pour les besoins du présent pourvoi, il semble qu’une situation préjudiciable en particulier ait incité le législateur à édicter l’art. 3 de cette loi, disposition dont le texte subsiste encore pour l’essentiel de nos jours et constitue l’art. 8 de la *Loi sur l’intérêt*. Plus précisément, on considèrerait abusif de la part des prêteurs d’imposer une amende, une pénalité ou un taux d’intérêt plus élevé à des débiteurs défailants qui éprouvaient déjà de la difficulté à s’acquitter de leurs obligations financières. Les rédacteurs semblaient craindre que, en raison de ces charges plus élevées, il soit pratiquement impossible pour les débiteurs de rembourser leurs dettes, de protéger leur avoir propre et d’éviter la forclusion (*Reliant Capital*, par. 48-55; *P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108, par. 51; T. G. W. Telfer, « Document d’information sur la Loi canadienne sur l’intérêt » (en ligne), par. 31, citant les *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2^e sess., 4^e lég., 31 mars 1880, p. 972; M. A. Waldron, « The Federal Interest Act : It Sure is Broke, But is it Worth Fixin’? » (1997), 29 *Rev. can. dr. comm.* 161, p. 164-165).

[54] Bien que mon collègue le juge Brown conclue que les escomptes ont généralement pour « effet » d’augmenter les charges sur les arrérages, je tiens à souligner que ce ne sont pas *tous* les escomptes qui, si on les considère dans leur contexte commercial particulier, affaiblissent la protection dont sont censés bénéficier les débiteurs en difficulté. En effet, dans certains cas un escompte peut être convenu dans une convention de renouvellement en vue d’atténuer les obligations financières découlant de l’application d’un taux d’intérêt plus élevé en vertu duquel des paiements sont déjà exigibles. De telles conventions peuvent difficilement être qualifiées d’inéquitables ou d’abusives, ou encore de pénalités ou de mesures de coercition, de contrainte ou d’intimidation (*Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182, par. 100; *York Ventures Ltd. c. 0775740 B.C. Ltd.*, 2015 BCSC 1105, par. 43 (CanLII)).

[55] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a examiné un escompte de ce genre dans *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376. Dans cette affaire, la

agreement provided for a 19 percent rate of interest. The borrower had difficulty meeting its payment obligations, and a renewal was agreed to. That renewal agreement stipulated a 19 percent interest rate — continuing the rate applicable under the parties' initial agreement — but provided a discounted 13 percent interest rate in the event of timely payment. The Court of Appeal concluded that it was “not persuaded that the provisions of benefit by way of forgiveness for timely payment of the mortgage debt offends the statute” (p. 380). While my colleague Brown J. insists that s. 8 prohibits discounts “whenever their effect is to increase the charge on the arrears” (para. 31) and that a focus on the commercial context derogates from the “purely results-oriented focus that s. 8 expressly requires” (para. 32), he nevertheless concludes that the relieving discount in issue in *North West* did not offend s. 8.

[56] In the end, these kinds of “relieving” or “forgiving” interest rate discounts will generally make it easier for struggling mortgage debtors to meet their payment obligations. At worst, they will simply leave debtors in the same situation they found themselves in under the terms of their initial agreement. If s. 8 is interpreted as prohibiting discounts of this nature, lenders could in the future be discouraged from relieving the interest burden on struggling debtors, a disturbing irony given the purpose for which s. 8 was enacted.

[57] Moreover, my colleague's emphasis on a “purely results-oriented focus” means that borrowers in similar circumstances will benefit from a discounted interest rate regardless of the terms of their agreement or whether they pay promptly, while lenders will be deprived of the amounts a borrower had previously agreed to pay even though they have not benefited from timely payment. Concerns such as these led the courts of equity to uphold certain discounts in the 17th and 18th centuries despite the

convention hypothécaire initiale prévoyait un taux d'intérêt de 19 pour 100. L'emprunteur éprouvant de la difficulté à respecter ses obligations financières, les parties ont convenu d'un renouvellement. Cette convention de renouvellement fixait le taux d'intérêt à 19 pour 100 — reconduisant ainsi le taux stipulé dans la convention initiale intervenue entre les parties — mais prévoyait également, à titre d'escompte, la réduction du taux d'intérêt à 13 pour 100 en cas de remboursement ponctuel. La Cour d'appel a déclaré [TRADUCTION] « ne pas être persuadée que le fait d'accorder un avantage au débiteur en l'exonérant de certaines obligations en contrepartie du remboursement ponctuel de sa dette hypothécaire contrevient au texte de la loi » (p. 380). Quoique mon collègue le juge Brown insiste sur le fait que l'art. 8 prohibe les escomptes « chaque fois qu'une telle mesure a pour effet d'élever les charges sur les arrérages » (par. 31) et que le fait de s'attacher au contexte commercial déroge « à l'analyse purement axée sur les résultats que requiert expressément l'art. 8 » (par. 32), il n'en conclut pas moins que l'escompte libératoire en cause dans *North West* ne contrevient pas à l'art. 8.

[56] Ces escomptes « libératoires » ou « exonérateurs » sous forme de réductions du taux d'intérêt permettent généralement aux débiteurs hypothécaires en difficulté de s'acquitter plus facilement de leurs obligations financières. Dans le pire des cas, ils les laissent simplement dans la même situation où ils se trouvaient suivant les conditions de leur convention initiale. Interpréter l'art. 8 comme ayant pour effet de prohiber ce genre d'escomptes risque de décourager les prêteurs d'alléger le fardeau que constitue le paiement des intérêts pour des débiteurs en difficulté, une troublante ironie compte tenu de l'objectif visé par l'adoption de l'art. 8.

[57] Qui plus est, en raison de l'importance qu'attache mon collègue à une « analyse purement axée sur les résultats », les emprunteurs se trouvant dans cette situation bénéficieraient de taux d'intérêt réduits peu importe les conditions de leur convention respective ou le fait qu'ils paient ou non promptement leur dette, alors que les prêteurs seraient pour leur part privés de sommes que des emprunteurs auraient accepté auparavant de leur payer, sans avoir bénéficié pour autant d'un remboursement ponctuel.

prohibition on imposing higher charges on arrears in mortgage loans: Lord Keeper Somers in *Strode v. Parker* (1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804; Lord Keeper Wright in *Jory v. Cox* (1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77, quoted in A. C. Meredith, “A Nicety in the Law of Mortgage” (1916), 32 *L.Q.R.* 420, at pp. 421-22.

[58] The Second Renewal Agreement is the kind of “relieving” or “forgiving” discount I have discussed. As Justice Romaine found, at the end of the First Renewal Agreement, Lougheed was not in a position to repay the loan principal, which was then subject to a 25 percent interest rate (2012 ABQB 411, 550 A.R. 316). While this 25 percent rate under the First Renewal Agreement was subsequently challenged, a unanimous Court of Appeal found it to be valid and my colleague supports this conclusion. Lougheed, a sophisticated borrower, could have consented to foreclosure, but instead negotiated the Second Renewal Agreement on the chance that its situation would improve. The Equitable Trust Co. agreed to forbear enforcement and extended the term of the loan in return for interest payments at the 25 percent rate already due pursuant to the First Renewal Agreement. On the condition of consistent monthly payments and payment of the principal at maturity, Equitable agreed to give Lougheed a chance to relieve some of its interest burden. All in all, the Second Renewal Agreement provided Lougheed with a less onerous path to fulfill its payment obligations and protect its equity.

[59] For all relevant purposes, the Second Renewal Agreement is indistinguishable from the interest rate discount that was upheld in *North West*, an arrangement that my colleague accepts “does not run afoul” of s. 8 (para. 37). In that case, as here, a renewal agreement provided some relief, on the

Ce sont des préoccupations de cette nature qui ont amené les tribunaux d’équité, au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, à déclarer valides certains escomptes, même s’il était interdit d’imposer des charges plus élevées sur les arrérages de prêts hypothécaires (le Lord Keeper Somers dans *Strode c. Parker* (1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804; le Lord Keeper Wright dans *Jory c. Cox* (1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77, cité dans A. C. Meredith, « A Nicety in the Law of Mortgage » (1916), 32 *L.Q.R.* 420, p. 421-422).

[58] La Seconde convention de renouvellement est le genre d’escompte « libératoire » ou « exonérateur » dont j’ai parlé. Comme la juge Romaine a conclu, à la fin de la période visée par la Première convention de renouvellement, Lougheed n’était pas en mesure de rembourser le capital du prêt, lequel était alors assujéti à un taux d’intérêt de 25 pour 100 (2012 ABQB 411, 550 A.R. 316). Bien que ce taux convenu dans la Première convention de renouvellement ait subséquentement été contesté, la Cour d’appel l’a à l’unanimité jugé valide et cette conclusion n’est pas modifiée par mon collègue. Lougheed, un emprunteur avisé, aurait pu consentir à la forclusion, mais elle a plutôt négocié la Seconde convention de renouvellement dans l’espoir que sa situation s’améliorerait. Équitable a accepté de renoncer à l’exécution de la convention et a prolongé la durée du prêt en contrepartie d’un intérêt au taux de 25 pour 100, taux déjà prévu par la Première convention de renouvellement. À la condition que les paiements mensuels soient effectués régulièrement et que le capital soit remboursé à l’échéance, Équitable a accepté d’accorder à Lougheed la possibilité de se libérer d’une partie de son fardeau au titre des intérêts. En définitive, la Seconde convention de renouvellement fournissait à Lougheed une solution moins onéreuse pour s’acquitter de ses obligations financières et protéger son avoir propre.

[59] En pratique, la Seconde convention de renouvellement ne se distingue pas de l’escompte relatif à une réduction du taux d’intérêt dont la validité a été confirmée dans l’affaire *North West*, arrangement qui, comme l’a reconnu mon collègue, « ne contrevient pas » à l’art. 8 (par. 37). Dans cette

condition of prompt payment, from a rate of interest that had previously been payable and due. We all agree that the 25 percent interest rate that was payable and due at the time of negotiation of the Second Renewal Agreement was valid. The Second Renewal Agreement was therefore genuinely relieving. To complain of the difference between the original interest rate and the discounted rate under the Second Renewal Agreement is to disregard the fact that the interest rate had been validly increased to 25 percent during the last month of the First Renewal Agreement.

IV. Conclusion and Disposition

[60] In sum, if the Second Renewal Agreement's 25 percent interest rate is held to be invalid, Lougheed will benefit from an undeserved windfall, while Equitable will be denied the interest charges due to it under its agreement even though it has not benefited from prompt payment. Section 8 cannot be applied to produce a result that is so foreign to its original purpose of protecting struggling debtors.

[61] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, ABELLA, MOLDAVER and CÔTÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Parlee McLaws, Calgary.

Solicitors for the respondent: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

affaire, tout comme dans celle qui nous occupe, une convention de renouvellement accordait au débiteur, à la condition qu'il rembourse promptement sa dette, un certain allègement du taux d'intérêt qui était jusque-là payable et exigible. Nous reconnaissons tous que le taux d'intérêt de 25 pour 100 qui était payable et exigible au moment de la signature de la Seconde convention de renouvellement était valide. Cette convention avait donc un caractère véritablement libératoire. Se plaindre de l'écart entre le taux d'intérêt original et le taux d'intérêt réduit prévu par la Seconde convention de renouvellement équivaut à faire abstraction du fait que le taux d'intérêt avait été validement haussé à 25 pour 100 durant le dernier mois d'application de la Première convention de renouvellement.

IV. Conclusion et dispositif

[60] En somme, si le taux d'intérêt de 25 pour 100 stipulé dans la Seconde convention de renouvellement est déclaré invalide, Lougheed profitera d'un avantage qu'elle n'a pas mérité, alors qu'Équitable sera privée de paiements d'intérêt exigibles et dus suivant la convention, sans avoir bénéficié pour autant d'un prompt remboursement. L'article 8 ne peut être appliqué d'une manière qui produirait un résultat aussi éloigné de son objectif initial, à savoir la protection des débiteurs en difficulté.

[61] Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA, MOLDAVER et CÔTÉ sont dissidents.

Procureurs des appelants : Parlee McLaws, Calgary.

Procureurs de l'intimée : Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Heritage Capital Corporation *Appellant*

v.

**The Equitable Trust Company
(now continued as Equitable Bank),
Lougheed Block Inc., Neil John Richardson,
Hugh Daryl Richardson,
Heritage Property Corporation,
604 1st Street S.W. Inc. and
Krayzel Corp.** *Respondents*

**INDEXED AS: HERITAGE CAPITAL CORP. v.
EQUITABLE TRUST CO.**

2016 SCC 19

File No.: 36301.

2016: January 22; 2016: May 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Property — Real property — Sale — Right to incentive payments arising under Incentive Agreement registered by caveat on title to land — City adopting by-law designating building as municipal historical resource under Historical Resources Act — City entering into agreement with building owner providing for yearly payments over 15 years to compensate for decrease in economic value due to designation and for cost of rehabilitation work, and imposing restrictions on use of building — Agreement registered by caveat on title to land — Building sold in judicial sale — Whether incentive payments constitute positive covenant running with land either by virtue of Historical Resources Act or by virtue of agreement between City and building owner — Whether incentive payments sold as asset in judicial sale — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, s. 29.

Heritage Capital Corporation *Appelante*

c.

**L'Équitable, Compagnie de fiducie (prorogée
depuis sous le nom de Banque Équitable),
Lougheed Block Inc., Neil John Richardson,
Hugh Daryl Richardson,
Heritage Property Corporation,
604 1st Street S.W. Inc. et
Krayzel Corp.** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : HERITAGE CAPITAL CORP. c.
ÉQUITABLE, CIE DE FIDUCIE**

2016 CSC 19

N° du greffe : 36301.

2016 : 22 janvier; 2016 : 6 mai.

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

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

Biens — Biens réels — Vente — Droit à des paiements incitatifs découlant d'un contrat incitatif enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Adoption par la Ville d'un arrêté désignant un édifice ressource historique municipale en application de la Historical Resources Act — Conclusion par la Ville avec le propriétaire de l'édifice d'un contrat qui prévoit le versement sur une période de 15 ans de paiements annuels visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation et pour les frais des travaux de restauration, et qui impose certaines restrictions quant à l'utilisation de l'édifice — Contrat enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Édifice vendu lors d'une vente sous contrôle de justice — Les paiements incitatifs constituent-ils un engagement positif qui se rattache au bien-fonds soit par l'effet de la Historical Resources Act, soit en vertu du contrat entre la Ville et le propriétaire de l'édifice? — Les paiements incitatifs faisaient-ils partie des éléments d'actif vendus lors de la vente sous contrôle de justice? — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, art. 29.

Personal property security — City entering into agreement with building owner providing for incentive payments to compensate for decrease in economic value due to historic resource designation and for cost of rehabilitation work — Building owner assigning right to incentive payments to two successive lenders as security for loans — Building sold in judicial sale — First lender assigning interest in payments to purchaser after closing of sale — Whether priority of interests in payments governed by Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7.

Lougheed Block Inc. (“Lougheed”) was the owner of the Lougheed Building, located in downtown Calgary, when it was designated a “Municipal Historical Resource” under the *Historical Resources Act* (“HRA”) in 2004. In order to compensate Lougheed for any decrease in economic value due to the designation and for expenses incurred in carrying out rehabilitation work to the building, the City of Calgary agreed to pay Lougheed \$3.4 million in 15 annual installments (“Incentive Payments”). The agreement (“Incentive Agreement”) between Lougheed and the City, which also imposed certain restrictions on the owner of the building in respect of its use, was registered by caveat on title to the land.

In November 2006, Lougheed borrowed money from Equitable Trust. The loan was secured by, among other things, the assignment of the Incentive Agreement. In May 2007, Lougheed obtained additional financing from Heritage Capital Corporation and also assigned to it, as security for the loan, its right to the Incentive Payments. In May 2009, Lougheed defaulted on Equitable Trust’s loan. The latter then commenced an action to enforce some of its security. As a consequence, the Lougheed Building was advertised for judicial sale. The parent company of 604 1st Street S.W. Inc. (“604”) presented an offer (“604 Offer”), which was accepted in July 2010.

Shortly before the sale’s closing date, Lougheed applied to a master of the Court of Queen’s Bench for a declaration that the Incentive Payments were not an interest in land and were not included in the assets being sold to 604 in the judicial sale. The master issued the requested declaration. On appeal by 604, a chambers judge of the same court upheld the master’s declaration, finding

Sûretés mobilières — Conclusion par la Ville avec le propriétaire d’un édifice d’un contrat qui prévoit le versement de paiements incitatifs visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l’édifice en raison de sa désignation comme ressource historique et pour les frais des travaux de restauration — Cession par le propriétaire de l’édifice à deux prêteurs successifs du droit aux paiements incitatifs en guise de garantie des prêts — Édifice vendu lors d’une vente sous contrôle de justice — Cession par le premier prêteur d’un intérêt sur les paiements à l’acheteur après la clôture de la vente — L’ordre de priorité quant aux paiements est-il régi par la Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7?

Lougheed Block Inc. (« Lougheed ») était le propriétaire de l’édifice appelé « Lougheed Building » (l’« Édifice »), situé au centre-ville de Calgary, au moment où celui-ci a été désigné « ressource historique municipale » en vertu de la *Historical Resources Act* (« HRA ») en 2004. Afin d’indemniser Lougheed pour toute diminution de la valeur économique de l’Édifice en raison de sa désignation et pour des dépenses engagées afin de réaliser les travaux de restauration de l’Édifice, la Ville de Calgary (la « Ville ») a accepté de payer à Lougheed la somme de 3,4 M\$ répartie en 15 versements annuels (« Paiements incitatifs »). Le contrat (« Contrat incitatif ») intervenu entre Lougheed et la Ville, qui imposait également au propriétaire de l’Édifice certaines restrictions quant à l’utilisation de celui-ci, a été enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds.

En novembre 2006, Lougheed a emprunté des fonds à L’Équitable, Compagnie de fiducie (« Équitable »). Le prêt a été garanti notamment par la cession du Contrat incitatif. En mai 2007, Lougheed a obtenu du financement additionnel d’Heritage Capital Corporation et lui a cédé à elle aussi, en guise de garantie du prêt, son droit aux Paiements incitatifs. Lougheed a fait défaut de rembourser le prêt consenti par Équitable en mai 2009. Cette dernière a alors intenté une action visant l’exécution d’une partie de sa garantie. Par suite de cette action, l’Édifice a été mis en vente sous contrôle de justice. La société mère de 604 1st Street S.W. Inc. (« 604 ») a présenté une offre (l’« Offre de 604 ») qui a été acceptée en juillet 2010.

Peu avant la date de clôture de la vente, Lougheed a demandé à un protonotaire de la Cour du Banc de la Reine de rendre une décision déclarant que les Paiements incitatifs ne constituaient pas un intérêt foncier et ne faisaient pas partie des éléments d’actif vendus à 604 lors de la vente sous contrôle de justice. Le protonotaire a rendu la décision déclaratoire demandée. 604 a interjeté

that s. 29(3) of the *HRA* did not operate such that the Incentive Payments could run with the land as a positive covenant. On further appeal by 604, the majority of the Court of Appeal allowed the appeal, holding that the *HRA* creates *sui generis* covenants that displace the common law rule that positive covenants do not run with the land.

Held: The appeal should be allowed.

Correctness is the appropriate standard for reviewing the chambers judge's interpretation of the common law, as well as of the *HRA* given that statutory interpretation is a question of law. The palpable and overriding error standard applies to the chambers judge's interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer, since contractual interpretation is a question of mixed fact and law.

Section 29 of the *HRA* does not completely displace the common law rule that positive covenants do not run with the land. Rather, s. 29 limits the positive covenants that may run with the land to those that are in favour of the person or organizations listed at s. 29(1), namely: the Minister; the council of the municipality in which the land is located; the Alberta Historical Resources Foundation; or an historical organization that is approved by the Minister. It does not permit positive covenants in favour of an entity not listed in s. 29(1) to run with the land. An application of the relevant principles of statutory interpretation leads to the conclusion that the exception to the common law rule provided for in s. 29 of the *HRA* should be limited by the precise language of the provision and the underlying purpose of the *HRA*. Had the legislature intended to completely displace the common law rules regarding positive covenants and create *sui generis* covenants and conditions that are enforceable by both the City and the landowner, it would have said so expressly. Section 29 is intended to permit governments and public interest bodies that have no interest in the land or building to enforce covenants and conditions that are in their favour. The chambers judge properly interpreted the *HRA*.

In the case at bar, the right to the Incentive Payments did not become an interest that runs with the land by virtue of the *HRA*. Although the City falls under the

appel et un juge en cabinet du même tribunal a confirmé la décision déclaratoire du protonotaire, estimant que le par. 29(3) de la *HRA* n'avait pas pour effet de permettre le rattachement des Paiements incitatifs au bien-fonds en tant qu'engagement positif. Au terme d'un appel formé subséquent par 604, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel, statuant que la *HRA* crée des engagements *sui generis* qui écartent la règle de common law selon laquelle des engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La décision correcte est la norme applicable pour examiner l'interprétation par le juge en cabinet de la common law, ainsi que de la *HRA* étant donné que l'interprétation d'une loi est une question de droit. C'est la norme de l'erreur manifeste et déterminante qui s'applique à l'interprétation par le juge en cabinet du Contrat incitatif et de l'Offre de 604, car l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

L'article 29 de la *HRA* n'écarte pas complètement la règle de common law selon laquelle des engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds. L'article 29 limite plutôt les engagements positifs susceptibles de rattachement au bien-fonds aux seuls engagements de cette nature énoncés en faveur de la personne ou des organisations mentionnées au par. 29(1), à savoir : le ministre, le conseil de la municipalité dans laquelle se trouve le bien-fonds, l'Alberta Historical Resources Foundation ou encore une organisation de conservation du patrimoine agréée par le ministre. Il n'autorise pas le rattachement au bien-fonds d'engagements positifs énoncés en faveur d'une entité qui n'est pas énumérée au par. 29(1). L'application des principes d'interprétation des lois pertinents mène à la conclusion que la portée de l'exception établie à l'art. 29 de la *HRA* à l'égard de la règle de common law doit être limitée par le langage exprès utilisé dans la disposition et par l'objet qui sous-tend la *HRA*. Si le législateur avait voulu écartier complètement les règles de common law relatives aux engagements positifs et créer des conditions et engagements *sui generis* dont l'exécution peut être demandée tant par la Ville que par le propriétaire foncier, il l'aurait dit en termes exprès. L'article 29 vise à permettre aux gouvernements ou entités à caractère public qui ne possèdent aucun intérêt dans le bien-fonds ou l'immeuble concerné de demander l'exécution des conditions et engagements énoncés en leur faveur. Le juge en cabinet a bien interprété la *HRA*.

Dans la présente affaire, le droit aux Paiements incitatifs n'est pas devenu un intérêt rattaché au bien-fonds par l'effet de la *HRA*. Bien que la Ville fasse partie des

organizations listed in s. 29(1), the covenant to pay the Incentive Payments is not in its favour. Therefore, the Incentive Payments do not run with the land under the *HRA*. Furthermore, the Incentive Agreement itself does not reveal an intention that the Incentive Payments would run with the land. Nothing in the Incentive Agreement indicates that the parties to the agreement intended the payments to go to a future owner; rather, a reasonable interpretation of the agreement is that all the Incentive Payments were intended to go to Lougheed. Therefore, even if the common law rule could be circumvented in the case at bar, 604's claim to the payments would still fail. There is no basis on which to disturb the chambers judge's findings with respect to the contractual interpretation of the Incentive Agreement.

The Incentive Payments were not sold in the judicial sale of the Lougheed Building to 604. The chambers judge's conclusion to that effect is well supported by the evidence, and he did not make a palpable and overriding error in his interpretation of the 604 Offer. There was no indication, express or otherwise, in any of the documents related to the sale that the court intended to sell, or 604 intended to buy, the Incentive Payments.

The Incentive Payments were assigned as security and the order of priorities is therefore governed by the *Personal Property Security Act* ("PPSA"). As set out in s. 3(1)(a), the *PPSA* applies to every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral. The Incentive Payments are a chose in action, as the right to the payments is merely contractual and is not an interest that runs with the land or that is ancillary to the real property. Therefore, any interests in the payments are not exempt from the *PPSA*. If the parties disagree about the order of priorities under the *PPSA*, this issue alone should be remitted to a master to be decided.

Cases Cited

Referred to: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Austerberry v. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750; *Rhone v. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310; *Amberwood Investments Ltd. v. Durham Condominium Corp. No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481; *Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.*,

organisations mentionnées au par. 29(1), l'engagement de verser les Paiements incitatifs n'a pas été souscrit en sa faveur. Par conséquent, les Paiements incitatifs ne se rattachent pas au bien-fonds au sens de la *HRA*. De plus, aucune intention de rattacher les Paiements incitatifs au bien-fonds ne ressort du Contrat incitatif lui-même. Le Contrat incitatif ne confirme d'aucune manière que les parties à ce contrat entendaient que les paiements puissent être versés à un futur propriétaire. Au contraire, une façon raisonnable d'interpréter le contrat consiste plutôt à considérer que tous les Paiements incitatifs étaient censés être versés à Lougheed. Par conséquent, même s'il était possible d'éviter l'application de la règle de common law en l'espèce, la demande de 604 visant les paiements devrait néanmoins être rejetée. Il n'y a aucune raison de modifier les conclusions du juge en cabinet relativement à l'interprétation du Contrat incitatif.

Les Paiements incitatifs n'ont pas été inclus dans la vente sous contrôle de justice de l'Édifice à 604. La conclusion du juge en cabinet à ce sujet est amplement étayée par la preuve et il n'a commis aucune erreur manifeste et déterminante dans son interprétation de l'Offre de 604. Aucun des documents relatifs à la vente n'indique, expressément ou autrement, que les Paiements incitatifs font partie de la vente, ou que 604 entendait les acheter.

Les Paiements incitatifs ont été cédés à titre de garantie et l'ordre de priorité est en conséquence régi par la *Personal Property Security Act* (« PPSA »). Comme l'indique l'al. 3(1)(a), la *PPSA* s'applique à toute opération qui crée essentiellement une sûreté, indépendamment de sa forme et de l'identité de la personne qui possède le titre relatif au bien grevé. Les Paiements incitatifs sont une chose non possessoire, car le droit aux paiements a simplement un caractère contractuel et n'est pas un intérêt rattaché au bien-fonds ou accessoire à l'immeuble. En conséquence, aucune cession relative à ces paiements n'échappe à l'application de la *PPSA*. Si les parties ne s'entendent pas sur l'ordre de priorité régi par la *PPSA*, cette seule question devrait être renvoyée à un protonotaire pour décision.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Austerberry c. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750; *Rhone c. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310; *Amberwood Investments Ltd. c. Durham Condominium Corp. No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481; *Westbank Holdings Ltd. c.*

2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Krayzel Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 18, [2016] 1 S.C.R. 273.

Statutes and Regulations Cited

Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, ss. 1(e) “historic resource”, 2, 26, 28, 29.
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7, ss. 3(1)(a), 4(f), (g).

Authors Cited

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
 Di Castri, Victor. *Registration of Title to Land*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1987 (loose-leaf updated 2010, release 6).
 Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
Halsbury’s Laws of England, vol. 36, 3rd ed. London: Butterworth & Co., 1961.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (O’Brien, Slatter and Wakeling JJ.A.), 2014 ABCA 427, 588 A.R. 258, 7 Alta. L.R. (6th) 285, 3 P.P.S.A.C. (4th) 69, 49 R.P.R. (5th) 19, 626 W.A.C. 258, [2015] 3 W.W.R. 139, [2014] A.J. No. 1397 (QL), 2014 CarswellAlta 2280 (WL Can.), setting aside a decision of Jeffrey J., 2013 ABQB 209, 550 A.R. 337, 77 Alta. L.R. (5th) 276, 1 P.P.S.A.C. (4th) 38, 31 R.P.R. (5th) 253, [2013] A.J. No. 362 (QL), 2013 CarswellAlta 457 (WL Can.), which affirmed a decision of Master Laycock, 2011 ABQB 269, 512 A.R. 200, 52 Alta. L.R. (5th) 414, [2011] A.J. No. 463 (QL), 2011 CarswellAlta 682 (WL Can.). Appeal allowed.

Jeffrey E. Sharpe and Paul G. Chiswell, for the appellant.

Westgate Shopping Centre Ltd., 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3; *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Krayzel Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 18, [2016] 1 R.C.S. 273.

Lois et règlements cités

Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, art. 1(e) « historic resource », 2, 26, 28, 29.
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7, art. 3(1)(a), 4(f), (g).

Doctrine et autres documents cités

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et de Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.
 Di Castri, Victor. *Registration of Title to Land*, vol. 1, Toronto, Carswell, 1987 (loose-leaf updated 2010, release 6).
 Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.
Halsbury’s Laws of England, vol. 36, 3rd ed., London, Butterworth & Co., 1961.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges O’Brien, Slatter et Wakeling), 2014 ABCA 427, 588 A.R. 258, 7 Alta. L.R. (6th) 285, 3 P.P.S.A.C. (4th) 69, 49 R.P.R. (5th) 19, 626 W.A.C. 258, [2015] 3 W.W.R. 139, [2014] A.J. No. 1397 (QL), 2014 CarswellAlta 2280 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Jeffrey, 2013 ABQB 209, 550 A.R. 337, 77 Alta. L.R. (5th) 276, 1 P.P.S.A.C. (4th) 38, 31 R.P.R. (5th) 253, [2013] A.J. No. 362 (QL), 2013 CarswellAlta 457 (WL Can.), laquelle avait confirmé une décision du protonotaire Laycock, 2011 ABQB 269, 512 A.R. 200, 52 Alta. L.R. (5th) 414, [2011] A.J. No. 463 (QL), 2011 CarswellAlta 682 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Jeffrey E. Sharpe et Paul G. Chiswell, pour l’appelante.

No one appeared for the respondent The Equitable Trust Company.

Toby D. Schultz, for the respondents the Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson and the Heritage Property Corporation.

Derrick S. Pagenkopf and *Peter Morrison*, for the respondent 604 1st Street S.W. Inc.

No one appeared for the respondent Krayzel Corp.

The judgment of the Court was delivered by

GASCON AND CÔTÉ JJ. —

I. Overview

[1] At the centre of this appeal is the Lougheed Building in downtown Calgary, which was designated a “Municipal Historic Resource” under the *Historical Resources Act*, R.S.A. 2000, c. H-9 (“HRA”). The owner at the time of the designation, Lougheed Block Inc. (“LBI”), agreed to rehabilitate the building and adhere to certain restrictions on its use in exchange for 15 yearly payments (“Incentive Payments”) from the City of Calgary (“City”) totalling \$3.4 million. The purpose of the Incentive Payments, owed under the “Lougheed Building Rehabilitation Incentive Agreement” (“Incentive Agreement”), was to compensate LBI for the restoration and for any decrease in economic value due to the historic resource designation. That agreement was registered by caveat on title to the land pursuant to the HRA.

[2] This appeal involves a dispute between one of LBI’s creditors, Heritage Capital Corporation (“Heritage”), and the present owner of the Lougheed Building, 604 1st Street S.W. Inc. (“604”), both of which claim a right to the Incentive Payments. At issue is whether the Incentive Payments constitute a positive covenant running with the land by virtue of

Personne n’a comparu pour l’intimée L’Équitable, Compagnie de fiducie.

Toby D. Schultz, pour les intimés Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson et Heritage Property Corporation.

Derrick S. Pagenkopf et *Peter Morrison*, pour l’intimée 604 1st Street S.W. Inc.

Personne n’a comparu pour l’intimée Krayzel Corp.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES GASCON ET CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] L’édifice appelé « Lougheed Building » (l’« Édifice »), situé au centre-ville de Calgary, est au cœur du présent pourvoi. Il a été désigné [TRA-DUCTION] « ressource historique municipale » en application de la *Historical Resources Act*, R.S.A. 2000, c. H-9 (« HRA »). Le propriétaire au moment de la désignation, Lougheed Block Inc. (« LBI »), a accepté de le restaurer et de respecter certaines restrictions quant à son utilisation moyennant 15 paiements annuels (« Paiements incitatifs ») totalisant 3,4 millions de dollars par la Ville de Calgary (« Ville »). Les Paiements incitatifs, dus aux termes du « Lougheed Building Rehabilitation Incentive Agreement » (« Contrat incitatif »), visaient à indemniser LBI pour les frais de restauration et pour toute diminution de la valeur économique de l’Édifice en raison de sa désignation comme ressource historique. Ce contrat a été enregistré par voie de caveat (mise en garde) sur le titre du bien-fonds conformément à la HRA.

[2] Le présent pourvoi porte sur un différend entre l’une des créancières de LBI, Heritage Capital Corporation (« Heritage »), et la propriétaire actuelle de l’Édifice, 604 1st Street S.W. Inc. (« 604 »), qui prétendent toutes deux avoir droit aux Paiements incitatifs. Il s’agit de décider si ces paiements constituent un engagement positif (engagement de faire) se

the *HRA*, whether they were sold in the judicial sale of the Lougheed Building, and what the present-day effect is of a number of agreements assigning an interest in the Incentive Payments.

[3] The master in chambers and the chambers judge both found that the Incentive Payments did not run with the land by operation of the *HRA* and that they had not been sold to 604 in the judicial sale. They declined to decide the issue of priority. The majority of the Court of Appeal disagreed, finding that the *HRA* creates *sui generis* covenants that displace the common law rule that positive covenants do not run with the land. They accordingly held that the Incentive Payments ran with the land. O'Brien J.A., dissenting, would have adopted the chambers judge's interpretation of the *HRA*.

[4] We would allow the appeal. Even though, at s. 29(3), the *HRA* provides that a condition or covenant relating to the preservation or restoration of any land or building that is registered on title under s. 29(2) runs with the land and can be enforced whether it is positive or negative, we conclude that the only covenants that run with the land under the *HRA* are those that are in favour of the person or organizations listed in s. 29(1). In the instant case, although the City falls under the listed organizations, the covenant to pay the Incentive Payments is not in its favour. Therefore, the Incentive Payments do not run with the land under the *HRA*. In any event, the Incentive Agreement between LBI and the City shows no intention for the Incentive Payments to run with the land.

[5] We further conclude that the Incentive Payments were not sold in the judicial sale of the Lougheed Building. There was no indication, express or otherwise, in any of the documents related to the sale that the court intended to sell, or 604 intended

rattachant au bien-fonds par application de la *HRA*, s'ils ont été inclus dans la vente sous contrôle de justice de l'Édifce et quel est l'effet actuel d'un certain nombre de contrats de cession d'un intérêt sur les Paiements incitatifs.

[3] Le protonotaire en chambre et le juge en cabinet ont tous deux conclu que les Paiements incitatifs ne se rattachaient pas au bien-fonds par l'effet de la *HRA* et qu'ils n'ont pas été vendus à 604 lors de la vente sous contrôle de justice. Le protonotaire et le juge ont refusé de statuer sur la question de la priorité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas souscrit à ces conclusions, estimant que la *HRA* crée des engagements *sui generis* qui écartent la règle de common law selon laquelle des engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds. Ils ont en conséquence jugé que les Paiements incitatifs se rattachaient au bien-fonds. Le juge O'Brien, dissident, aurait fait sienne l'interprétation qu'a adoptée le juge en cabinet de la *HRA*.

[4] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Même si le par. 29(3) de la *HRA* prévoit qu'une condition ou un engagement lié à la préservation ou à la restauration d'un bien-fonds ou d'un immeuble et enregistré sur le titre en application du par. 29(2) se rattache au bien-fonds et est susceptible d'exécution, que cette condition ou cet engagement soit de nature positive ou négative, nous concluons que les seuls engagements se rattachant au bien-fonds qui sont visés par la *HRA* sont ceux énoncés en faveur de la personne ou des organisations mentionnées au par. 29(1). En l'espèce, bien que la Ville fasse partie des organisations mentionnées, l'engagement de verser les Paiements incitatifs n'a pas été souscrit en sa faveur. Par conséquent, les Paiements incitatifs ne se rattachent pas au bien-fonds au sens de la *HRA*. Par ailleurs, le Contrat incitatif intervenu entre LBI et la Ville n'indique d'aucune façon que celles-ci avaient l'intention que les Paiements incitatifs se rattachent au bien-fonds.

[5] Nous concluons aussi que les Paiements incitatifs n'ont pas été inclus dans la vente sous contrôle de justice de l'Édifce. Aucun des documents relatifs à la vente n'indique, expressément ou autrement, que les Paiements incitatifs font partie de la vente,

to buy, the Incentive Payments. Granting the payments to 604 as the current owner would create an undeserved windfall and would have no commercial rationale. Lastly, we find that the Incentive Payments were assigned as security and that the order of priorities is therefore governed by the *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, c. P-7 (“PPSA”). To the extent that the parties disagree about the effect of the PPSA, we would remit the matter to a master in chambers for determination on the priority issue alone.

II. Facts

[6] LBI acquired the Loughheed Building in 2003. It owned the building at the time it was designated a “Municipal Historic Resource” under s. 26 of the HRA in a bylaw passed by the City in 2004. Following the designation, LBI and the City entered into the Incentive Agreement in 2006. It provided that LBI would carry out rehabilitation work on the building and that, upon completion of the work, the City would begin paying LBI \$3.4 million in Incentive Payments, in 15 annual instalments. The purpose of the Incentive Payments was twofold: to satisfy, pursuant to s. 28 of the HRA, all of LBI’s rights to compensation from the City for the loss of economic value sustained as a result of the passage of the designating bylaw and to compensate LBI for expenses incurred in carrying out the rehabilitation work. This work was required to repair the building and restore it to its original appearance of 1912. LBI completed the rehabilitation work in 2007 and started receiving the Incentive Payments shortly thereafter.

[7] The Incentive Agreement also imposed certain restrictions on the owner of the Loughheed Building, namely:

8.4 The Building and Land shall be used for commercial purposes and no other purpose until all Yearly Installments have been paid pursuant to this Agreement.

ou que 604 entendait les acheter. Accorder ces Paiements à 604 en sa qualité de propriétaire actuelle lui procurerait un avantage auquel elle n’a pas droit et n’aurait aucune logique sur le plan commercial. Enfin, nous estimons que les Paiements incitatifs ont été cédés à titre de garantie et que l’ordre de priorité est en conséquence régi par la *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, c. P-7 (« PPSA »). Dans la mesure où les parties ne s’entendent pas sur l’effet de la PPSA, nous sommes d’avis de renvoyer l’affaire à un protonotaire en chambre à la seule fin de trancher la question de la priorité.

II. Faits

[6] LBI a acquis l’Édifce en 2003. Elle en était la propriétaire au moment où il a été désigné « ressource historique municipale » en vertu de l’art. 26 de la HRA au moyen d’un arrêté adopté par la Ville en 2004. Après la désignation, LBI et la Ville ont conclu en 2006 le Contrat incitatif. Ce contrat prévoyait que LBI procéderait à des travaux de restauration de l’immeuble et qu’une fois les travaux achevés, la Ville commencerait à lui verser, au titre des Paiements incitatifs, la somme de 3,4 M\$ répartie en 15 versements annuels. Ces paiements visaient un double objectif : satisfaire, en conformité avec l’art. 28 de la HRA, l’ensemble des droits de LBI d’être indemnisée par la Ville pour toute perte de valeur économique résultant de l’arrêté municipal de désignation et pour des dépenses engagées afin de réaliser les travaux de restauration. Ces travaux étaient nécessaires pour réparer l’Édifce et le restaurer afin de lui redonner l’apparence qu’il avait à l’origine, en 1912. LBI a terminé les travaux de restauration en 2007 et a commencé à recevoir les Paiements incitatifs peu de temps après.

[7] Le Contrat incitatif imposait également à la propriétaire de l’Édifce certaines restrictions :

[TRADUCTION]

8.4 L’immeuble et le bien-fonds doivent être utilisés exclusivement à des fins commerciales jusqu’à ce que tous les versements annuels aient été effectués conformément au présent contrat.

8.5 The Owner shall use its best efforts to ensure that performance space is maintained within that portion of the Building that is currently referred to as the Grand Theatre.

[8] As was stipulated in clause 8.3, the Incentive Agreement was registered by caveat on title to the land. The entire agreement was attached to the caveat as a schedule.

[9] In November 2006, LBI borrowed money from The Equitable Trust Company, since continued as the Equitable Bank (“Equitable”). The loan was secured by a mortgage, a general security agreement, and assignments of a range of agreements, including the Incentive Agreement (collectively the “Equitable Assignment”). Equitable filed a financing statement at the Personal Property Registry at that time. In May 2007, LBI obtained additional financing from Heritage, and also assigned its right to the Incentive Payments to Heritage as security for the loan (the “Heritage Assignment”). In May 2009, LBI defaulted on the Equitable loan, and in June 2009, Equitable commenced an action to enforce some of its security. The Lougheed Building was advertised for judicial sale in March 2010. In June 2010, 604’s parent company presented an offer to buy the property (the “604 Offer”), which was accepted in July 2010 by means of an “Order Confirming Sale” issued by the Court of Queen’s Bench.

[10] Towards the end of August 2010, shortly before the sale’s closing date, LBI applied to a master in chambers for a declaration that the Incentive Payments were not an interest in land and were not included in the assets being sold to 604. After hearing the parties’ submissions, the master adjourned the application without deciding the issue, on the condition that the transaction would close as scheduled on September 1, 2010, without prejudice to the parties’ rights on the issue of entitlement to the Incentive Payments. After the closing, Equitable executed a specific assignment of its interest in the Incentive Agreement to 604 (the “604 Assignment”). The Heritage Assignment was only registered at the Personal Property Registry in October 2010. There is no evidence on the record in this

8.5 La propriétaire doit mettre tout en œuvre pour assurer la préservation de la salle de spectacle dans la partie de l’immeuble appelée présentement Grand Theatre.

[8] Comme le prévoyait la clause 8.3, le Contrat incitatif a été enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds. Le Contrat complet a été joint en annexe au caveat.

[9] En novembre 2006, LBI a emprunté des fonds à L’Équitable, Compagnie de fiducie, prorogée depuis sous le nom de Banque Équitable (« Équitable »). Le prêt a été garanti par une hypothèque, un contrat général de sûreté et la cession de divers contrats, y compris le Contrat incitatif (collectivement appelés la « Cession en faveur d’Équitable »). Équitable a alors déposé un état financier au bureau d’enregistrement des sûretés mobilières. En mai 2007, LBI a obtenu du financement additionnel d’Heritage et lui a cédé son droit aux Paiements incitatifs en guise de garantie du prêt (la « Cession en faveur d’Heritage »). LBI ayant fait défaut de rembourser le prêt consenti par Équitable en mai 2009, cette dernière a intenté une action visant l’exécution d’une partie de sa garantie en juin 2009. L’Édifice a été mis en vente sous contrôle de justice en mars 2010. En juin 2010, la société mère de 604 a présenté une offre d’achat (l’« Offre de 604 ») qui a été acceptée en juillet 2010 par le biais d’une [TRADUCTION] « Ordonnance de confirmation de la vente » rendue par la Cour du Banc de la Reine.

[10] Vers la fin d’août 2010, peu avant la date de clôture de la vente, LBI a demandé à un notaire en chambre de rendre une décision déclarant que les Paiements incitatifs ne constituaient pas un intérêt foncier et ne faisaient pas partie des éléments d’actif vendus à 604. Après avoir entendu les plaidoiries des parties, le notaire a ajourné la séance sans trancher la question litigieuse, à la condition que la vente soit conclue comme prévu le 1^{er} septembre 2010, sans préjudice aux droits des parties relativement aux Paiements incitatifs. Après la clôture de la vente, Équitable a signé en faveur de 604 un contrat de cession spécifique de son intérêt dans le Contrat incitatif (la « Cession en faveur de 604 »). La Cession en faveur d’Heritage a seulement été enregistrée au bureau d’enregistrement des sûretés mobilières

Court that the 604 Assignment was registered at the Personal Property Registry before the Heritage Assignment.

[11] It is undisputed that 604, as the owner of the Loughheed Building, is subject to the covenants in favour of the City set out in clauses 8.4 and 8.5 of the Incentive Agreement, which restrict the building's use. In 604's submission, as a result of the registration of the entire Incentive Agreement on title pursuant to s. 29 of the *HRA*, the Incentive Payments also constitute a positive covenant running with the land to which 604 is entitled as the new owner of the Loughheed Building. In the alternative, 604 submits that the Incentive Payments were among the assets sold in the judicial sale.

[12] Heritage is supported by LBI in its argument that the *HRA* does not allow the Incentive Payments to run with the land, that the right to the Incentive Payments is merely contractual and that the parties to the Incentive Agreement never intended these payments to run with the land. It also submits that the Incentive Payments were not sold as an asset in the judicial sale. Therefore, Heritage argues that as a creditor to LBI, it was assigned the Incentive Payments as security, and that it has priority with respect to these payments because its security was registered under the *PPSA* first.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2011 ABQB 269, 512 A.R. 200*

[13] Master Laycock granted the order sought by LBI, declaring that the Incentive Payments were not an interest in land. In his view, the scheme of the *HRA* required the City to compensate the owner of the property at the time the land or building was designated a historic resource. He concluded that the parties to the Incentive Agreement had intended

en octobre 2010. Il n'y a au dossier dont dispose notre Cour aucun élément de preuve indiquant que la Cession en faveur de 604 a été enregistrée au bureau d'enregistrement des sûretés mobilières avant la Cession en faveur d'Heritage.

[11] Personne ne conteste qu'à titre de propriétaire de l'Édifice, 604 est assujettie aux engagements stipulés en faveur de la Ville aux clauses 8.4 et 8.5 du Contrat incitatif restreignant l'utilisation qui peut être faite de l'immeuble. 604 prétend que, par suite de l'enregistrement du Contrat incitatif complet sur le titre conformément à l'art. 29 de la *HRA*, les Paiements incitatifs constituent eux aussi un engagement positif qui se rattache au bien-fonds et au bénéfice duquel a droit 604 en qualité de nouvelle propriétaire de l'Édifice. Subsidiairement, 604 soutient que les Paiements incitatifs faisaient partie des éléments d'actif visés par la vente sous contrôle de justice.

[12] Heritage prétend, avec l'appui de LBI, que la *HRA* ne permet pas le rattachement des Paiements incitatifs au bien-fonds, que le droit à ces paiements est simplement de nature contractuelle et que l'intention des parties au Contrat incitatif n'a jamais été que ces paiements soient rattachés au bien-fonds. Toujours selon Heritage, les Paiements incitatifs ne faisaient pas partie des éléments d'actif vendus lors de la vente sous contrôle de justice. En conséquence, elle fait valoir qu'en qualité de créancière de LBI, ces paiements lui ont été cédés à titre de garantie et qu'elle a priorité à leur égard étant donné que c'est sa sûreté qui a été enregistrée la première en vertu de la *PPSA*.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2011 ABQB 269, 512 A.R. 200*

[13] Le protonotaire Laycock a rendu l'ordonnance demandée par LBI et déclaré que les Paiements incitatifs ne constituaient pas un intérêt foncier. À son avis, suivant le régime établi par la *HRA*, la Ville était tenue d'indemniser la propriétaire des lieux au moment où le bien-fonds ou l'immeuble ont été désignés ressource historique. Il a conclu que

the Incentive Payments to be a purely contractual benefit that was to be bestowed on LBI. He further declared that the Incentive Payments had not been sold to 604 as an asset in the judicial sale. He found that neither Equitable's statement of claim nor the order for sale of the Lougheed Building nor the judicial sale listing indicated that the court intended to include the payments in the judicial sale.

[14] The master further noted that there was no mention of the Incentive Payments in the 604 Offer or in the court's acceptance of the offer. Equitable's statement of claim referred to its general security agreement, which included personal property "located at or used in connection with the property", but he was of the view that the Incentive Payments did not fall within that description of the property. With respect to the 604 Assignment, which had been executed after the sale of the Lougheed Building, the master held that because the Incentive Payments were only collateral for the debt and the debt had not been transferred, the transfer of the interest in the Incentive Payments was ineffective.

B. *Alberta Court of Queen's Bench, 2013 ABQB 209, 550 A.R. 337*

[15] The chambers judge, Jeffrey J., dismissed 604's appeal of the master's order, declaring that LBI had been entitled to receive the Incentive Payments as at August 30, 2010. He found that s. 29(3) of the *HRA* did not operate such that the Incentive Payments could run with the land as a positive covenant, given that only covenants in favour of the City can run with the land under that provision. Jeffrey J. agreed with the master's conclusion that the scheme of the *HRA* is to require the City to compensate the owner of property at the time of a designation under s. 26. In his view, the conclusion that the City's covenant to pay did not run with the land was consistent with the apparent intention of the parties to the Incentive Agreement. Regarding the judicial sale, he found that if the right to receive the Incentive Payments were an asset included in the sale, the 604 Offer would have expressly referred to it.

les parties au Contrat incitatif avaient l'intention que les Paiements incitatifs constituent un avantage purement contractuel réservé à LBI. Il a aussi déclaré que ces paiements ne faisaient pas partie des éléments d'actif vendus à 604 lors de la vente sous contrôle de justice. Il a conclu que ni la déclaration d'Équitable, ni l'ordonnance de vente de l'Édifice, ni l'avis de vente sous contrôle de justice n'indiquaient que le tribunal entendait que les paiements soient inclus dans cette vente.

[14] Le protonotaire a ajouté qu'il n'a aucunement été fait mention des Paiements incitatifs dans l'Offre de 604 ou dans l'acceptation de cette offre. Dans sa déclaration, Équitable se réfère à son contrat général de sûreté, qui incluait les biens meubles [TRANSDUCTION] « se trouvant sur la propriété ou utilisés à l'égard de celle-ci », mais de l'avis du protonotaire les Paiements incitatifs n'étaient pas inclus dans cette description de la propriété. En ce qui concerne la Cession en faveur de 604, qui a été conclue après la vente de l'Édifice, le protonotaire a jugé que, comme les Paiements incitatifs n'étaient qu'accessoires à la créance et que celle-ci n'avait pas été transférée, le transfert de l'intérêt sur les Paiements incitatifs était inopérant.

B. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2013 ABQB 209, 550 A.R. 337*

[15] Le juge en cabinet, le juge Jeffrey, a rejeté l'appel formé par 604 contre l'ordonnance du protonotaire, déclarant que c'est LBI qui, au 30 août 2010, avait droit aux Paiements incitatifs. Selon lui, le par. 29(3) de la *HRA* n'avait pas pour effet de permettre le rattachement de ces paiements au bien-fonds en tant qu'engagement positif, puisque seuls les engagements énoncés en faveur de la Ville peuvent se rattacher au bien-fonds suivant cette disposition. Le juge Jeffrey a souscrit à la conclusion du protonotaire selon laquelle, conformément au régime instauré par la *HRA*, la Ville doit indemniser le propriétaire du bien au moment d'une désignation faite en vertu de l'art. 26. De l'avis du juge Jeffrey, la conclusion que l'engagement de payer pris par la Ville ne se rattachait pas au bien-fonds concordait avec l'intention évidente des parties au Contrat incitatif. Quant à la vente sous contrôle de justice, il

He declined to decide the issue with respect to the *PPSA* priorities, finding that because the 604 Assignment had been executed after August 30, 2010, it was beyond the scope of the issues properly before him.

C. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 427, 588 A.R. 258*

(1) Majority (Slatter and Wakeling JJ.A.)

[16] The majority held that the proper standard for reviewing the chambers judge's interpretation of the *HRA*, the Incentive Agreement and the 604 Offer was correctness. They found that the *HRA* creates a *sui generis* historic resource covenant that runs fully with the land. In their view, s. 29 should be read as setting aside all common law restrictions that prohibit positive covenants from running with the land and should not be interpreted as allowing only positive covenants in favour of the City. The majority also found that the Incentive Agreement could not be severed such that the portions of it relating directly to the building could run with the land but the portions relating to the payments could not.

[17] The majority concluded that the omission of a specific reference to the Incentive Agreement in Equitable's statement of claim should not be taken to imply that it had decided to forego a portion of its security. They noted that the receivership order issued by the court on consent included the Incentive Agreement. In their view, 604 had clearly agreed to take on the burdens of the Incentive Agreement — it had taken title subject to the caveat protecting the historic resource covenants — and nothing in the Incentive Agreement suggested that the payments could or would be separated from the obligations under the agreement. Therefore, the majority found that the payments were clearly conditional on the

a conclu que, si le droit de recevoir les Paiements incitatifs avait été un élément d'actif visé par la vente sous contrôle de justice, l'Offre de 604 en aurait fait état expressément. Il a refusé de statuer sur la détermination de l'ordre de priorité en vertu de la *PPSA*, estimant que, comme la Cession en faveur de 604 avait été conclue après le 30 août 2010, elle débordait le cadre des questions dont il était régulièrement saisi.

C. *Cour d'appel de l'Alberta, 2014 ABCA 427, 588 A.R. 258*

(1) Majorité (les juges Slatter et Wakeling)

[16] Les juges majoritaires ont conclu que la norme de contrôle applicable à l'interprétation du juge en cabinet concernant la *HRA*, le Contrat incitatif et l'Offre de 604 était la norme de la décision correcte. Ils ont statué que la *HRA* crée en matière de ressource historique un engagement *sui generis* qui se rattache entièrement au bien-fonds. Selon eux, l'art. 29 doit être interprété comme ayant pour effet d'écarter toutes les restrictions de common law qui empêchent le rattachement au bien-fonds d'engagements positifs; il ne faut pas considérer que cet article autorise uniquement les engagements positifs énoncés en faveur de la Ville. Les juges majoritaires ont également conclu qu'il était impossible de scinder le Contrat incitatif de manière à ce que ses parties concernant directement l'immeuble puissent se rattacher au bien-fonds, mais non celles concernant les paiements.

[17] Les juges majoritaires ont statué que l'absence de mention du Contrat incitatif dans la déclaration d'Équitable n'implique pas que cette dernière avait décidé de renoncer à une partie de sa garantie. Ils ont souligné que ce contrat était inclus dans l'ordonnance de mise sous séquestre rendue sur consentement par la cour. À leur avis, 604 avait clairement accepté d'assumer les obligations du Contrat incitatif — elle avait acquis le titre qui était assujéti au caveat relatif aux engagements de protection de la ressource historique — et rien dans le Contrat incitatif ne tendait à indiquer que les paiements pouvaient être séparés des obligations imposées par le contrat ou qu'ils le seraient. Les juges majoritaires ont en

performance of the obligations in the agreement and, all things considered, it did not make sense to suggest that the burdens of the Incentive Agreement had passed with the sale, but not the benefits.

(2) Dissent (O'Brien J.A.)

[18] O'Brien J.A. held that the chambers judge's interpretation of the *HRA* and common law principles were matters of law for which the appropriate standard was correctness, whereas his application of the legal principles and interpretation of the agreements were matters of mixed fact and law for which the standard was palpable and overriding error, and therefore required deference. O'Brien J.A. was of the view that the objective of the *HRA* is to ensure that covenants made by a landowner in favour of the City, whether positive or negative, run with the land and are enforceable against all subsequent owners, but that the *HRA* does not permit positive covenants in favour of the landowner to run with the land. Further, in his view, the parties to the Incentive Agreement did not intend the Incentive Payments to run with the land.

[19] O'Brien J.A. held that the Incentive Agreement was not included in the 604 Offer. He noted that the 604 Offer did not state expressly that the payments under the Incentive Agreement were among the property and assets included in the sale, and there was no indication of an intention to this effect in the documents related to the sale. Regarding the order of priorities, O'Brien J.A. found that, having regard to the scope of the original application and to the evidentiary record, the Court of Appeal was not in a position to determine who was entitled to the Incentive Payments at that time.

IV. Issues

[20] This appeal raises four issues:

conséquence conclu que les paiements dépendaient clairement de l'exécution des obligations prévues par le contrat et, à tout bien considérer, il n'était pas logique de prétendre que les obligations du Contrat incitatif avaient été transférées lors de la vente, mais non ses avantages.

(2) Dissidence (le juge O'Brien)

[18] Le juge O'Brien a statué que l'interprétation par le juge en cabinet de la *HRA* et des principes de common law était une question de droit à laquelle il convenait d'appliquer la norme de la décision correcte, tandis que son application des principes juridiques et son interprétation des contrats constituaient des questions mixtes de fait et de droit auxquelles s'appliquait la norme de l'erreur manifeste et déterminante, ce qui, de ce fait, commandait déférence. Selon lui, la *HRA* a pour objectif de faire en sorte que les engagements pris par un propriétaire foncier en faveur de la Ville — qu'il s'agisse d'engagements de nature positive ou négative — se rattachent au bien-fonds et sont susceptibles d'exécution contre tous les propriétaires subséquents. Par contre, cette loi ne permet pas le rattachement au bien-fonds d'engagements positifs en faveur du propriétaire foncier. Le juge O'Brien a également estimé que les parties au Contrat incitatif n'avaient pas eu l'intention de rattacher les Paiements incitatifs au bien-fonds.

[19] Le juge O'Brien a conclu que le Contrat incitatif n'était pas inclus dans l'Offre de 604. Il a fait remarquer que celle-ci ne mentionnait pas expressément que les paiements prévus par ce contrat faisaient partie de la propriété et des éléments d'actif visés par la vente et qu'aucune indication d'une intention à cet effet ne ressortait des documents liés à la vente. Pour ce qui est de l'ordre de priorité, le juge O'Brien a statué que, vu l'objet de la demande initiale et la preuve au dossier, la Cour d'appel n'était pas en mesure de décider qui avait droit aux Paiements incitatifs.

IV. Questions en litige

[20] Le présent pourvoi soulève quatre questions :

- | | |
|--|---|
| <p>(1) What is the standard of review applicable to the chambers judge’s interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer?</p> <p>(2) Did the Incentive Payments run with the land? The resolution of this issue depends on the answers to two questions:</p> <p style="padding-left: 20px;">(a) Does s. 29 of the <i>HRA</i> displace the common law rule that positive covenants do not run with the land?</p> <p style="padding-left: 20px;">(b) Does the <i>Incentive</i> Agreement registered on title show that the parties to the agreement intended the Incentive Payments to run with the land?</p> <p>(3) Were the Incentive Payments sold as an asset in the judicial sale?</p> <p>(4) Is the priority of interests in the Incentive Payments governed by the <i>PPSA</i>?</p> | <p>(1) Quelle est la norme de contrôle applicable à l’interprétation adoptée par le juge en cabinet du Contrat incitatif et de l’Offre de 604?</p> <p>(2) Les Paiements incitatifs se rattachaient-ils au bien-fonds? La réponse à cette question dépend des réponses à deux autres questions :</p> <p style="padding-left: 20px;">a) L’article 29 de la <i>HRA</i> écarte-t-il la règle de common law suivant laquelle des engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds?</p> <p style="padding-left: 20px;">b) Le Contrat incitatif enregistré sur le titre démontre-t-il que les parties à ce contrat entendaient que les Paiements incitatifs soient rattachés au bien-fonds?</p> <p>(3) Les Paiements incitatifs ont-ils été vendus en tant qu’éléments d’actif lors de la vente sous contrôle de justice?</p> <p>(4) Est-ce que l’ordre de priorité quant aux Paiements incitatifs est régi par la <i>PPSA</i>?</p> |
|--|---|

V. Analysis

A. *What Is the Applicable Standard of Review?*

[21] As Rothstein J. stated in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, “[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix” (para. 50). In this context, deference to fact finders furthers the goals of limiting the number, length and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings. These principles weigh in favour of showing deference to first-instance decision makers on points of contractual interpretation, and treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law (*Sattva*, at paras. 50-52).

[22] However, Rothstein J. held that where an extricable question of law can be identified, the standard of correctness applies. Extricable questions of

V. Analyse

A. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[21] Comme l’affirme le juge Rothstein dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, « [l]’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). Dans un tel contexte, faire montre de déférence envers les conclusions du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l’autonomie du procès et son intégrité. Ces principes militent en faveur de la déférence à l’endroit des décideurs de première instance à l’égard de l’interprétation contractuelle et appuient la proposition selon laquelle l’interprétation en cette matière est une question mixte de fait et de droit (*Sattva*, par. 50-52).

[22] Cependant, le juge Rothstein conclut que, dans les cas où il est possible d’isoler une question de droit, la norme de la décision correcte s’applique.

law include “the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor” (*Sattva*, at para. 53, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 21).

[23] In 604’s submission, the chambers judge in the case at bar erred in interpreting the *HRA* and this tainted his interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer, which means that the applicable standard of review for the latter interpretation is correctness. We disagree. While it is true that correctness is the appropriate standard for reviewing the chambers judge’s interpretation of the *HRA* given that statutory interpretation is a question of law (*Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 33), we do not find that this standard applies to his contractual interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer. As the chambers judge’s interpretation of the *HRA* was correct, it did not taint the interpretation of the agreements.

[24] In our view, O’Brien J.A. was right to conclude that the correctness standard applies to the interpretation of the *HRA* and the common law, but that the palpable and overriding error standard applies to the chambers judge’s interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer.

B. *Did the Incentive Payments Run With the Land?*

- (1) Does Section 29 of the *HRA* Displace the Common Law Rule That Positive Covenants Do Not Run With the Land?

[25] The idea of a payment obligation running with land is by its nature unusual. In fact, it is undisputed that at common law, positive covenants cannot run with the land (*Austerberry v. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750). This rule is founded

Parmi les questions de droit susceptibles d’être isolées, mentionnons le fait d’« appliquer le mauvais principe ou [de] négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent » (*Sattva*, par. 53, citant *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 21).

[23] Selon 604, le juge en cabinet a commis une erreur dans son interprétation de la *HRA*. Cette erreur a vicié son interprétation du Contrat incitatif et de l’Offre de 604. Pour cette raison, la norme de contrôle applicable à cette dernière serait la décision correcte. Nous sommes en désaccord. Bien que la décision correcte soit effectivement la norme applicable pour examiner l’interprétation de la *HRA* par le juge en cabinet puisque l’interprétation d’une loi est une question de droit (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 33), nous estimons que cette norme ne s’applique pas à son interprétation du Contrat incitatif et de l’Offre de 604. Comme le juge en cabinet a correctement interprété la *HRA*, cette interprétation n’a pu vicier son interprétation des contrats.

[24] À notre avis, le juge O’Brien a eu raison de conclure que la norme de la décision correcte s’applique à l’interprétation de la *HRA* et de la common law, mais que c’est la norme de l’erreur manifeste et déterminante qui s’applique à l’interprétation par le juge en cabinet du Contrat incitatif et de l’Offre de 604.

B. *Les Paiements incitatifs se rattachaient-ils au bien-fonds?*

- (1) L’article 29 de la *HRA* écarte-t-il la règle de common law selon laquelle les engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds?

[25] L’idée qu’une obligation de payer puisse se rattacher au bien-fonds est, de par sa nature même, insolite. En fait, personne ne conteste qu’en common law un engagement positif ne peut se rattacher au bien-fonds (*Austerberry c. Corporation of*

on the principle that at common law, a person cannot be made liable upon a contract unless he or she was party to it (*Rhone v. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310 (H.L.)). The rule against positive covenants running with the land applies even if an agreement contains an express intention to the contrary (*Amberwood Investments Ltd. v. Durham Condominium Corp. No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481 (C.A.)). As a result, the common law rule is that “[n]o personal or affirmative covenant, requiring the expenditure of money or the doing of some act, can, apart from statute, be made to run with the land” (V. Di Castri, *Registration of Title to Land* (loose-leaf), vol. 1, at p. 10-4 (emphasis added), quoted in *Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1, at para. 16). The issue in the instant case is whether and to what extent s. 29 of the *HRA* displaces the common law rule by permitting positive covenants to run with the land.

[26] In our view, O’Brien J.A. and the chambers judge properly interpreted the *HRA*. We find that s. 29 of the *HRA* limits the positive covenants that may run with the land to those that are in favour of the City or of the other person or organizations listed in s. 29(1) and are enforceable by that entity. The *HRA* does not permit positive covenants in favour of an entity not listed in s. 29(1) to run with the land.

[27] Applying the widely accepted modern approach to statutory interpretation, we find that the words of s. 29 of the *HRA*, when 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, lead to the following conclusion: only covenants in favour of a “person or organization” listed in s. 29(1), whether negative or positive, will run with the land (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 7; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at

Oldham (1885), 29 Ch. D. 750). Cette règle repose sur le principe selon lequel, en common law, nul ne peut être lié par un contrat à moins d’être partie à celui-ci (*Rhone c. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310 (H.L.)). D’ailleurs, la règle qui interdit le rattachement des engagements positifs au bien-fonds s’applique même si un contrat exprime l’intention contraire (*Amberwood Investments Ltd. c. Durham Condominium Corp. No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481 (C.A.)). Par conséquent, la règle de common law a été énoncée ainsi : [TRADUCTION] « Aucun engagement personnel ou positif requérant une dépense ou un acte ne peut être rattaché au bien-fonds, sauf si une loi le prévoit » (V. Di Castri, *Registration of Title to Land* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 10-4 (nous soulignons), cité dans *Westbank Holdings Ltd. c. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1, par. 16). En l’espèce, il s’agit de décider si l’art. 29 de la *HRA* écarte la règle de common law en permettant que des engagements positifs se rattachent au bien-fonds, et dans quelle mesure elle l’écarte.

[26] À notre avis, le juge O’Brien et le juge en cabinet ont bien interprété la *HRA*. Nous estimons que l’art. 29 de la *HRA* limite les engagements positifs susceptibles de rattachement au bien-fonds aux seuls engagements de cette nature énoncés en faveur de la Ville ou de la personne ou des autres organisations mentionnées au par. 29(1) et dont cette entité peut demander l’exécution. La *HRA* n’autorise pas le rattachement au bien-fonds d’engagements positifs énoncés en faveur d’une entité qui n’est pas énumérée au par. 29(1).

[27] Appliquant la méthode moderne d’interprétation des lois largement reconnue, nous sommes d’avis que, considérés dans leur contexte global, selon le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur, les termes de l’art. 29 de la *HRA* mènent à la conclusion suivante : seuls les engagements énoncés en faveur d’une [TRADUCTION] « personne ou organisation » mentionnée au par. 29(1), qu’il s’agisse d’engagements de nature positive ou négative, se rattachent au bien-fonds (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd.

paras. 26-30; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3, at para. 18; *Canadian National Railway*, at para. 36). In the case at bar, therefore, the right to the Incentive Payments did not become an interest that runs with the land by virtue of the *HRA*.

[28] There is a presumption of statutory interpretation that the provisions of a statute are meant to work together “as parts of a functioning whole” (Sullivan, at p. 337) and form an internally consistent framework. In other words, “the whole gives meaning to its parts”, and “each legal provision should be considered in relation to other provisions, as parts of a whole” (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 326).

[29] In addition, where the legislature expressly creates a statutory exception to a common law principle, that exception should be narrowly construed, as the legislature is assumed not to have intended to change the common law unless it has done so clearly and unambiguously. In *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39, Iacobucci J., writing for the majority, stated:

To begin with, I think it useful to stress the presumption that the legislature does not intend to change existing law or to depart from established principles, policies or practices. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614, for example, Fauteux J. (as he then was) wrote that “a Legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed”. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077, Lamer J. (as he then was) wrote that “in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law”.

2014), p. 7; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26-30; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3, par. 18; *Compagnie des chemins de fer nationaux*, par. 36). En conséquence, dans la présente affaire, le droit aux Paiements incitatifs n’est pas devenu un intérêt rattaché au bien-fonds par l’effet de la *HRA*.

[28] En matière d’interprétation législative, il faut présumer que les dispositions d’une loi forment un ensemble cohérent et fonctionnent en harmonie [TRADUCTION] « comme les diverses parties d’un tout » (Sullivan, p. 337). Autrement dit, « l’ensemble [contribue] au sens de chacun des éléments » et « chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d’un ensemble complet » (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et de M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 352).

[29] De plus, lorsque le législateur crée explicitement dans une loi une exception à un principe de common law, cette exception doit être interprétée restrictivement, car le législateur est présumé ne pas avoir eu l’intention de modifier la common law à moins de l’avoir fait de façon claire et non ambiguë. Dans *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39, s’exprimant au nom de la majorité, le juge Iacobucci a déclaré ce qui suit :

Tout d’abord, je pense qu’il est utile d’insister sur la présomption que le législateur n’a pas l’intention de modifier le droit existant ni de s’écarter des principes, politiques ou pratiques établis. Dans *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614, par exemple, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) écrit : [TRADUCTION] « le législateur n’est pas censé s’écarter du régime juridique général sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire, sinon la loi reste inchangée ». Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) écrit que « le législateur n’est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l’intention de modifier les règles de droit commun pré-existantes ».

[30] Professor Sullivan also takes the view that to displace a common law rule, the legislation must show a clear intention to do so. Quoting *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1961), vol. 36, at p. 412, para. 625, she writes that, “[e]xcept in so far as they are clearly and unambiguously intended to do so, statutes should not be construed so as to make any alteration in the common law or to change any established principle of law” (p. 538).

[31] Applying these principles of statutory interpretation, we conclude that the exception to the common law rule provided for in s. 29 of the *HRA* should be limited by the precise language of the provision and the underlying purpose of the *HRA*. Section 29 should not be interpreted more broadly than necessary. The express words of the enactment state that while positive covenants may run with the land, they are enforceable only by the entities listed in s. 29(1) in whose favour they are entered into. A purposive and contextual analysis of the *HRA*, and particularly of s. 29, shows that the legislation does not have a broader reach by necessary implication.

[32] Section 2 of the *HRA* provides that the Minister is responsible for “(a) the co-ordination of the orderly development, (b) the preservation, (c) the study and interpretation, and (d) the promotion of appreciation of Alberta’s historic resources”. A “historic resource” is defined as “any work of nature or of humans that is primarily of value for its palaeontological, archaeological, prehistoric, historic, cultural, natural, scientific or esthetic interest including, but not limited to, a palaeontological, archaeological, prehistoric, historic or natural site, structure or object” (s. 1(e)).

[33] Section 26(2) of the *HRA* provides that a municipality may by bylaw designate any historic resource within the municipality as a “Municipal Historic Resource”. Section 28(1) then provides that

[30] La professeure Sullivan affirme elle aussi que, pour écarter une règle de common law, la loi doit exprimer clairement l’intention du législateur de ce faire. Citant *Halsbury's Laws of England* (3^e éd. 1961), vol. 36, p. 412, par. 625, elle écrit que, [TRADUCTION] « [s]auf dans la mesure où il est clair et non ambigu qu’elles ont été conçues à cette fin, les lois n’ont pas pour effet de modifier la common law ou quelque principe de droit établi » (p. 538).

[31] Appliquant ces principes d’interprétation des lois, nous concluons que la portée de l’exception établie à l’art. 29 de la *HRA* à l’égard de la règle de common law est limitée par le langage exprès utilisé dans la disposition et par l’objet qui soutient la *HRA*. L’article 29 ne doit pas recevoir une interprétation plus large que nécessaire. Suivant les termes exprès du texte de loi, bien que les engagements positifs puissent se rattacher au bien-fonds, ils sont susceptibles d’exécution uniquement par les entités mentionnées au par. 29(1) en faveur desquelles ils ont été pris. Il ressort d’une analyse téléologique et contextuelle de la *HRA* — et plus particulièrement de l’art. 29 — que cette loi n’a pas une portée plus large par voie d’implication nécessaire.

[32] Aux termes de l’art. 2 de la *HRA*, le Ministre est chargé de [TRADUCTION] « (a) coordonner la mise en valeur ordonnée des ressources historiques de l’Alberta, (b) de préserver ces ressources, (c) de les étudier et de les interpréter, (d) de promouvoir l’intérêt à leur égard ». Le terme « ressource historique » est défini ainsi : « une œuvre de la nature ou de l’être humain qui revêt une importance essentiellement paléontologique, archéologique, préhistorique, historique, culturelle, naturelle, scientifique ou esthétique, notamment un site, une construction ou un objet paléontologique, archéologique, préhistorique, historique ou naturel » (al. 1(e)).

[33] Le paragraphe 26(2) de la *HRA* édicte qu’une municipalité peut, au moyen d’un arrêté, désigner « ressource historique municipale » toute ressource historique située sur son territoire. Le

if a bylaw under s. 26 decreases the economic value of the building or land designated by the bylaw, the owner of the building or land is entitled to compensation for the decrease:

28(1) If a bylaw under section 26 or 27 decreases the economic value of a building, structure or land that is within the area designated by the bylaw, the council shall by bylaw provide the owner of that building, structure or land with compensation for the decrease in economic value.

Section 28 does not specify that the right to compensation is available to a future owner, nor does it refer to s. 29, which supports the chambers judge's interpretation to the effect that the intended recipient of the compensation under s. 28 is the owner at the time of the designation.

[34] Section 29, which is at the heart of this appeal, reads as follows:

29(1) A condition or covenant, relating to the preservation or restoration of any land or building, entered into by the owner of land and

- (a) the Minister,
- (b) the council of the municipality in which the land is located,
- (c) the Foundation, or
- (d) an historical organization that is approved by the Minister,

may be registered with the Registrar of Land Titles.

(2) When a condition or covenant under subsection (1) is presented for registration, the Registrar of Land Titles shall endorse a memorandum of the condition or covenant on any certificate of title relating to that land.

paragraphe 28(1) précise ensuite que, si un arrêté pris en vertu de l'art. 26 entraîne une diminution de la valeur économique de l'immeuble ou du bien-fonds qu'il désigne, le propriétaire de cet immeuble ou bien-fonds a le droit d'être indemnisé de cette diminution de valeur :

[TRADUCTION]

28(1) Si un arrêté pris en vertu de l'article 26 ou 27 entraîne une diminution de la valeur économique d'un immeuble, d'une construction ou d'un bien-fonds situé dans l'aire désignée par l'arrêté, le conseil doit, par voie d'arrêté, verser au propriétaire de ce bien une indemnité pour la diminution de la valeur économique de celui-ci.

L'article 28 ne précise pas que le droit à indemnisation est ouvert à un futur propriétaire, ni ne mentionne l'art. 29, facteurs qui étayent l'interprétation du juge en cabinet selon laquelle le bénéficiaire visé par l'indemnité prévue à l'art. 28 est celui qui est propriétaire au moment de la désignation.

[34] L'article 29, qui est au cœur du présent pourvoi, est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

29(1) Peut être enregistré auprès du registrateur des titres immobiliers une condition ou un engagement lié à la préservation ou à la restauration d'un bien-fonds ou d'un immeuble et dont ont convenu le propriétaire du bien-fonds et, selon le cas

- (a) le Ministre,
- (b) le conseil de la municipalité dans laquelle se trouve le bien-fonds,
- (c) la Fondation,
- (d) une organisation de conservation du patrimoine agréée par le Ministre.

(2) Lorsqu'une condition ou un engagement visé au paragraphe (1) est présenté pour enregistrement, le registrateur des titres immobiliers inscrit une mention de la condition ou de l'engagement sur tout certificat de titre lié à ce bien-fonds.

(3) A condition or covenant registered under subsection (2) runs with the land and the person or organization under subsection (1) that entered into the condition or covenant with the owner may enforce it whether it is positive or negative in nature and notwithstanding that the person or organization does not have an interest in any land that would be accommodated or benefited by the condition or covenant.

(4) A condition or covenant registered under subsection (2) may be assigned by the person or organization that entered into it with the owner to any other person or organization mentioned in subsection (1), and the assignee may enforce the condition or covenant as if it were the person or organization that entered into the condition or covenant with the owner.

(5) If the Minister considers it in the public interest to do so, the Minister may by order discharge or modify a condition or covenant registered under subsection (2), whether or not the Minister is a party to the condition or covenant.

[35] We agree with the chambers judge's interpretation of the above provision, which O'Brien J.A. accepted. Each subsection of s. 29 is like a piece of a puzzle, and when they are all read together, they form a coherent whole. Section 29(1) provides that a condition or covenant "relating to the preservation or restoration of any land or building" that is entered into by a landowner and the Minister or one of the organizations enumerated there may be registered. Section 29(3) provides that a condition or covenant registered under s. 29(2) runs with the land and can, whether it is negative or positive, be enforced by the "person or organization" listed in s. 29(1). Subsections (1) and (3) are necessary for the preservation or restoration of Municipal Historic Resources, because without them, the City would not be able to enforce such a covenant or condition at common law, as it would have no interest in the land or building to which the covenant or condition applied.

(3) Une condition ou un engagement enregistré en vertu du paragraphe (2) se rattache au bien-fonds et la personne ou l'organisation visée au paragraphe (1) qui en a convenu avec le propriétaire peut en demander l'exécution, que la condition ou l'engagement soit de nature positive ou négative et nonobstant le fait que cette personne ou organisation ne possède pas d'intérêt sur quelque bien-fonds qui serait desservi par la condition ou l'engagement, ou en bénéficierait.

(4) Une condition ou un engagement enregistré en vertu du paragraphe (2) peut être cédé par la personne ou l'organisation qui en a convenu avec le propriétaire à toute autre personne ou organisation mentionnée au paragraphe (1), et le cessionnaire peut en demander l'exécution au même titre que s'il en avait convenu avec le propriétaire.

(5) Si le Ministre estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire, il peut, par voie d'arrêté, lever ou modifier une condition ou un engagement enregistré en vertu du paragraphe (2), qu'il soit ou non lui-même partie à la condition ou à l'engagement.

[35] Nous souscrivons à l'interprétation adoptée par le juge en cabinet de la disposition précitée et qui a été retenue par le juge O'Brien. Les différents paragraphes de l'art. 29 sont assimilables aux pièces d'un casse-tête et, lorsqu'on les considère globalement, ils forment un tout cohérent. Le paragraphe 29(1) précise qu'il est possible d'enregistrer une condition ou un engagement [TRADUCTION] « lié à la préservation ou à la restauration d'un bien-fonds ou d'un immeuble » et dont ont convenu un propriétaire foncier et le Ministre ou l'une des organisations énumérées à cette disposition. Suivant le par. 29(3), une condition ou un engagement enregistré en vertu du par. 29(2) se rattache au bien-fonds et, que cette condition ou cet engagement soit de nature négative ou positive, « la personne ou l'organisation » mentionnée au par. 29(1) peut en demander l'exécution. Les paragraphes (1) et (3) sont nécessaires aux fins de préservation ou de restauration des ressources historiques municipales, car, sans ces dispositions, la Ville ne serait pas en mesure de faire exécuter une telle condition ou un tel engagement en vertu de la common law, étant donné qu'elle ne possède aucun intérêt dans le bien-fonds ou dans l'immeuble auquel s'applique la condition ou l'engagement.

[36] It is noteworthy that s. 29(3) does not expressly grant a landowner the ability to enforce a condition or covenant against the City. According to 604, express language to this effect is unnecessary, because the landowner can already enforce covenants and conditions, given that he or she has an interest in the land or building. In our view, had the legislature intended to completely displace the common law rules regarding positive covenants and create *sui generis* covenants and conditions that are enforceable by both the City and the landowner, it would have said so expressly.

[37] An additional submission by 604 is that s. 29(2), which does not on its face prevent the owner from registering a covenant or condition on title, shows that the owner can register covenants, and therefore can also enforce them under the *HRA*, despite the fact that there is no express wording to this effect in s. 29(3). We are not convinced by this argument. In our view, s. 29(3) should be read as a whole, and the word “and” in that provision should be considered to be conjunctive rather than disjunctive. Section 29(3) provides that “[a] condition or covenant registered under subsection (2) runs with the land and the person or organization under subsection (1) that entered into the condition or covenant with the owner may enforce it whether it is positive or negative”. The covenant discussed in s. 29(3) is clearly the same covenant throughout the provision — this subsection sets out by whom the covenant registered under s. 29(2) can be enforced whether it is positive or negative, and that is by a person or organization listed in s. 29(1). Therefore, s. 29(3) does not lend itself to the interpretation that all covenants, whether positive or negative, in favour of the owner can be enforced by the owner and are covered by the exception provided for in that subsection.

[36] Il convient de noter que le par. 29(3) ne confère pas expressément à un propriétaire foncier la capacité de demander l’exécution d’une condition ou d’un engagement constituant une obligation pour la Ville. Selon 604, une disposition explicite à cet effet est inutile, étant donné que le propriétaire foncier est déjà en mesure de demander l’exécution de conditions et d’engagements en raison de l’intérêt qu’il possède dans le bien-fonds ou l’immeuble. À notre avis, si le législateur avait voulu écarter complètement les règles de common law relatives aux engagements positifs et créer des conditions et engagements *sui generis* dont l’exécution peut être demandée tant par la Ville que par le propriétaire foncier, il l’aurait dit en termes exprès.

[37] 604 soumet également que le fait que le texte même du par. 29(2) n’empêche pas le propriétaire d’enregistrer une condition ou un engagement sur le titre démontre que le propriétaire peut enregistrer des engagements et qu’il lui est donc possible d’en demander l’exécution en vertu de la *HRA*, malgré l’absence de disposition expresse à cet effet au par. 29(3). Cet argument ne nous convainc pas. À notre avis, il faut interpréter le par. 29(3) globalement et considérer que le mot « et » (« *and* » dans le texte original) a un caractère conjonctif plutôt que disjonctif. Aux termes de ce paragraphe, « [u]ne condition ou un engagement enregistré en vertu du paragraphe (2) se rattache au bien-fonds et la personne ou l’organisation visée au paragraphe (1) qui en a convenu avec le propriétaire peut en demander l’exécution, que cette condition ou cet engagement soit de nature positive ou négative ». L’engagement dont il est question au par. 29(3) est clairement le même partout dans cette disposition — ce paragraphe énonce qui peut demander l’exécution de l’engagement enregistré en vertu du par. 29(2), que cet engagement soit de nature positive ou négative, et il s’agit de la personne ou d’une organisation énumérée au par. 29(1). En conséquence, le par. 29(3) ne peut être interprété d’une manière qui permettrait d’affirmer que tout engagement — de nature positive ou négative — énoncé en faveur du propriétaire peut faire l’objet d’une demande d’exécution par celui-ci et est visé par l’exception prévue à ce paragraphe.

[38] The two subsections immediately following s. 29(3) further confirm our interpretation.

[39] Firstly, s. 29(4) provides that a condition or covenant registered under s. 29(2) can be assigned by the “person or organization” to any other “person or organization” mentioned in s. 29(1). Again, there is no mention in s. 29(4) of the landowner being able to assign any “condition or covenant”.

[40] In our view, this is further evidence that s. 29 is intended to permit governments and public interest bodies that have no interest in the land or building to enforce covenants and conditions that are in their favour. There is a presumption that the legislature “avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain” (Sullivan, at p. 211, citing *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838). Every provision of a statute should be interpreted as having a meaning and a function, and “courts should avoid, as much as possible, adopting interpretations that would render any portion of a statute meaningless or pointless or redundant” (Sullivan, at p. 211; see also *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28). Section 29(4) ensures that the City can assign a condition or covenant registered under s. 29(2) to any other person or organization mentioned in s. 29(1), such that the assignee may enforce it as if it were the person or organization that entered into the condition or covenant with the owner.

[41] Secondly, s. 29(5) provides that the Minister may at any time discharge or modify a covenant or condition registered under s. 29(2) if it is in the public interest to do so. This provision only makes sense in our view if the covenant referred to in s. 29(3) is one in favour of a “person or organization” mentioned in s. 29(1). Indeed, it would be unjust if the Minister could unilaterally discharge a covenant to pay in favour of a landowner simply

[38] Les deux paragraphes qui suivent immédiatement le par. 29(3) viennent renforcer davantage notre interprétation.

[39] Premièrement, le par. 29(4) dispose qu’une condition ou un engagement enregistré en vertu du par. 29(2) peut être cédé par « la personne ou l’organisation » à toute autre « personne ou organisation » mentionnée au par. 29(1). Ici encore, le par. 29(4) n’indique aucunement que le propriétaire foncier peut céder quelque « condition ou engagement ».

[40] À notre avis, il s’agit d’une preuve supplémentaire que l’art. 29 vise à permettre aux gouvernements ou entités à caractère public qui ne possèdent aucun intérêt dans le bien-fonds ou l’immeuble concerné de demander l’exécution des conditions et engagements énoncés en leur faveur. Le législateur est présumé [TRADUCTION] « ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s’exprimer en vain » (Sullivan, p. 211, citant *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Chaque disposition d’une loi doit être interprétée de manière à lui donner un sens et un rôle, et [TRADUCTION] « les tribunaux devraient éviter autant que possible d’adopter une interprétation qui dépouille une partie d’une loi de tout son sens ou qui la rend redondante » (Sullivan, p. 211; voir aussi *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28). Le paragraphe 29(4) fait en sorte que la Ville peut céder une condition ou un engagement enregistré en vertu du par. 29(2) à toute personne ou organisation mentionnée au par. 29(1), de telle sorte que le cessionnaire peut en demander l’exécution au même titre que si c’était lui qui en avait convenu avec le propriétaire.

[41] Deuxièmement, le par. 29(5) précise que le Ministre peut en tout temps écarter ou modifier un engagement ou une condition enregistré en vertu du par. 29(2) s’il est dans l’intérêt public de prendre une telle mesure. Nous sommes d’avis que cette disposition n’a de sens que si l’engagement mentionné au par. 29(3) est énoncé en faveur d’une « personne ou organisation » mentionnée au par. 29(1). En effet, il serait injuste que le Ministre

because he or she considered it in the public interest to do so.

[42] The common denominator between s. 29(3), s. 29(4) and s. 29(5) is that they all point to the conclusion that the covenants and conditions that may be enforced under s. 29(3) are those that the “person or organization” listed in s. 29(1) can in fact enforce: the covenants and conditions in its favour.

(2) Does the Incentive Agreement Registered on Title Show That the Parties to the Agreement Intended the Incentive Payments to Run With the Land?

[43] In addition to our conclusion arising out of our interpretation of the *HRA*, we find that the Incentive Agreement itself does not reveal an intention that the Incentive Payments would run with the land. Even if the common law rule could be circumvented in the case at bar, 604’s claim to the payments would still fail. We see no basis on which to disturb the chambers judge’s findings, which O’Brien J.A. accepted, with respect to the contractual interpretation of the Incentive Agreement.

[44] The provisions of the Incentive Agreement that are primarily at issue are clauses 5.3, 8.3 and 8.8. Clause 5.3 states:

If, at any time, the Owner, The Lougheed Block Inc., and any future owner, has not paid such taxes and levies when they become due, the City may, but is not obligated to, set off the amount owed by the Owner, the Lougheed Block Inc., or any future owner against any amounts owed, or that may be owing in the future, to the Owner by the City pursuant to this Agreement. [Emphasis added.]

[45] The chambers judge concluded that clause 5.3 could not be interpreted to mean that the parties to the Incentive Agreement intended the Incentive Payments to go to a future owner. The clause

puisse écarter unilatéralement un engagement de payer énoncé en faveur d’un propriétaire foncier, tout simplement parce que, selon le Ministre, il est dans l’intérêt public de le faire.

[42] Le dénominateur commun entre les par. 29(3), (4) et (5) est le fait qu’ils mènent tous à la conclusion que les conditions et engagements susceptibles d’exécution en vertu du par. 29(3) sont ceux dont l’exécution peut effectivement être demandée par les « personne ou organisations » énumérées au par. 29(1), soit les conditions et engagements énoncés en leur faveur.

(2) Le Contrat incitatif enregistré sur le titre démontre-t-il que les parties à ce contrat entendaient que les Paiements incitatifs se rattachent au bien-fonds?

[43] Outre notre conclusion découlant de notre interprétation de la *HRA*, nous estimons qu’aucune intention de rattacher les Paiements incitatifs au bien-fonds ne ressort du Contrat incitatif lui-même. Même s’il était possible d’éviter l’application de la règle de common law en l’espèce, la demande de 604 visant les paiements devrait néanmoins être rejetée. Nous ne voyons aucune raison de modifier les conclusions du juge en cabinet, qu’a retenues le juge O’Brien, relativement à l’interprétation du Contrat incitatif.

[44] Les principales clauses litigieuses du Contrat incitatif sont les clauses 5.3, 8.3 et 8.8. La clause 5.3 prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Si, à un moment donné, le propriétaire, The Lougheed Block Inc., et tout futur propriétaire n’a pas payé des taxes et prélèvements de cette nature à l’échéance, la Ville peut — sans toutefois y être tenue — opérer compensation entre la somme due par le propriétaire, The Lougheed Block Inc., ou tout futur propriétaire, et les sommes dues au propriétaire par la Ville, ou qui pourraient lui être dues dans le futur, en application du présent contrat. [Nous soulignons.]

[45] Le juge en cabinet a conclu qu’on ne peut considérer que la clause 5.3 signifie que les parties au Contrat incitatif entendaient qu’un futur propriétaire puisse recevoir les Paiements incitatifs. La clause

does not refer to a future owner when describing the recipient of the payments from the City under the agreement. Its only references to future owners relate to the payment to the City of taxes and levies. We find no palpable and overriding error in this interpretation.

[46] The chambers judge also considered clause 8.3, which provides that, “[p]ursuant to and in accordance with Section 29 of the Act, this Agreement shall be registered by caveat on title to the Lands and the conditions and covenants herein shall run with the Lands and shall bind the Owner and subsequent owners and successors in title to the Owner.” He found that this was simply a restatement of what is provided for in s. 29 of the *HRA* (enforcement by the City of a positive or negative covenant in its own favour). Again, we find no palpable and overriding error in this interpretation. The reference to s. 29 does not show that the parties to the agreement intended the Incentive Payments to run with the land.

[47] Finally, clause 8.8 provides that “[e]verything herein contained shall inure to the benefit of and be binding upon the parties hereto, their administrators, successors, and assigns respectively.” According to the master’s interpretation, 604, which was merely a subsequent owner, cannot be considered an administrator, successor or assign of LBI. We agree. The term “successor” should be read to mean a corporate successor, considering that clause 8.3 refers to “successors in title” and “subsequent owners”, of which 604 clearly is one, while clause 8.8 refers to “successors”. “Contracting parties are presumed to intend the legal consequences of their words” (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at p. 91). Meaning must be given to the choice to use one term in one clause and a different term in a different clause of the same agreement, and in this case, of the same section of an agreement (section 8 — *General provisions*). In our view, as the chambers judge found, the intention of the contracting parties was that LBI alone would, after

ne fait pas état d’un futur propriétaire lorsqu’elle décrit le bénéficiaire des paiements à être effectués par la Ville en vertu du contrat. Les seules mentions concernant de futurs propriétaires se rapportent au paiement à la Ville des taxes et prélèvements. Nous estimons que cette interprétation n’est entachée d’aucune erreur manifeste et déterminante.

[46] Le juge en cabinet a également examiné la clause 8.3, laquelle prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « En vertu de l’article 29 de la Loi et conformément à cette disposition, le présent contrat est enregistré par voie de caveat sur le titre des biens-fonds et les conditions et engagements prévus au présent contrat se rattachent au bien-fonds et lient le propriétaire — ainsi que les propriétaires subséquents et les successeurs en titre du propriétaire. » Selon le juge en cabinet, cette clause ne fait que répéter ce que prévoit déjà l’art. 29 de la *HRA* (le droit de la Ville de demander l’exécution d’engagements de nature positive ou négative énoncés en sa faveur). Encore une fois, nous estimons que cette interprétation ne comporte aucune erreur manifeste et déterminante. La mention de l’art. 29 n’établit pas que les parties au contrat entendaient que les Paiements incitatifs se rattachent au bien-fonds.

[47] Enfin, la clause 8.8 précise que [TRADUCTION] « [t]out ce qui est prévu au présent contrat bénéficie aux parties au présent contrat ainsi qu’à leurs administrateurs, successeurs et ayants droit respectifs et les lie. » Selon l’interprétation du protonotaire, 604 — qui était simplement un propriétaire subséquent — ne peut être considérée comme un administrateur, un successeur ou ayant droit de LBI. Nous sommes d’accord. Le mot « successeur » doit s’entendre au sens d’une personne morale qui lui succéderait (« *corporate successor* »), vu la présence des mots « successeurs en titre » (« *successors in title* ») et « propriétaires subséquents » (« *subsequent owners* ») à la clause 8.3, catégories auxquelles appartient de toute évidence 604, et l’utilisation du mot « successeurs » à la clause 8.8. [TRADUCTION] « Les parties à un contrat sont présumées vouloir les conséquences juridiques des mots qu’elles emploient » (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2^e éd. 2012), p. 91). Il faut donner un sens à la décision

completing the rehabilitation work, be entitled to the Incentive Payments, which were to be paid over 15 years.

[48] In 604's submission, it would not make sense to sever the benefits available to the owner under the Incentive Agreement (which they identify as the Incentive Payments) from the burdens imposed on it (i.e. efforts to be expended with respect to the use of the Grand Theatre, and a restriction on the use of the building). In our view, there is nothing unusual about severing the Incentive Payments, a benefit under the Incentive Agreement, from the burdens relating to certain restrictions flowing from the designation of the building as a Municipal Historic Resource.

[49] As we explained above, nothing in clause 5.3 confirms that the parties to the Incentive Agreement intended the payments to go to a future owner. Rather, a reasonable interpretation of the agreement is that all the Incentive Payments were intended to go to LBI. Read in conjunction, the recitals of the Incentive Agreement, together with clauses 3 (*Rehabilitation Work*), 4 (*Payment of Rehabilitation Incentive*) and 5.4, lead to the conclusion that LBI was entitled to receive all of the Incentive Payments.

[50] We further adopt the chambers judge's reasoning to the effect that it is LBI that was the owner at the time of the designation and that completed all of the rehabilitative work 604 now benefits from as the new owner. It is LBI that suffered the loss of value and paid for the rehabilitation. Moreover, 604 could take the designation into consideration when it purchased the Lougheed Building. Consequently,

d'employer un terme donné dans une clause et un terme différent dans une autre clause figurant dans le même contrat, et encore plus, comme c'est le cas en l'espèce, dans une même section d'un contrat (section 8 — *Généralités*). À l'instar du juge en cabinet, nous sommes d'avis que l'intention des parties contractantes était que seule LBI, après avoir terminé les travaux de restauration, aurait droit aux Paiements incitatifs, lesquels devaient être versés sur une période de 15 ans.

[48] 604 fait valoir qu'il serait illogique de dissocier les avantages conférés par le Contrat incitatif au propriétaire (avantages qu'elle désigne comme étant les Paiements incitatifs) des obligations qui lui sont imposées par ce contrat (c'est-à-dire les efforts requis de sa part relativement au Grand Theatre, ainsi qu'une restriction concernant l'utilisation qui peut être faite de l'immeuble). Selon nous, il n'y a rien d'inhabituel à dissocier les Paiements incitatifs, un avantage conféré par le Contrat incitatif, des obligations liées à certaines restrictions découlant de la désignation de l'immeuble comme ressource historique municipale.

[49] Comme nous l'avons expliqué plus haut, la clause 5.3 ne confirme d'aucune manière que les parties au Contrat incitatif entendaient que les paiements puissent être versés à un futur propriétaire. Au contraire, une façon raisonnable d'interpréter le Contrat incitatif consiste plutôt à considérer que tous les Paiements incitatifs étaient censés être versés à LBI. Une lecture d'ensemble des différents attendus avec les clauses 3 (*Travaux de restauration*), 4 (*Paiement de l'incitatif à la restauration*) et 5.4 du Contrat incitatif mène à la conclusion que LBI avait le droit de recevoir tous les Paiements incitatifs.

[50] De plus, nous faisons nôtre le raisonnement du juge en cabinet selon lequel c'est LBI qui était propriétaire de l'Édifice au moment de sa désignation et qui a mené à bien tous les travaux de restauration dont profite maintenant 604 en tant que nouvelle propriétaire. C'est LBI qui a subi la perte de valeur et payé les travaux de restauration. Qui plus est, la désignation de l'Édifice était un facteur

to conclude now that the intention was for the Incentive Payments to go to a future owner would have no commercial rationale and would, in essence, provide 604 with an undeserved windfall.

C. Were the Incentive Payments Sold as an Asset in the Judicial Sale?

[51] Another submission by 604 is that it purchased the right to the Incentive Payments in the judicial sale. Once again, we disagree. The chambers judge’s conclusion that the Incentive Payments were not sold in the judicial sale is well supported by the evidence.

[52] In the 604 Offer, the “Property” being purchased is defined using the legal description of the Loughed Building (the real property) alone. The 604 Offer then lists other, ancillary, property that was to be included in the sale:

10. All fixtures, equipment and chattels located on the Property and which are owned by the Vendor shall be included in the Purchase Price. The Purchaser acknowledges that certain of said fixtures, equipment and chattels are the property of the tenants of the Property and are not included in the sale hereunder.

[53] The 604 Offer also states, at para. 6, that “[a]ll leases and contracts that are assignable shall be assigned to the Purchaser as of the Closing Date and the Purchaser shall assume all obligations thereunder.” In 604’s submission, the Incentive Agreement was an “assignable contract” within the meaning of para. 6 and was therefore sold to 604 in the judicial sale.

[54] The chambers judge accepted that the Incentive Agreement was an “assignable contract”, but concluded that it had not been sold to 604, as

que 604 pouvait prendre en compte lorsqu’elle l’a acheté. Par conséquent, conclure maintenant que l’intention des parties était que les Paiements incitatifs seraient versés à un futur propriétaire n’aurait aucune logique d’un point de vue commercial et aurait essentiellement pour effet de procurer à 604 un avantage auquel elle n’a pas droit.

C. Les Paiements incitatifs ont-ils été vendus en tant qu’éléments d’actif lors de la vente sous contrôle de justice?

[51] Un autre argument que fait valoir 604 est qu’elle a acquis le droit aux Paiements incitatifs à l’occasion de la vente sous contrôle de justice. Une fois de plus, nous ne sommes pas d’accord. La preuve étaye amplement la conclusion du juge en cabinet selon laquelle les Paiements incitatifs n’ont pas été vendus lors de cette vente.

[52] Dans l’Offre de 604, la « propriété » visée par l’offre d’achat est définie uniquement au moyen de la description cadastrale de l’Édifice (l’immeuble). L’Offre de 604 énumère ensuite d’autres biens accessoires devant être inclus dans la vente :

[TRADUCTION]

10. Tous les accessoires fixes, équipements et biens meubles qui se trouvent sur la propriété et qui appartiennent au vendeur sont inclus dans le prix d’achat. L’acheteur reconnaît que certains de ces accessoires fixes, équipements et biens meubles appartiennent aux locataires de la propriété et ne sont pas inclus dans la vente visée aux présentes.

[53] L’Offre de 604 précise en outre, au par. 6, que [TRADUCTION] « [t]ous les baux et contrats cessibles sont cédés à l’acheteur à la date de clôture et ce dernier assume toutes les obligations en découlant. » 604 prétend que le Contrat incitatif constituait un « contrat cessible » visé au par. 6 et qu’il lui a en conséquence été cédé à l’occasion de la vente sous contrôle de justice.

[54] Le juge en cabinet a retenu la prétention selon laquelle le Contrat incitatif était un [TRADUCTION] « contrat cessible », mais il a conclu que ce contrat

para. 6 concerns only contracts that are “ancillary to the Property” (para. 62). He found that para. 6 does not expand the scope of the “Property” being acquired; rather, it merely addresses the process for the transaction. He observed that if 604 had intended to purchase the Incentive Payments, its offer would have expressly mentioned them either in the initial definition of the “Property” or in the list of ancillary property at para. 10.

[55] In our view, the chambers judge did not make a palpable and overriding error in his interpretation of the 604 Offer. He sensibly limited the scope of para. 6 to “assignable contracts” that were ancillary to the real property. As Heritage argues, there may have been other contracts to which LBI was a party — for example, car leases or club memberships — and 604 cannot be said to have purchased all such contracts just because they were “assignable contracts”. Given the substantial value of the Incentive Payments, if 604 had intended to purchase the Incentive Payments, its offer would likely have stated this expressly. Instead, there is no indication, express or otherwise, that 604 intended to purchase the Incentive Payments.

[56] Further, the circumstances of the 604 Offer support the chambers judge’s conclusion. As O’Brien J.A. observed, the statement of claim initiating the sale proceedings did not refer to the Incentive Agreement or to the Incentive Payments. In addition, neither the judicial sale listing nor the marketing brochure published pursuant to the order for sale indicated that the Incentive Payments were part of the property and assets included in the judicial sale.

D. Is the Priority of Interests in the Incentive Payments Governed by the PPSA?

[57] Having found that the Incentive Payments are not an interest that ran with the land and that they were not sold to 604 in the judicial sale, we must now determine whether the assignment of the Incentive Payments is governed by the *PPSA*. As

n’avait pas été cédé à 604, étant donné que le par. 6 ne vise que les contrats « accessoires à la propriété » (par. 62). Selon lui, le par. 6 n’élargit pas la définition de la « propriété » acquise; il ne porte que sur les modalités de l’opération. Le juge en cabinet a souligné que, si 604 avait eu l’intention d’acheter les Paiements incitatifs, son offre aurait fait expressément état de ceux-ci soit dans la définition initiale de la « propriété », soit dans la liste des biens accessoires, au par. 10.

[55] Selon nous, le juge en cabinet n’a commis aucune erreur manifeste et déterminante dans son interprétation de l’Offre de 604. Il a avec raison limité la portée du par. 6 aux « contrats cessibles » accessoires à l’immeuble. Comme le prétend Heritage, il est possible que LBI ait été partie à d’autres contrats — par exemple des contrats de location de voiture ou des contrats d’adhésion à un club — mais on ne saurait affirmer que 604 les a tous acquis du seul fait qu’ils constituaient des « contrats cessibles ». Étant donné la valeur considérable des Paiements incitatifs, si 604 avait eu l’intention de les acquérir, elle l’aurait vraisemblablement mentionné expressément dans son offre. Au contraire, il n’y a aucune indication, expresse ou autre, que 604 entendait acheter ces paiements.

[56] De plus, les circonstances de l’Offre de 604 appuient la conclusion du juge en cabinet. Comme l’a fait remarquer le juge O’Brien, la déclaration à l’origine de la procédure de vente ne faisait pas état du Contrat incitatif ou des Paiements incitatifs. En outre, ni la fiche descriptive de la propriété mise en vente sous contrôle de justice ni la brochure publicitaire publiée conformément à l’ordonnance de vente ne précisaient que les Paiements incitatifs faisaient partie de la propriété et des éléments d’actif inclus dans la vente sous contrôle de justice.

D. L’ordre de priorité quant aux Paiements incitatifs est-il régi par la PPSA?

[57] Comme nous avons conclu que les Paiements incitatifs ne constituent pas un intérêt qui se rattachait au bien-fonds et qu’ils n’ont pas été vendus à 604 lors de la vente sous contrôle de justice, nous devons maintenant décider si les cessions des

we mentioned above, LBI successively assigned the Incentive Agreement to both Equitable and Heritage before it defaulted on the Equitable loan. The 604 Assignment was executed after the sale of the Loughheed Building. It appears that this assignment was registered at the Personal Property Registry, but not until after the Heritage Assignment had been registered in October 2010.

[58] Master Laycock held that the 604 Assignment was ineffective because no consideration had been paid for it. Jeffrey J. declined to decide this issue or to address the issues of assignments and redemptions. He was of the view that any question related to 604's claim to the Incentive Payments was beyond the scope of the issue before the court. The majority of the Court of Appeal, having determined that the Incentive Payments ran with the land, held that the *PPSA* did not apply. O'Brien J.A. was of the view that, "having regard both to the scope of the original application, and to the evidentiary record", the Court of Appeal was not in a position to determine which party was entitled to the Incentive Payments at that time (para. 93).

[59] In this Court, Heritage argues that the Heritage Assignment was registered before the 604 Assignment and that its interest in the Incentive Payments should therefore have priority under the *PPSA*. As for 604, it replies that the Equitable Assignment was already registered under the *PPSA* at the time of the 604 Assignment. Finally, Heritage maintains that, should this Court decline to decide the *PPSA* issue, it should at least determine whether the Incentive Payments are a chose in action so as to facilitate further proceedings between the parties.

[60] The *PPSA* applies to "every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral" (s. 3(1)(a)). We conclude that the Incentive Payments are a chose in action. The right to the Incentive Payments is merely contractual

Paiements incitatifs sont régies par la *PPSA*. Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, LBI a cédé le Contrat incitatif successivement à Équitable et à Heritage avant de faire défaut à l'égard du remboursement du prêt que lui avait consenti Équitable. La Cession en faveur de 604 a été conclue après la vente de l'Édifice. Cette cession semble avoir été enregistrée au bureau d'enregistrement des sûretés mobilières, mais seulement après l'enregistrement de la Cession en faveur d'Heritage en octobre 2010.

[58] Le protonotaire Laycock a jugé que la Cession en faveur de 604 était inopérante, parce qu'aucune contrepartie n'avait été payée à son égard. Le juge Jeffrey de la Cour du Banc de la Reine a refusé de trancher cette question ou d'examiner celles des cessions et des rachats. D'après lui, toute question liée à la demande de 604 visant les Paiements incitatifs dépassait le cadre de la question soumise à la cour. Ayant conclu que les Paiements incitatifs se rattachaient au bien-fonds, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont décidé que la *PPSA* ne s'appliquait pas. Le juge O'Brien a quant à lui estimé que, [TRADUCTION] « eu égard à l'objet de la demande initiale et à la preuve au dossier », la Cour d'appel n'était pas en mesure de décider quelle partie avait droit aux Paiements incitatifs (par. 93).

[59] Devant notre Cour, Heritage prétend que la cession en sa faveur a été enregistrée avant la Cession en faveur de 604 et que l'intérêt qu'elle possède à l'égard des Paiements incitatifs devrait en conséquence avoir priorité suivant la *PPSA*. De son côté, 604 réplique que la Cession en faveur d'Équitable était déjà enregistrée en vertu de la *PPSA* au moment de la Cession en faveur de 604. Enfin, Heritage soutient que, si notre Cour refuse de statuer sur la question de la *PPSA*, elle devrait à tout le moins décider si les Paiements incitatifs constituent une chose non possessoire afin de faciliter le déroulement de procédures ultérieures entre les parties.

[60] La *PPSA* s'applique à [TRADUCTION] « toute opération qui crée essentiellement une sûreté, indépendamment de sa forme et de l'identité de la personne qui possède le titre relatif au bien grevé » (al. 3(1)(a)). Nous concluons que les Paiements incitatifs sont une chose non possessoire. Le droit

and is not an interest that runs with the land or that is ancillary to the real property. Therefore, it follows that, contrary to 604's suggestion, any interests in the payments are not exempt from the *PPSA* pursuant to s. 4(f) or (g) thereof. The *PPSA* governs the priority of interests in the Incentive Payments.

[61] Clause 7 of the Equitable Assignment states that the assignment was given by LBI to secure repayment of its mortgage to Equitable. Jeffrey J. held that the Equitable Assignment was only a security interest. O'Brien J.A. accepted Jeffrey J.'s conclusion, as he was also of the view that "the assignment was for purposes of securing the mortgage debt" and that it "constituted a security interest only" (para. 87).

[62] The right to the Incentive Payments, contrary to land lease payments, for example, arose only upon LBI's completion of the rehabilitation work, and their purpose was to satisfy all rights to compensation from the City that flowed from the historic resource designation and from the restoration. They were offered on a one-time basis to the owner of a newly designated building and were never meant to follow the property. This is confirmed by the fact that the parties agree that if the Incentive Payments had been made on a lump sum basis, 604 would not be entitled to recover part of that sum. We are therefore satisfied that the *PPSA* applies to the Incentive Payments.

[63] This being said, to the extent that the parties disagree about the effect of the assignments and the resulting priorities, we would remit this issue alone to a master in chambers to be decided in accordance with our findings above. However, we note that in light of our conclusion that the Equitable Assignment created a security interest only, the most Equitable could have transferred to 604 was its security interest. In this regard, this Court's reasons in the related appeal, *Krayzel Corp. v. Equitable Trust*

aux Paiements incitatifs a simplement un caractère contractuel et n'est pas un intérêt rattaché au bien-fonds ou accessoire à l'immeuble. Contrairement à ce que prétend 604, il s'ensuit qu'aucune cession relative à ces paiements n'échappe à l'application de la *PPSA* par l'effet de l'al. 4(f) ou (g) de cette loi. La *PPSA* régit l'ordre de priorité des Paiements incitatifs.

[61] La clause 7 de la Cession en faveur d'Équitable précise que la cession a été consentie par LBI pour garantir le remboursement de son hypothèque à Équitable. Le juge Jeffrey a statué que cette cession ne constituait qu'une sûreté. Le juge O'Brien a fait sienne cette conclusion du juge Jeffrey, étant lui aussi d'avis que [TRADUCTION] « la cession visait à garantir la créance hypothécaire » et qu'elle « avait uniquement créé une sûreté » (par. 87).

[62] Contrairement à ce qui aurait été le cas s'il s'était agi, par exemple, de paiements découlant d'un bail foncier, le droit aux Paiements incitatifs a pris naissance uniquement lorsque LBI a terminé les travaux de restauration. Ces paiements visaient la satisfaction de l'ensemble des droits à une indemnisation par la Ville pour la désignation de l'Édifice comme ressource historique et pour la restauration de celui-ci. Les paiements constituaient une offre globale à la seule intention du propriétaire d'un édifice récemment désigné et ils n'étaient aucunement censés suivre la propriété. Cette conclusion est confirmée par le fait que les parties s'accordent pour dire que, si les Paiements incitatifs avaient été versés sous forme de somme forfaitaire, 604 n'aurait eu droit à aucune partie de cette somme. Nous sommes donc convaincus que la *PPSA* s'applique aux Paiements incitatifs.

[63] Cela dit, dans la mesure où les parties ne s'entendent pas sur l'effet des cessions et sur l'ordre de priorité en découlant, nous sommes d'avis de renvoyer ce seul aspect à un protonotaire en chambre pour décision conformément aux conclusions que nous énonçons. Nous tenons toutefois à signaler que, vu notre conclusion selon laquelle la Cession en faveur d'Équitable a simplement créé une sûreté, la seule chose qu'Équitable aurait pu transférer à 604 était sa sûreté. À cet égard, les motifs exposés par

Co., 2016 SCC 18, [2016] 1 S.C.R. 273, which are being issued concurrently with the reasons in this appeal, will have to be considered in any further proceedings relating to the Incentive Payments.

VI. Conclusion

[64] We would allow the appeal and restore the order of the master in chambers, with costs throughout to Heritage and LBI as against 604. The Incentive Payments arising under the Incentive Agreement are not an interest in land by operation of the *HRA* and are not among the assets sold to 604. If the parties disagree about the order of priorities under the *PPSA* between the Heritage Assignment and the 604 Assignment, we would remit this issue alone to a master in chambers to be decided in accordance with the foregoing findings.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the respondents the Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson and the Heritage Property Corporation: Willow Park Law Office, Calgary.

Solicitors for the respondent 604 1st Street S.W. Inc.: Gowling WLG (Canada) Inc., Calgary.

notre Cour dans le pourvoi connexe *Krayzel Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 18, [2016] 1 R.C.S. 273, qui est décidé en même temps que le présent appel, devront être pris en compte dans toutes procédures ultérieures portant sur les Paiements incitatifs.

VI. Conclusion

[64] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du protonotaire en chambre, avec dépens payables par 604 en faveur d'Heritage et de LBI devant toutes les cours. Les Paiements incitatifs prévus par le Contrat incitatif ne constituent pas un intérêt foncier par l'effet de la *HRA* et ils ne font pas partie des éléments d'actif vendus à 604. Si les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si c'est la Cession en faveur d'Heritage ou la Cession en faveur de 604 qui a priorité en vertu de la *PPSA*, nous sommes d'avis de renvoyer cette seule question à un protonotaire en chambre pour qu'elle soit tranchée conformément aux conclusions que nous énonçons.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs des intimés Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson et Heritage Property Corporation : Willow Park Law Office, Calgary.

Procureurs de l'intimée 604 1st Street S.W. Inc. : Gowling WLG (Canada) Inc., Calgary.

**Attorney General of Canada and
Canada Revenue Agency** *Appellants*

v.

**Chambre des notaires du Québec and
Barreau du Québec** *Respondents*

and

**Advocates' Society,
Canadian Bar Association,
Federation of Law Societies of Canada and
Criminal Lawyers' Association** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC**

2016 SCC 20

File No.: 35892.

2015: November 3; 2016: June 3.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Constitutional law — Charter of rights — Search and seizure — Professional secrecy of notaries and lawyers — Income tax — Tax audit and collection — Whether ss. 231.2(1) and 231.7 and definition of “solicitor-client privilege” set out in s. 232(1) of Income Tax Act infringe right guaranteed by s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms insofar as they apply to lawyer or notary — If so, whether that impairment can be justified under s. 1 of Charter — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) “solicitor-client privilege”.

Taxation — Income tax — Enforcement — Professional secrecy of notaries and lawyers — Statutory provision requiring provision of documents or information for audit or enforcement purposes — Constitutional validity of requirement scheme with respect to notaries

**Procureur général du Canada et
Agence du revenu du Canada** *Appelants*

c.

**Chambre des notaires du Québec et
Barreau du Québec** *Intimés*

et

**Advocates' Society,
Association du Barreau canadien,
Fédération des ordres professionnels
de juristes du Canada et
Criminal Lawyers' Association** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC**

2016 CSC 20

N° du greffe : 35892.

2015 : 3 novembre; 2016 : 3 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Secret professionnel du notaire et de l'avocat — Impôt sur le revenu — Vérification fiscale et recouvrement — Dans la mesure où les art. 231.2(1) et 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée à l'art. 232(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti par l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel du notaire et de l'avocat — Disposition législative exigeant la production de documents ou la fourniture de renseignements pour fins de vérification ou d'exécution — Validité constitutionnelle du régime

and lawyers and of exception for accounting records of lawyer provided for in definition of “solicitor-client privilege” set out in Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) “solicitor-client privilege”.

Some notaries practising law in Quebec received requirements to provide documents or information from the Minister of National Revenue under s. 231.2 of the *ITA*. The purpose of these requirements was to obtain information or documents relating to clients of the notaries for tax collection or audit purposes. Some of the notaries who received such requirements contacted the Chambre des notaires du Québec (« Chambre ») to raise concerns about their clients’ right to professional secrecy. The Chambre instituted a declaratory action against the Attorney General of Canada and the Canada Revenue Agency (“CRA”) for the purpose of having ss. 231.2 and 231.7 of the *ITA* and the exception for the accounting records of notaries and lawyers set out in the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) declared to be unconstitutional and of no force or effect with respect to notaries. The Barreau du Québec (« Barreau ») joined in the proceedings as an intervener for the purpose of having any declaration made by the courts concerning the legislative provisions in question apply equally to its members.

The Superior Court and the Court of Appeal ruled in favour of the Chambre and the Barreau. The Court of Appeal found that, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, ss. 231.2(1) and 231.7 and the accounting records exception set out in s. 232(1) are unconstitutional and of no force or effect with respect to Quebec notaries and lawyers for all information and documents protected by professional secrecy.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 8 of the *Charter* protects against unreasonable searches and seizures. There are two questions that must be answered to determine whether a government action was contrary to s. 8: whether the government action intruded upon an individual’s reasonable expectation of privacy, in which case it constituted a seizure within the meaning of s. 8, and whether the seizure was an unreasonable intrusion on that right to privacy.

The first of these questions is not problematic, as the Court has already established that a requirement constitutes a seizure within the meaning of s. 8. The seizure in

des demandes péremptoires à l’égard des notaires et des avocats et de l’exception relative aux relevés comptables d’un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure dans la loi — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

Des notaires pratiquant le droit au Québec reçoivent des demandes péremptoires du ministre du Revenu national formulées sous l’autorité de l’art. 231.2 de la *LIR*. Ces demandes visent l’obtention de renseignements ou de documents à l’égard de clients de ces notaires, aux fins de mesures de recouvrement ou de vérification fiscale. Certains notaires qui reçoivent de telles demandes communiquent alors avec la Chambre des notaires du Québec (« Chambre ») et soulèvent des craintes à l’égard du droit au secret professionnel de leurs clients. Dans ce contexte, la Chambre intente un recours déclaratoire contre le procureur général du Canada et l’Agence du revenu du Canada (« ARC »), afin de faire déclarer les art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*, de même que l’exception relative aux relevés comptables d’un notaire ou d’un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » du par. 232(1), inconstitutionnels, inopérants et sans effet à l’égard des notaires. Le Barreau du Québec (« Barreau ») s’est joint à la procédure à titre d’intervenant, afin que toute déclaration rendue par les tribunaux sur les dispositions législatives concernées soit également applicable à ses membres.

La Cour supérieure et la Cour d’appel donnent raison à la Chambre et au Barreau. La Cour d’appel conclut que, en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le par. 231.2(1), l’art. 231.7 et l’exception relative aux relevés comptables du par. 232(1) sont inconstitutionnels, inopérants et sans effet à l’égard des notaires et avocats du Québec, et ce, pour tous les renseignements et documents protégés par le secret professionnel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’article 8 de la *Charte* fournit une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Pour déterminer si une action gouvernementale est contraire à l’art. 8, il faut répondre à deux questions, soit celle de savoir si l’action gouvernementale empiète sur une attente raisonnable au respect de la vie privée d’un particulier, auquel cas elle constitue une saisie au sens de l’art. 8, et celle de savoir si la saisie représente une atteinte abusive à ce droit à la vie privée.

La première question ne pose pas problème, puisque la Cour a déjà établi que la demande péremptoire constitue une saisie au sens de l’art. 8. La saisie en l’espèce

this case involves information or documents that may be protected by the professional secrecy of notaries or lawyers. Professional secrecy must remain as close to absolute as possible, and it is generally seen as a fundamental and substantive rule of law. In this respect, professional secrecy has a deep significance regardless of the nature of the legal advice being sought or the context in which it is sought. For the purposes of the analysis under s. 8 of the *Charter*, the civil and administrative context of the requirement scheme does not diminish the taxpayer's expectation of privacy for information that is protected by professional secrecy. A client of a notary or a lawyer has a reasonable expectation of privacy for information and documents that are in the possession of the notary or lawyer and in respect of which a requirement is issued.

In answering the second question, the courts must balance the interests at stake, namely an individual's privacy interest on the one hand and the state's interest in carrying out a search or seizure on the other. Where the interest at stake is the professional secrecy of legal advisers, which is a principle of fundamental justice and a legal principle of supreme importance, the usual balancing exercise under s. 8 will not be particularly helpful. Stringent standards must be adopted to protect professional secrecy. This means that any legislative provision that interferes with professional secrecy more than is absolutely necessary will be labelled unreasonable.

In this case there are several defects that cause a requirement sent to a notary or lawyer concerning information that is protected by professional secrecy to be unreasonable and contrary to s. 8, namely that the client is given no notice of the requirement, that an inappropriate burden is placed solely on the notary or lawyer concerned, that compelling disclosure of the information being sought is not absolutely necessary and that no measures have been taken to help mitigate the impairment of professional secrecy. The requirement scheme serves legitimate purposes, namely the collection of amounts owed to the CRA and tax audits, but the existence of an important purpose cannot justify sidestepping the protection afforded by s. 8 of the *Charter*. The constitutional defects in the requirement scheme are all the more unacceptable given that they could easily be mitigated and remedied by way of measures that are compatible with the state's obligations relating to the protection of professional secrecy. Currently, therefore, the impairment permitted by the requirement scheme set out in ss. 231.2(1) and 231.7 of the *ITA* is not consistent with the principle of minimization.

visé des renseignements ou documents qui peuvent contenir des informations protégées par le secret professionnel du notaire ou de l'avocat. Le secret professionnel doit demeurer aussi absolu que possible et est généralement considéré comme une règle de droit fondamentale et substantielle. Sous ce rapport, le secret professionnel revêt une grande importance, peu importe la nature ou le contexte de l'avis juridique sollicité. Aux fins de l'analyse au regard de l'art. 8 de la *Charte*, le contexte civil et administratif dans lequel se retrouve le régime des demandes péremptoires ne diminue pas les attentes relatives à la vie privée du contribuable en matière d'information protégée par le secret professionnel. Le client a une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux renseignements et aux documents visés par une demande péremptoire qui sont en la possession de son notaire ou de son avocat.

Pour répondre à la deuxième question, les tribunaux doivent pondérer les intérêts en cause, soit, d'une part, l'intérêt à la vie privée d'un individu et, d'autre part, celui de l'État à entreprendre une fouille, perquisition ou saisie. Lorsque l'intérêt en jeu est le secret professionnel du conseiller juridique — un principe de justice fondamentale et de droit de la plus haute importance — l'exercice d'évaluation habituellement entrepris au regard de l'art. 8 ne s'avèrera pas particulièrement utile. Il faut adopter des normes rigoureuses pour assurer la protection du secret professionnel. Sera donc qualifiée d'abusives toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire.

En l'espèce, plusieurs lacunes rendent abusives et contraires à l'art. 8 les demandes péremptoires adressées à un notaire ou à un avocat en ce qui concerne l'information protégée par le secret professionnel, soit : l'absence d'avis au client de la demande péremptoire, le fardeau inopportun placé uniquement sur les épaules du notaire et de l'avocat visé, l'absence de nécessité absolue de forcer la divulgation recherchée et l'absence de mesures pour favoriser une atténuation des atteintes au secret professionnel. Le régime des demandes péremptoires poursuit un but légitime, soit le recouvrement de sommes dues à l'ARC et la vérification fiscale, mais l'existence d'un objectif important ne peut justifier de faire abstraction des protections qu'offre l'art. 8 de la *Charte*. Les lacunes constitutionnelles du régime des demandes péremptoires sont d'autant plus intolérables qu'elles pourraient facilement être atténuées et corrigées par des mesures qui respectent les obligations de l'État en matière de protection du secret professionnel. Ainsi, à l'heure actuelle, l'atteinte que permet le régime des demandes péremptoires prévu au par. 231.2(1) et à l'art. 231.7 de la *LIR* ne respecte pas le principe de minimisation.

The exception whose effect is to exclude the accounting records of notaries and lawyers from the protection of professional secrecy and which is set out in s. 232(1) of the *ITA* also infringes the rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*. To determine whether an abrogation of professional secrecy in the context of a seizure is constitutional, a court must consider what characterizes professional secrecy as a substantive right. Thus, a legislative provision cannot, by abrogating professional secrecy, authorize the state to gain access to information that is normally protected, where the abrogation is not absolutely necessary to achieve the purposes of the legislation. Limits on professional secrecy must take into account the duty recognized by the Court to minimize impairments, and the exceptions must be precisely defined. In this case, the exception is broad and undefined, as it permits the seizure of any accounting record of a notary or a lawyer, and is therefore problematic from the standpoint of the absolute necessity test. Moreover, for all practical purposes, the exception removes from the court's jurisdiction the determination of whether accounting records in respect of which a requirement has been issued are privileged. In sum, in the absence of absolute necessity and given that there is no possibility of judicial review to ensure that professional secrecy is protected, the accounting records exception allows the unreasonable seizure of information found in the accounting records of notaries or lawyers.

Because the statutory provisions in question — ss. 231.2(1) and 231.7 and the accounting records exception set out in s. 232(1) of the *ITA* — do not minimally impair the right to professional secrecy, they cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. As for the appropriate remedy in this case, since the Court has already found that the requirement scheme is generally constitutional insofar as requirements are sent to taxpayers, it is neither necessary nor appropriate to find that the entire scheme is invalid. The requirement scheme in the *ITA* infringes s. 8 of the *Charter* and must be declared to be unconstitutional insofar as it applies to notaries and lawyers in Quebec. Section 231.2(1) of the *ITA*, which authorizes the Minister to send requirements, and s. 231.7 of the *ITA*, which authorizes the Minister to apply to a court to follow up on a requirement, are unconstitutional, and inapplicable to notaries and lawyers in their capacity as legal advisers. The exception for a lawyer's accounting records set out in the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) of the *ITA* is unconstitutional and invalid.

L'exception qui a pour effet d'exclure les relevés comptables d'un notaire ou d'un avocat de la protection du secret professionnel et qui est prévue au par. 232(1) de la *LIR* porte également atteinte aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*. L'analyse de la validité constitutionnelle d'une suppression du secret professionnel dans le cadre d'une saisie doit tenir compte de ce qui le caractérise en tant que droit substantiel. Ainsi, une disposition législative ne peut permettre à l'État d'avoir accès à une information normalement protégée en supprimant le secret professionnel au-delà de la mesure dans laquelle la suppression est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs de la loi. Les restrictions au secret professionnel doivent tenir compte de l'obligation de minimisation des atteintes reconnue par la Cour et les exceptions doivent être circonscrites avec précision. En l'espèce, l'exception est large et non définie, permettant la saisie de tout relevé comptable d'un notaire ou d'un avocat et en ce sens, elle est problématique du point de vue du critère de la nécessité absolue. De plus, l'exception fait en sorte que le contrôle judiciaire du caractère privilégié des relevés comptables visés par une demande péremptoire est à toutes fins pratiques éliminé. En somme, en l'absence d'une nécessité absolue et de tout contrôle judiciaire visant à assurer la protection du secret professionnel, l'exception relative aux relevés comptables rend abusive la saisie d'information contenue dans les relevés comptables de notaires ou d'avocats.

Puisque les dispositions législatives concernées, que ce soit le par. 231.2(1), l'art. 231.7 ou l'exception relative aux relevés comptables du par. 232(1) de la *LIR*, ne constituent pas une atteinte minimale au secret professionnel, elles ne peuvent être sauvegardées par application de l'article premier de la *Charte*. Quant à la réparation convenable en l'espèce, puisque la Cour a déjà reconnu le régime des demandes péremptoires comme étant, règle générale, constitutionnel dans la mesure où les demandes sont envoyées aux contribuables, il n'est ni nécessaire ni opportun d'invalider le régime dans son entièreté. Le régime des demandes péremptoires de la *LIR* contrevient à l'art. 8 de la *Charte* et doit être déclaré inconstitutionnel dans la mesure où il s'applique aux notaires et aux avocats du Québec. Le paragraphe 231.2(1) de la *LIR*, qui autorise le Ministre à envoyer des demandes péremptoires, et l'art. 231.7 de la *LIR*, qui l'autorise à s'adresser aux tribunaux pour y donner suite, sont inconstitutionnels et inapplicables aux notaires et aux avocats en leur qualité de conseillers juridiques. L'exception relative aux relevés comptables d'un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure au par. 232(1) de la *LIR* est inconstitutionnelle et invalide.

Cases Cited

Distinguished: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada* (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; **applied:** *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada* (Attorney General), 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Canada* (Attorney General) v. *Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; **referred to:** *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Canada* (Privacy Commissioner) v. *Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185; *Goodis v. Ontario* (Ministry of Correctional Services), 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Canada* (National Revenue) v. *Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381; *Organic Research Inc. v. Minister of National Revenue* (1990), 111 A.R. 336; *Pritchard v. Ontario* (Human Rights Commission), 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *R. v. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Carter v. Canada* (Attorney General), 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31 [now *Tax Administration Act*, CQLR, c. A-6.002], s. 39.

Act to amend the Income Tax Act, S.C. 1956, c. 39, s. 28.

Act to amend the Income Tax Act and the Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act, S.C. 1965, c. 18, s. 26.

Act to facilitate the payment of support, CQLR, c. P-2.2, s. 57.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8.

Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, s. 9.

Constitution Act, 1982, s. 52.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada* (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; **arrêts appliqués :** *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada* (Procureur général), 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Canada* (Procureur général) c. *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; **arrêts mentionnés :** *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Canada* (Commissaire à la protection de la vie privée) c. *Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185; *Goodis c. Ontario* (Ministère des Services correctionnels), 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Canada* (Revenu national) c. *Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381; *Organic Research Inc. c. Minister of National Revenue* (1990), 111 A.R. 336; *Pritchard c. Ontario* (Commission des droits de la personne), 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *R. c. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Carter c. Canada* (Procureur général), 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 9.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 488.1.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 230 à 232, 231.1, 231.2, 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat », (2)a, 238.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148.

Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires, RLRQ, c. P-2.2, art. 57.

Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1956, c. 39, art. 28.

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 230 to 232, 231.1, 231.2, 231.7, 232(1) “solicitor-client privilege”, (2)(a), 238.

Authors Cited

Geddes, Gloria. “The Fragile Privilege: Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege” (1999), 47 *Can. Tax J.* 799.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8., revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Léger and Fournier J.J.A.), 2014 QCCA 552, [2014] AZ-51056416, [2014] J.Q. n° 2296 (QL), 2014 CarswellQue 8337 (WL Can.), setting aside in part a decision of Blanchard J., 2010 QCCS 4215, [2010] R.J.Q. 2069, [2010] AZ-50670160, [2010] J.Q. n° 8868 (QL), 2010 CarswellQue 9351 (WL Can.). Appeal dismissed.

Marc Ribeiro, Christopher Rupar and Chantal Comtois, for the appellants.

Raymond Doray and Loïc Berdnikoff, for the respondent Chambre des notaires du Québec.

Giuseppe Battista, for the respondent Barreau du Québec.

Pierre Bienvenu and Andres Garin, for the interveners the Advocates’ Society.

Mahmud Jamal, Alexandre Fallon and W. David Rankin, for the interveners the Canadian Bar Association.

John B. Laskin and Yael Bienenstock, for the interveners the Federation of Law Societies of Canada.

Brian Gover, Justin Safayeni and Carlo Di Carlo, for the interveners the Criminal Lawyers’ Association.

Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu et la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, S.C. 1965, c. 18, art. 26.

Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., c. M-31 [maintenant *Loi sur l’administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002], art. 39.

Doctrine et autres documents cités

Geddes, Gloria. « The Fragile Privilege : Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege » (1999), 47 *Rev. fisc. can.* 799.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, revised by John T. McNaughton, Boston, Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Bich, Léger et Fournier), 2014 QCCA 552, [2014] AZ-51056416, [2014] J.Q. n° 2296 (QL), 2014 CarswellQue 1639 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Blanchard, 2010 QCCS 4215, [2010] R.J.Q. 2069, [2010] AZ-50670160, [2010] J.Q. n° 8868 (QL), 2010 CarswellQue 9351 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Marc Ribeiro, Christopher Rupar et Chantal Comtois, pour les appelants.

Raymond Doray et Loïc Berdnikoff, pour l’intimée la Chambre des notaires du Québec.

Giuseppe Battista, pour l’intimé le Barreau du Québec.

Pierre Bienvenu et Andres Garin, pour l’intervenante Advocates’ Society.

Mahmud Jamal, Alexandre Fallon et W. David Rankin, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

John B. Laskin et Yael Bienenstock, pour l’intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Brian Gover, Justin Safayeni et Carlo Di Carlo, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Overview

[1] In this appeal, the Attorney General of Canada (“AGC”) and the Canada Revenue Agency (“CRA”), on the one hand, and the Chambre des notaires du Québec (“Chambre”) and the Barreau du Québec (“Barreau”), on the other, disagree about the requirement procedure set out in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”). This procedure enables the tax authorities to require any person to provide information or documents for any purpose related to the administration of the *ITA*.

[2] The Chambre and the Barreau submit that, when a “requirement to provide documents or information” is sent to a notary or a lawyer, there is a risk that the information or documents being sought will, unbeknownst to the legal adviser’s client, reveal particulars that are protected by the professional secrecy of notaries and lawyers, otherwise known as solicitor-client privilege. To this extent, it is argued, the relevant provisions of the *ITA* infringe the rights guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”), and the infringement cannot be justified under s. 1.

[3] The AGC and the CRA counter that the Canadian tax system is based on the principle of self-reporting and self-assessment, which means that the tax authorities must rely on broad powers of audit to ensure the system’s integrity. In this regard, they argue, the requirement procedure does not infringe any section of the *Charter*. Because the requirements in question are issued in an administrative context, not a criminal one, taxpayers have a lower expectation of privacy. In addition, according to the exception set out in the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) of the *ITA*, the accounting records of a notary or a lawyer, which contain information that is *prima facie* not privileged, are not protected by professional

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

I. Aperçu

[1] Dans le présent pourvoi, le procureur général du Canada (« PGC ») et l’Agence du revenu du Canada (« ARC »), d’une part, et la Chambre des notaires du Québec (« Chambre ») et le Barreau du Québec (« Barreau »), d’autre part, s’affrontent au sujet de la procédure de demandes péremptoires prévue dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »). Ces demandes péremptoires permettent aux autorités fiscales de requérir de toute personne des renseignements ou documents dans le cadre de l’application de la *LIR*.

[2] La Chambre et le Barreau soutiennent que, lorsque les demandes péremptoires sont adressées à un notaire ou à un avocat, il y a un risque que les renseignements ou documents recherchés divulguent, à l’insu du client du conseiller juridique, de l’information protégée par le secret professionnel. Dans cette mesure, les dispositions pertinentes de la *LIR* porteraient atteinte aux droits garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »). Cette atteinte ne pourrait se justifier en vertu de l’article premier.

[3] Le PGC et l’ARC rétorquent que le régime fiscal canadien repose sur le principe de l’auto-déclaration et de l’autocotisation. Les autorités fiscales doivent en conséquence compter sur de vastes pouvoirs de vérification pour en assurer l’intégrité. Sous ce rapport, la procédure de demandes péremptoires n’enfreindrait aucun article de la *Charte*. Puisque ces demandes sont faites dans un contexte administratif et non criminel, les attentes des contribuables quant à leur vie privée seraient moins élevées. En outre, selon l’exception contenue à la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *LIR*, les relevés comptables d’un notaire ou d’un avocat, qui renferment des informations de prime

secrecy (“the accounting records exception”). The AGC and the CRA submit that this exception is valid and that the CRA should have access to information of this nature by means of requirements issued to such legal advisers.

[4] The Superior Court and the Court of Appeal ruled in favour of the Chambre and the Barreau. The Court of Appeal found that, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, ss. 231.2(1) and 231.7 and the accounting records exception are unconstitutional and of no force or effect with respect to Quebec notaries and lawyers for all information and documents protected by professional secrecy. We are in substantial agreement and would dismiss the appeal.

[5] The Court has held in the past that professional secrecy is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 49). It is also a civil right of supreme importance in the Canadian justice system. Professional secrecy must thus remain as close to absolute as possible, and the courts must adopt stringent standards to protect it.

[6] A requirement under the *ITA* constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The seizures made in this case are unreasonable and are contrary to that section, because the requirement scheme and the exception for accounting records do not provide adequate protection for the professional secrecy of notaries and lawyers. The procedure set out in the *ITA* does not require that the client, who is the holder of the privilege, be informed of the requirement or of any proceeding brought by the CRA to obtain an order to provide information or documents. The procedure also places the entire burden of protecting the privilege on the notary or lawyer. Finally, the AGC and the CRA have not established that it is absolutely necessary here to impair professional secrecy. Because the impugned provisions do not minimally impair the right to professional secrecy, they also cannot be saved under

abord non privilégiées, ne sont pas couverts par le secret professionnel (« l’exception relative aux relevés comptables »). Cette exception serait valide et l’ARC devrait avoir accès à ce type d’information dans le cadre des demandes péremptoires faites auprès de ces conseillers juridiques.

[4] La Cour supérieure et la Cour d’appel ont donné raison à la Chambre et au Barreau. La Cour d’appel a conclu que, en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le par. 231.2(1), l’art. 231.7 et l’exception relative aux relevés comptables sont inconstitutionnels, inopérants et sans effet à l’égard des notaires et avocats du Québec, et ce, pour tous les renseignements et documents protégés par le secret professionnel. Nous sommes d’accord pour l’essentiel et nous rejeterions l’appel.

[5] La Cour a déjà reconnu que le secret professionnel est un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49). C’est aussi un droit civil de la plus haute importance dans le système de justice canadien. Le secret professionnel doit donc demeurer aussi absolu que possible, et les tribunaux doivent adopter des normes rigoureuses afin d’en assurer la protection.

[6] Une demande péremptoire sous le régime de la *LIR* constitue une saisie au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Or, les saisies effectuées en l’espèce sont abusives et violent cet article, car le régime des demandes péremptoires et l’exception relative aux relevés comptables ne protègent pas adéquatement le secret professionnel du notaire et de l’avocat. En effet, la procédure prévue par la *LIR* n’exige pas que le client, détenteur du privilège, soit informé de la demande péremptoire ou de tout recours entrepris par l’ARC pour obtenir une ordonnance de production. De plus, cette procédure fait reposer tout le poids de la protection du privilège sur les épaules du notaire ou de l’avocat. Enfin, le PGC et l’ARC n’établissent pas qu’il y a ici nécessité absolue de porter atteinte à ce secret professionnel. Les dispositions attaquées ne constituant pas une atteinte minimale au droit au secret professionnel,

s. 1. In light of this conclusion, a separate analysis under s. 7 of the *Charter* will not be necessary.

II. Background

A. *Requirement Scheme of the ITA*

[7] Three provisions of the *ITA* relating to the requirement scheme are central to this appeal. They are set out in full in the appendix.

[8] The first of these provisions, s. 231.2(1), authorizes the Minister of National Revenue (“Minister”), by notice served personally or by registered or certified mail, to require a person to provide information or documents concerning a taxpayer within a reasonable time stipulated in the notice. This section therefore allows the CRA, for and on behalf of the Minister, to send a notary or lawyer a requirement concerning a client. But in most cases, the client in question has no knowledge of the requirement. The CRA generally sends the notice to the notary or lawyer without sending a copy to the client, that is, to the taxpayer about whom information is being sought. Moreover, the requirement is issued without judicial intervention.

[9] The second provision, s. 231.7, comes into play where a person to whom a requirement is issued refuses to provide the information or documents being sought. In such a case, this section provides that the Minister may have recourse to the courts by means of a proceeding of a summary nature. Section 231.7 authorizes a judge, on application by the Minister, to order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister if the judge is satisfied that the person in question did not do so when required under s. 231.1 or 231.2 of the *ITA*. However, this section provides that the judge may make an order in respect of the information or document being sought only if the information or

elles ne peuvent par ailleurs être sauvegardées en application de l’article premier. Compte tenu de cette conclusion, une analyse distincte au regard de l’art. 7 de la *Charte* n’est pas nécessaire.

II. Contexte

A. *Le régime des demandes péremptoires de la LIR*

[7] Trois dispositions de la *LIR* relatives au régime des demandes péremptoires sont au cœur du pourvoi. Elles sont reproduites intégralement en annexe.

[8] La première disposition, le par. 231.2(1), permet au ministre du Revenu national (« Ministre ») d’exiger d’une personne, par voie d’avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, qu’elle fournisse des informations ou produise des documents à l’égard d’un contribuable, et ce, dans un délai raisonnable précisé dans l’avis. En ce qui touche un notaire ou un avocat, ce paragraphe permet ainsi à l’ARC, pour et au nom du Ministre, de leur acheminer une demande péremptoire à l’égard de leurs clients. Dans la plupart des cas, cette demande se fait cependant à l’insu de ces clients. De façon générale, l’avis est en effet acheminé au notaire ou à l’avocat sans qu’une copie ne soit transmise au client, le contribuable à l’égard duquel on cherche à obtenir de l’information. La demande se fait en outre sans intervention des tribunaux.

[9] La deuxième disposition, l’art. 231.7, entre en jeu lorsque la personne à qui est adressée une demande péremptoire refuse de fournir les renseignements ou les documents recherchés. Dans un tel cas, aux termes de cet article le Ministre peut avoir recours aux tribunaux au moyen d’une procédure qui se veut sommaire. Sur demande du Ministre, l’article permet à un juge, s’il est convaincu qu’une personne ne l’a pas fait alors qu’elle y était tenue en vertu des art. 231.1 ou 231.2 de la *LIR*, d’ordonner à cette dernière de fournir l’accès, l’aide, les renseignements ou les documents que le Ministre cherche à obtenir. Par contre, l’article prévoit que le juge ne peut prononcer une ordonnance à l’égard des renseignements ou des

document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege within the meaning of s. 232(1) of the *ITA*.

[10] The third provision is the definition of “solicitor-client privilege” set out in s. 232(1):

solicitor-client privilege means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person’s lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

[11] This definition was added to the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, in 1956 (c. 39, s. 28). At the time, professional secrecy had not yet attained the status it is given today. As for the “accounting record of a lawyer” exception, it was added to the definition in 1965 (c. 18, s. 26), although the term “accounting record” is not defined in the *ITA*. The definition and the exception have remained unchanged since they were first enacted. The third paragraph of s. 232(1) provides that, for the purposes of s. 232, the term “lawyer” includes both notaries and advocates in Quebec.

[12] It should be added that the *ITA*’s requirement scheme provides for sanctions up to and including imprisonment for persons who have failed to comply with any of ss. 230 to 232 (s. 238(1) of the *ITA*, also reproduced in the appendix). However, a notary or lawyer who is prosecuted for failure to comply with a requirement can raise professional secrecy as a defence and must be acquitted if the judge is satisfied that the notary or lawyer had reasonable grounds to believe that solicitor-client privilege applied to the information or document being sought (s. 232(2)(a) of the *ITA*).

documents recherchés que si le privilège des communications entre client et avocat, au sens du par. 232(1) de la *LIR*, ne peut être invoqué à leur endroit.

[10] La troisième disposition est la définition du privilège des communications entre client et avocat qu’édicte le par. 232(1) :

privilège des communications entre client et avocat Droit qu’une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle sauf que, pour l’application du présent article, un relevé comptable d’un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

[11] Cette définition a été ajoutée à la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, en 1956 (c. 39, art. 28). À l’époque, le secret professionnel n’avait pas encore atteint le statut qu’on lui reconnaît aujourd’hui. L’exception relative au « relevé comptable d’un avocat » a quant à elle été ajoutée à la définition en 1965 (c. 18, art. 26); le terme « relevé comptable » n’est toutefois pas défini dans la *LIR*. Cette définition et cette exception sont demeurées inchangées depuis leur adoption. Le premier alinéa du par. 232(1) précise que pour l’application de cet article, le terme « avocat » inclut au Québec à la fois le notaire et l’avocat.

[12] Il convient d’ajouter que le régime des demandes péremptoires de la *LIR* prévoit des sanctions pouvant aller jusqu’à l’emprisonnement pour les personnes qui contreviennent à l’un des art. 230 à 232 (par. 238(1) de la *LIR*, également reproduit en annexe). Le notaire ou l’avocat qui fait l’objet d’une poursuite en raison d’un défaut d’obtempérer à une demande péremptoire peut cependant invoquer le secret professionnel comme moyen de défense. Il doit être acquitté si le juge est satisfait qu’il avait des motifs raisonnables de croire que le renseignement recherché ou le document visé bénéficiait du privilège des communications entre client et avocat (al. 232(2)a de la *LIR*).

B. *Source of the Dispute*

[13] The factual background to the parties' dispute is essentially quite simple. In recent years, notaries practising law in Quebec have received requirements issued by the CRA under s. 231.2 of the *ITA*. The purpose of all these requirements has been to obtain information or documents relating to clients of the notaries for tax collection or audit purposes. According to the CRA, the information in question falls within the accounting records exception set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA*. In almost every one of the requirements filed in evidence, the CRA official who sent the requirement advised the notary of the possible sanctions — namely a fine or imprisonment — for failing to comply with it.

[14] Some of the notaries who received such requirements contacted the Chambre to raise concerns about their clients' right to professional secrecy. The Chambre tried unsuccessfully to negotiate a compromise with the CRA on what should be done when requirements are issued to notaries. The failure of the negotiation led the Chambre to institute a declaratory action against the AGC and the CRA in the Superior Court for the purpose of having ss. 231.2 and 231.7 of the *ITA* and the accounting records exception declared to be unconstitutional and of no force or effect with respect to notaries. The Chambre argued, *inter alia*, that those provisions authorized unreasonable seizures contrary to the *Charter* because they did not include adequate protection for professional secrecy. In its action, the Chambre also requested that a series of documents regularly held or prepared by its members in their practice be declared to be *prima facie* privileged.

[15] The Barreau, whose members are lawyers practising in Quebec to whom similar requirements could be issued for information and documents relating to their clients, joined in the proceedings as an intervener for the purpose of having any declaration

B. *La source du litige*

[13] Le litige qui oppose les parties découle d'un contexte factuel somme toute assez simple. Au cours des dernières années, des notaires pratiquant le droit au Québec reçoivent des demandes péremptoires de l'ARC formulées sous l'autorité de l'art. 231.2 de la *LIR*. Dans tous les cas, ces demandes visent l'obtention de renseignements ou de documents à l'égard de clients de ces notaires, aux fins de mesures de recouvrement ou de vérification fiscale. Selon l'ARC, il s'agit d'informations qui tombent sous l'exception relative aux relevés comptables prévue dans la définition du privilège avocat-client du par. 232(1) de la *LIR*. Dans la quasi-totalité des demandes déposées en preuve, le fonctionnaire de l'ARC qui fait parvenir la demande péremptoire avise le notaire des sanctions pénales possibles, soit l'amende ou l'emprisonnement, s'il ne donne pas suite à la demande.

[14] Certains notaires qui reçoivent de telles demandes communiquent alors avec la Chambre et soulèvent des craintes à l'égard du droit au secret professionnel de leurs clients. Dans ce contexte, la Chambre tente, mais sans succès, de négocier avec l'ARC un compromis sur la façon de procéder lorsque ces demandes péremptoires sont adressées à des notaires. En raison de cet échec, la Chambre intente un recours déclaratoire devant la Cour supérieure contre le PGC et l'ARC, afin de faire déclarer les art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*, de même que l'exception relative aux relevés comptables, inconstitutionnels, inopérants et sans effet à l'égard des notaires. La Chambre soutient notamment que ces dispositions autorisent des saisies abusives contraires à la *Charte*, en ce qu'elles sont dépourvues de mesures de protection adéquates pour assurer le respect du secret professionnel. Dans son recours, la Chambre cherche également à faire déclarer *prima facie* privilégiés une série de documents régulièrement détenus ou préparés par ses membres dans le cadre de leurs activités professionnelles.

[15] Le Barreau, dont les membres sont des avocats pratiquant au Québec qui peuvent faire l'objet de demandes péremptoires similaires à l'égard de renseignements et de documents relatifs à leurs clients, s'est joint à la procédure à titre d'intervenant, afin

made by the courts concerning the legislative provisions in question apply equally to its members.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2010 QCCS 4215, [2010] R.J.Q. 2069*

[16] Blanchard J. allowed the Chambre's action. He made an order declaring that ss. 231.2 and 231.7 of the *ITA* and the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA* are unconstitutional and of no force or effect with respect to notaries and lawyers in Quebec for documents protected by professional secrecy. He also granted the request to recognize a list of legal documents prepared by notaries or lawyers in the practice of their profession as being *prima facie* protected by professional secrecy regardless of the medium on which the documents in question are found.

[17] In his reasons, Blanchard J. noted at the outset that there was no need for a lengthy discussion of the distinction between notaries and lawyers. Both are legal advisers. As such, they have the same duty and obligation to respect their clients' right to professional secrecy. After reviewing this Court's decisions on the professional secrecy of notaries and lawyers, Blanchard J. concluded that, in this case, there was no reason to draw a distinction based on whether the seizure in question occurred in a civil or a criminal context. He added that the distinction advanced by the CRA between "facts" and "communications" was not justified. In his view, the relationship between a legal professional and a client presupposes that all actions, documents and information resulting from that relationship are *prima facie* privileged. He also expressed the view that exceptions to professional secrecy should be made very rarely and only as a last resort.

[18] Concerning the impugned provisions of the *ITA*, Blanchard J. observed that the procedure established by Parliament does not provide a way for

que toute déclaration rendue par les tribunaux sur les dispositions législatives concernées soit également applicable à ses membres.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2010 QCCS 4215, [2010] R.J.Q. 2069*

[16] Le juge Blanchard accueille le recours de la Chambre. Il rend une ordonnance déclarant inconstitutionnels, inopérants et sans effet les art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*, ainsi que la définition du « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *LIR*, à l'égard des notaires et des avocats du Québec en ce qui concerne les documents protégés par le secret professionnel. Il acquiesce également à la demande de reconnaître comme *prima facie* protégés par le secret professionnel une liste de documents de nature juridique préparés par un notaire ou un avocat dans le cadre de sa profession, et ce, quel que soit le support sur lequel ces documents se trouvent.

[17] Dans ses motifs, le juge Blanchard souligne d'emblée qu'il n'est pas nécessaire de discuter longuement de la distinction entre notaire et avocat. Tous deux sont des conseillers juridiques. À ce titre, ils ont les mêmes devoirs et obligations de respecter le droit au secret professionnel de leurs clients. Après un survol de la jurisprudence de notre Cour relative au secret professionnel du notaire et de l'avocat, le juge Blanchard conclut qu'il n'y a pas lieu de faire en l'espèce une distinction entre le contexte civil ou criminel des saisies concernées. Il ajoute que la distinction entre « faits » et « communications » avancée par l'ARC n'a pas sa raison d'être. À ses yeux, la relation entre un professionnel du droit et un client suppose que tous les gestes, documents et informations découlant de cette relation sont *prima facie* privilégiés. Il se dit également d'avis que les exceptions au secret professionnel devraient être rarissimes et utilisées uniquement en dernier recours.

[18] Sur les dispositions contestées de la *LIR*, le juge Blanchard note que la procédure mise en place par le législateur fédéral ne permet pas au client

clients who hold the right to professional secrecy to know that their right is in jeopardy or to ensure that it is protected: only the person against whom an order is sought has to be given notice of a summary application made by the Minister to a judge. In the context of this case, that person is the notary. The fact that a judge can order a person to provide documents does not ensure that the holder of the right to professional secrecy is given a reasonable opportunity to raise an objection in order to maintain the confidentiality of privileged information. Blanchard J. concluded that ss. 231.2 and 231.7 result in an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*.

[19] As to the accounting records exception, Blanchard J. found that it also had to be declared to be of no force or effect under the Constitution. In his view, the CRA should always have to apply directly to a superior court judge when seeking to obtain privileged information.

B. *Quebec Court of Appeal, 2014 QCCA 552*

[20] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal, but solely to make a minor change to para. 125 of the trial judge's judgment and to strike out paras. 126-27 thereof. The primary purpose of the changes was to make it clear that where s. 231.2 of the *ITA* was concerned, only subs. (1) was to be declared to be of no force or effect with respect to a requirement sent to a taxpayer's notary or lawyer. In addition, the changes limited the scope of the declaration of unconstitutionality to the accounting records exception set out in s. 232(1) of the *ITA*. The paragraphs of the judgment that were struck out concerned the list of documents that Blanchard J. had recognized as being *prima facie* protected by professional secrecy. Bich J.A., who wrote the Court of Appeal's reasons, found that it was risky to establish in advance a presumption as to what documents or classes of documents were privileged.

[21] This being said, Bich J.A. accepted Blanchard J.'s conclusions about the scope of professional secrecy and noted that exceptions to

détenteur du secret professionnel de savoir que son droit est menacé, ni de veiller à sa protection. En effet, la demande sommaire du Ministre au juge ne doit être communiquée qu'à la personne visée par l'ordonnance demandée. Dans le contexte du dossier, cette personne est le notaire. Le fait qu'un juge puisse ordonner la production de documents ne garantit pas au détenteur du secret professionnel une occasion raisonnable de formuler une objection pour préserver la confidentialité des renseignements privilégiés. Le juge Blanchard en conclut que les art. 231.2 et 231.7 constituent une fouille, perquisition et saisie abusive, contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

[19] En ce qui concerne l'exception relative aux relevés comptables, le juge considère qu'elle doit aussi être déclarée constitutionnellement inopérante. Selon lui, l'ARC devrait toujours devoir s'adresser directement à un juge d'une cour supérieure si elle veut tenter d'obtenir des informations et des renseignements privilégiés.

B. *Cour d'appel du Québec, 2014 QCCA 552*

[20] Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel accueille l'appel à la seule fin de modifier légèrement le par. 125 et de biffer les par. 126-127 du jugement du premier juge. Les modifications visent d'abord à préciser que, pour l'art. 231.2 de la *LIR*, seul le par. (1) doit être déclaré inopérant et sans effet dans la mesure où la demande péremptoire est adressée au notaire ou à l'avocat du contribuable. Les modifications limitent ensuite la portée de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'exception relative aux relevés comptables prévue au par. 232(1) de la *LIR*. Les paragraphes biffés concernent la liste de documents que le juge Blanchard a reconnu comme *prima facie* protégés par le secret professionnel. Pour la juge Bich qui signe les motifs de la Cour d'appel, il est hasardeux d'établir d'avance une présomption quant au caractère privilégié d'un document ou d'une catégorie de documents.

[21] Cela dit, la juge Bich accepte les conclusions du juge Blanchard sur la portée du secret professionnel et souligne que les exceptions à ce secret

professional secrecy must be rare and must be narrowly construed. In her opinion, the distinction between “facts” and “communications” is not relevant, and the expectation of privacy associated with professional secrecy is high regardless of whether the circumstances in which it might be jeopardized arise in a civil or criminal context. She agreed with Blanchard J. that there are strong similarities between the professional secrecy of legal advisers in Quebec and solicitor-client privilege in the law of the other provinces; the definition in s. 232(1) thus incorporates the law relating to professional secrecy in Quebec and all the rules on solicitor-client privilege developed by this Court.

[22] As to the requirement scheme provided for in ss. 231.2(1) and 231.7 of the *ITA*, Bich J.A. found that, insofar as it concerns notaries and lawyers, it infringes s. 8 of the *Charter* because of one principal, fatal feature: the potential breach of the professional secrecy of legal advisers without the knowledge or consent of the client in respect of whom a requirement is issued. For this reason, Bich J.A. was of the opinion that the provisions lead to an unreasonable seizure and that the impairment is not minimal, given that it does not meet the constitutional requirements for the seizure of documents that could be protected by professional secrecy. Nor, in her view, was the requirement scheme consistent with the principle of minimization enunciated in *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, according to which a seizure may be carried out at the office of a legal adviser only where there are no reasonable alternative measures for obtaining the information being sought. She added that a seizure cannot be justified by mere convenience.

[23] Bich J.A. found that the accounting records exception is equally invalid. The exception does not meet the requirements of s. 8 of the *Charter*; Parliament cannot opt out of s. 8 by enacting a legislative exception to professional secrecy. In her view, judges may not be stripped of the possibility of deciding on a case-by-case basis whether documents are protected by professional secrecy. Finally,

doivent être rares et interprétées de façon restrictive. Elle opine que la distinction entre « faits » et « communications » n’est pas pertinente et que les attentes en matière de vie privée en lien avec le secret professionnel sont élevées, peu importe le contexte, civil ou criminel, dans lequel il est susceptible d’être mis en péril. À l’instar du juge Blanchard, elle indique que les ressemblances entre le secret professionnel des conseillers juridiques québécois et le privilège des communications avocat-client dans le droit des autres provinces sont grandes; la définition du par. 232(1) incorpore donc le droit relatif au secret professionnel québécois et l’ensemble des règles relatives au privilège des communications avocat-client élaborées par notre Cour.

[22] Quant au régime des demandes péremptoires du par. 231.2(1) et de l’art. 231.7 de la *LIR*, la juge Bich considère que, dans la mesure où il concerne les notaires et les avocats, il porte atteinte à l’art. 8 de la *Charte* en raison d’une caractéristique dominante fatale : la violation potentielle du secret professionnel du conseiller juridique sans que le client visé par la demande péremptoire en ait connaissance ou y ait consenti. Pour cette raison, la juge Bich est d’avis que les dispositions mènent à une saisie abusive et que cette atteinte n’est pas minimale, puisqu’elle ne répond pas aux exigences constitutionnelles en matière de saisie de documents potentiellement protégés par le secret professionnel. Elle estime que le régime des demandes péremptoires ne respecte pas non plus le principe de minimisation énoncé dans *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, selon lequel la saisie auprès d’un conseiller juridique ne doit avoir lieu que lorsqu’il n’y a aucune autre mesure raisonnable qui permette d’obtenir l’information recherchée. Elle précise qu’une saisie ne se justifie pas par simple commodité.

[23] La juge Bich considère tout autant invalide l’exception relative aux relevés comptables. Cette exception ne respecte pas les exigences de l’art. 8 de la *Charte*; le législateur ne peut pas se soustraire à cet article en édictant une exception législative au secret professionnel. Selon elle, les juges ne peuvent être privés de la possibilité de décider au cas par cas si des documents bénéficient de la

Bich J.A. noted that the scheme does not include measures that would satisfy the minimal impairment requirement that applies in respect of professional secrecy, and that as a result it cannot be saved under s. 1.

IV. Issues

[24] The Chief Justice stated the following constitutional questions for the purposes of the appeal:

1. Do ss. 231.2(1) and 231.7 and the definition of “solicitor-client privilege” set out in s. 232(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), infringe a right guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they apply to a lawyer or a notary?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 231.2(1) and 231.7 and the definition of “solicitor-client privilege” set out in s. 232(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), infringe the right guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they apply to a lawyer or a notary?
4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[25] As can be seen from these questions, the constitutional validity of the relevant provisions of the *ITA* is at issue under both s. 7 and s. 8 of the *Charter*. In *Lavallee*, at para. 34, and in *Canada*

protection du secret professionnel. Enfin, la juge Bich souligne que le régime ne prévoit pas de mesures qui répondent au critère de l’atteinte minimale applicable en matière de secret professionnel, si bien qu’il ne peut être sauvegardé par application de l’article premier.

IV. Questions en litige

[24] La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes pour les fins du pourvoi :

1. Dans la mesure où le par. 231.2(1), l’art. 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte à un droit garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte portée par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique suivant l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Dans la mesure où le par. 231.2(1), l’art. 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti par l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une atteinte portée par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique suivant l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[25] Comme la formulation de ces questions l’indique, la validité constitutionnelle des dispositions pertinentes de la *LIR* se soulève tant au regard de l’art. 7 que de l’art. 8 de la *Charte*. Dans *Lavallee*,

(*Attorney General*) v. *Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401 (“*FLS*”), at para. 33, the Court stated that there is no need to undertake a s. 7 analysis where a s. 8 analysis leads to the conclusion that the impugned provisions are unconstitutional.

[26] Since that is in fact the conclusion we reach in the instant case, it will suffice for us to begin by outlining the framework for the s. 8 analysis and then to discuss the constitutional defects identified by the courts below in the requirement scheme as a whole and more particularly in the accounting records exception. Because the scope of the professional secrecy of legal advisers is central to this case, it will be necessary for us to discuss it in our analysis, as the Superior Court and the Court of Appeal did in their respective reasons.

V. Analysis

A. *Section 8 and Professional Secrecy*

[27] Section 8 of the *Charter* does not explicitly protect professional secrecy. Rather, it protects against unreasonable searches and seizures. There are two questions that must be answered to determine whether a government action was contrary to s. 8. The first is whether the government action intruded upon an individual’s reasonable expectation of privacy. If it did, it constitutes a seizure within the meaning of s. 8. The second is whether the seizure was an unreasonable intrusion on that right to privacy (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33; *Lavallee*, at para. 35). In the case at bar, the first step is not really problematic, as the Court held in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, that a requirement under s. 231(3) of the *ITA* (now s. 231.2(1)) constitutes a seizure within the meaning of s. 8 (pp. 641-42).

(1) Reasonable Expectation of Privacy

[28] On the first question, it should be remembered that professional secrecy, which started out as

par. 34, et *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401 (« *FOPJ* »), par. 33, la Cour précise qu’il n’y a pas lieu d’entreprendre une analyse fondée sur l’art. 7 lorsque celle fondée sur l’art. 8 mène à la conclusion que les dispositions contestées sont inconstitutionnelles.

[26] Puisque nous concluons que c’est le cas en l’espèce, il suffira de cerner le cadre d’analyse propre à l’art. 8 avant de discuter des lacunes constitutionnelles identifiées par les instances inférieures au regard du régime des demandes péremptoires en général et de l’exception relative aux relevés comptables en particulier. Les contours du secret professionnel du conseiller juridique demeurant centraux au débat, il y aura lieu de s’y attarder dans cette analyse, comme l’ont d’ailleurs fait la Cour supérieure et la Cour d’appel dans leurs motifs respectifs.

V. Analyse

A. *L’article 8 et le secret professionnel*

[27] L’article 8 de la *Charte* ne protège pas explicitement le secret professionnel. Cet article fournit plutôt une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Pour déterminer si une action gouvernementale est contraire à l’art. 8, il faut répondre à deux questions. La première est de savoir si l’action gouvernementale empiète sur une attente raisonnable au respect de la vie privée d’un particulier. Dans l’affirmative, elle constitue une saisie au sens de l’art. 8. La seconde consiste à déterminer si la saisie représente une atteinte abusive à ce droit à la vie privée (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33; *Lavallee*, par. 35). En l’espèce, la première étape ne pose pas réellement problème, puisque dans *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, la Cour a jugé que la demande péremptoire régie par le par. 231(3) de la *LIR* (maintenant le par. 231.2(1)) constitue une saisie au sens de l’art. 8 (p. 641-642).

(1) Attente raisonnable au respect de la vie privée

[28] Sur la première question, il convient de rappeler que, de simple règle de preuve à l’origine, le

a mere rule of evidence, became a substantive rule over time (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 837; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 875-76; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at paras. 48-49; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, at para. 10). The Court now recognizes that this rule has deep significance and a unique status in our legal system (*R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paras. 28 and 31-33; *Smith*, at paras. 46-47). In *Lavallee*, the Court reaffirmed that the right to professional secrecy has become an important civil and legal right and that the professional secrecy of lawyers or notaries is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter* (para. 49). Moreover, professional secrecy is generally seen as a “fundamental and substantive” rule of law (*R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 39). Because of its importance, the Court has often stated that professional secrecy should not be interfered with unless absolutely necessary given that it must remain as close to absolute as possible (*Lavallee*, at paras. 36-37; *McClure*, at para. 35; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185, at para. 27; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32, at para. 15).

[29] From this perspective, Blanchard J. was right to note that [TRANSLATION] “[t]he fundamental importance of the right to professional secrecy of lawyers is a cornerstone not only of our judicial system but, more broadly, of our legal system” (para. 86).

[30] In this respect, professional secrecy has a deep significance regardless of the nature of the legal advice being sought or the context in which it is sought (*Smith*, at para. 46). We therefore conclude, contrary to the argument of the AGC and the CRA, that for the purposes of the analysis under s. 8 of the *Charter*, the civil and administrative context of the requirement scheme does not diminish the taxpayer’s expectation of privacy for information that is protected by professional secrecy.

secret professionnel s’est transformé au fil du temps en une règle de fond (*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 837; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875-876; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 48-49; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, par. 10). La Cour lui reconnaît aujourd’hui une grande importance et une place exceptionnelle dans notre système juridique (*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 28 et 31-33; *Smith*, par. 46-47). Dans *Lavallee*, la Cour réaffirme que le droit au secret professionnel est maintenant devenu un droit civil important et que le secret professionnel de l’avocat ou du notaire est un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte* (par. 49). Il est, au surplus, généralement considéré comme une règle de droit « fondamentale et substantielle » (*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 39). En raison de son statut important, la Cour a souvent indiqué qu’on ne doit y porter atteinte que dans la mesure où cela est absolument nécessaire, étant donné que le secret professionnel doit demeurer aussi absolu que possible (*Lavallee*, par. 36-37; *McClure*, par. 35; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185, par. 27; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32, par. 15).

[29] De ce point de vue, le juge Blanchard a raison de souligner que « [l]’importance fondamentale du droit au secret professionnel de l’avocat est une pierre d’assise non seulement de notre système judiciaire, mais de façon plus large de notre système juridique » (par. 86).

[30] Sous ce rapport, le secret professionnel revêt une grande importance, peu importe la nature ou le contexte de l’avis juridique sollicité (*Smith*, par. 46). Ainsi, contrairement à ce que soutiennent le PGC et l’ARC, aux fins de l’analyse au regard de l’art. 8 de la *Charte*, le contexte civil et administratif dans lequel se retrouve le régime des demandes péremptoires ne diminue pas les attentes relatives à la vie privée du contribuable en matière d’information protégée par le secret professionnel.

[31] It is true that this Court stated in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, that it might be appropriate to find that there is a lower expectation of privacy in an administrative context and therefore to apply a “less strenuous and more flexible” standard of reasonableness in determining whether a seizure is constitutional (pp. 506-7). To justify its reasoning in that case, the Court stated that “there can only be a relatively low expectation of privacy in respect of premises or documents that are used or produced in the course of activities which, though lawful, are subject to state regulation as a matter of course” (p. 507). In such cases, the routine performance of the activities in question often involves the inspection by agents of the state of premises or documents that would otherwise be considered private. Since the state is therefore expected to have access to information for regulatory purposes, it would make no sense to find that, on the one hand, the disclosure of such information is normal but that, on the other, the expectation of privacy associated with the information is extremely high.

[32] The situation is very different when information protected by professional secrecy is involved. The nature of such information means that it cannot be disclosed by a notary or a lawyer in any regulatory context. Even if the information may be obtained from a third party or may be a type of information that taxpayers must regularly provide to the tax authorities, it is presumed to be protected by professional secrecy while in the hands of a notary or a lawyer and is therefore exempt from seizure (*Maranda*, at paras. 33-34). The key difference between the situation in the case at bar and the one in *Thomson Newspapers* lies in the fact that here, the party in possession of the information is the notary or the lawyer, not the person who is subject to the regulatory framework. We are therefore of the opinion that, with certain rare exceptions, the general rule is that information protected by professional secrecy that is in the possession of a legal adviser is immune from disclosure (*Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1

[31] Il est vrai que dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, la Cour indique qu'il pourrait être approprié de conclure à des attentes moindres en matière de vie privée dans un contexte administratif, et d'alors appliquer une norme du caractère raisonnable « moins sévère et plus souple » pour évaluer la constitutionnalité d'une saisie (p. 506-507). Pour justifier son raisonnement, la Cour y énonce que « les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État » (p. 507). Dans un tel cas, l'opération normale de ces activités comporte souvent l'inspection de lieux ou de documents qui seraient autrement considérés comme étant de nature privée par les fonctionnaires de l'État. Étant donné qu'il est prévu que l'État aura ainsi accès à des renseignements aux fins de réglementation, il ne serait pas logique de conclure, d'un côté, qu'il est normal de les divulguer, mais de l'autre, que les attentes en matière de vie privée envers ces renseignements sont extrêmement élevées.

[32] Lorsqu'entre en jeu une information protégée par le secret professionnel, la situation est fort différente. Vu sa nature, cette information n'en est pas une qui pourrait être divulguée dans un cadre de réglementation quelconque par un notaire ou un avocat. Même si elle peut être obtenue d'une tierce partie ou faire partie du type de renseignements qu'un contribuable doit régulièrement fournir au fisc, lorsqu'elle se trouve entre les mains d'un notaire ou d'un avocat, elle est présumée protégée par le secret professionnel et demeure pour cette raison insaisissable (*Maranda*, par. 33-34). La différence primordiale entre la présente situation et celle qui existait dans *Thomson Newspapers* tient au fait qu'en l'espèce, la partie détenant l'information est le notaire ou l'avocat, et non la personne assujettie au cadre de réglementation. Ainsi, nous sommes d'avis que, mis à part quelques rares exceptions, la règle générale demeure que l'information protégée par le secret professionnel détenue par le conseiller juridique est à l'abri de la divulgation (*Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et*

S.C.R. 456, at para. 37; *Smith*, at para. 51; *McClure*, at paras. 34-35.

[33] Moreover, the Court confirmed in *FLS* that the reasonable expectation of privacy in relation to communications subject to solicitor-client privilege is always high, regardless of whether the question arises in a civil, administrative or criminal context. Cromwell J. wrote the following on this point:

I also accept that, as Arbour J. noted in *Lavallee*, “the need for the full protection of the privilege is activated” in the context of a criminal investigation: para. 23. However, the reasonable expectation of privacy in relation to communications subject to solicitor-client privilege is invariably high, regardless of the context. The main driver of that elevated expectation of privacy is the specially protected nature of the solicitor-client relationship, not the context in which the state seeks to intrude into that specially protected zone. I do not accept the proposition that there is a reduced expectation of privacy in relation to solicitor-client privileged communication when a [Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada] official searches a law office rather than when a police officer does so in the course of investigating a possible criminal offence. While Arbour J. placed her analysis in the context of criminal investigations (see, e.g., paras. 25 and 49), her reasons, as have many others before and since, strongly affirmed the fundamental importance of solicitor-client privilege. [para. 38]

[34] We recognize that, in that case, Cromwell J. rejected the AGC’s contention that the impugned scheme had to be characterized as merely an administrative law regulatory compliance scheme. Cromwell J. stated that the purposes of the scheme were instead to deter criminal offences and to facilitate the investigation and prosecution of serious offences. He noted that the scheme had “a predominantly criminal law character and [that] its regulatory aspects serve[d] criminal law purposes” (*FLS*, at para. 37). However, this takes nothing away from the clear and unequivocal remarks quoted above, which, in our view, apply to this appeal. The protection

d’élimination des déchets (SIGED) inc., 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, par. 37; *Smith*, par. 51; *McClure*, par. 34-35).

[33] Dans *FOPJ*, la Cour confirme du reste que l’attente raisonnable au respect de la vie privée dans le contexte des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat est toujours élevée, peu importe que le contexte soit civil, administratif ou criminel. Le juge Cromwell écrit ceci à ce sujet :

Je reconnais en outre que, comme l’a fait observer la juge Arbour dans *Lavallee*, « le besoin de la protection entière du privilège se fait sentir » dans le cadre d’une enquête criminelle (par. 23). Toutefois, l’attente raisonnable à l’égard de la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat est invariablement élevée, peu importe le contexte. Le principal élément moteur de cette attente élevée en matière de respect de la vie privée est la nature particulièrement protégée de la relation avocat-client, et non le contexte dans lequel l’État cherche à s’ingérer dans cette zone particulièrement protégée. Je n’accepte pas la proposition selon laquelle l’attente est moins élevée dans le cas des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat lorsqu’un fonctionnaire du [Centre d’analyse des opérations et déclarations financières du Canada] perquisitionne dans un cabinet d’avocats que lorsqu’un policier perquisitionne au cours d’une enquête sur une éventuelle infraction criminelle. Bien que la juge Arbour ait situé son analyse dans le contexte des enquêtes criminelles (voir, p. ex., par. 25 et 49), elle a, comme beaucoup d’autres l’ont fait avant et après elle, confirmé avec vigueur l’importance fondamentale du secret professionnel de l’avocat. [par. 38]

[34] Nous convenons que, dans cet arrêt, le juge Cromwell rejette la prétention du PGC selon laquelle le régime contesté doit être qualifié de régime ne visant qu’à assurer le respect d’une réglementation administrative. Le juge Cromwell indique plutôt que le régime a pour objectif de décourager des infractions criminelles et de faciliter des enquêtes et des poursuites relatives à des infractions graves. Il souligne que ce régime a « un caractère principalement pénal et ses éléments réglementaires visent des objectifs du droit criminel » (*FOPJ*, par. 37). Néanmoins, cela n’atténue en rien les propos clairs et non équivoques que nous venons de citer et qui, à

afforded to professional secrecy in the context of a s. 8 analysis is invariably high regardless of whether the seizure has occurred in a criminal or an administrative context.

[35] In our view, therefore, it is well established that a client of a notary or a lawyer has a reasonable expectation of privacy for information and documents that are in the possession of the notary or lawyer and in respect of which a requirement is issued. Indeed, the Court wrote in *Lavallee* that “[a] client has a reasonable expectation of privacy in all documents in the possession of his or her lawyer, which constitute information that the lawyer is ethically required to keep confidential” (para. 35).

(2) Unreasonable Intrusion on the Right to Privacy

[36] In answering the second question from *Edwards* in respect of an unreasonable seizure that is contrary to s. 8, the courts must balance the interests at stake, namely an individual’s privacy interest on the one hand and the state’s interest in carrying out a search or seizure on the other. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the Court stated in this regard “that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement” (pp. 159-60).

[37] Here again, however, where the interest at stake is the professional secrecy of legal advisers, which is a principle of fundamental justice and a legal principle of supreme importance, the usual balancing exercise under s. 8 will not be particularly helpful (*Lavallee*, at para. 36). As the Court observed in *Goodis*, “[w]hile a fact-specific balancing may have been appropriate in *Fuda* [v. Ontario (Information and Privacy Commissioner) (2003), 65 O.R. (3d) 701 (Div. Ct.)], it cannot, having regard to this Court’s categorical jurisprudence, apply where

notre avis, s’appliquent au présent appel. La protection accordée au secret professionnel dans le cadre d’une analyse fondée sur l’art. 8 est invariablement élevée, peu importe que la saisie ait lieu dans un contexte criminel ou administratif.

[35] Partant, il est acquis, selon nous, que le client a une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux renseignements et aux documents visés par une demande péremptoire qui sont en la possession de son notaire ou de son avocat. Dans *Lavallee*, la Cour écrit d’ailleurs que « [l]e client a une attente raisonnable au respect du caractère privé de tous les documents en la possession de son avocat, lesquels constituent des renseignements dont l’avocat est tenu, sur le plan de l’éthique, de préserver la confidentialité » (par. 35).

(2) Atteinte abusive au droit à la vie privée

[36] Relativement à la deuxième question que pose l’arrêt *Edwards* en matière de saisie abusive contraire à l’art. 8, les tribunaux sont appelés à pondérer les intérêts en cause, soit, d’une part, l’intérêt à la vie privée d’un individu et, d’autre part, celui de l’État à entreprendre une fouille, perquisition ou saisie. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour précise à ce chapitre « qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi » (p. 159-160).

[37] Or, là encore, lorsque l’intérêt en jeu est le secret professionnel du conseiller juridique — un principe de justice fondamentale et de droit de la plus haute importance — l’exercice d’évaluation habituellement entrepris au regard de l’art. 8 ne s’avérera pas particulièrement utile (*Lavallee*, par. 36). En effet, comme la Cour le note dans *Goodis*, « [s]i dans *Fuda* [c. Ontario (Information and Privacy Commissioner) (2003), 65 O.R. (3d) 701 (C. div.)], il a pu être approprié de procéder à une évaluation en fonction des faits propres à

the records involve communications between solicitor and client” (para. 18).

[38] In *Lavallee*, the Court stated that “solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible if it is to retain relevance” (para. 36). In *Smith*, the Court noted that “[t]he disclosure of the privileged communication should generally be limited as much as possible” (para. 86). This means that any legislative provision that interferes with professional secrecy more than is absolutely necessary will be labelled unreasonable (*Lavallee*, at para. 36). Absolute necessity is as restrictive a test as may be formulated short of an absolute prohibition in every case (*Goodis*, at para. 20). In short, “[t]he appropriate test for any document claimed to be subject to solicitor-client privilege is ‘absolute necessity’” (*Goodis*, at para. 24). Stringent standards must therefore be adopted to protect it. A procedure will withstand *Charter* scrutiny only if its impact on the professional secrecy of legal advisers is minimal, as minimal impairment “has long been the standard by which this Court has measured the reasonableness of state encroachments on solicitor-client privilege” (*Lavallee*, at para. 37).

[39] Thus, where professional secrecy is in issue, what matters is not the context in which a privileged document or privileged information could be disclosed to the state, but rather the fact that the document or information in question is privileged. It is important that a client consulting a legal adviser feel confident that there is little danger that information or documents shared by the client will be disclosed in the future regardless of whether the consultation takes place in the context of an administrative, penal or criminal investigation: “The lawyer’s obligation of confidentiality is necessary to preserve the fundamental relationship of trust between lawyers and clients” (*Foster Wheeler*, at para. 34).

chaque cas, la jurisprudence catégorique de la Cour indique que ce ne saurait être le cas lorsque les documents en cause concernent des communications entre un avocat et son client » (par. 18).

[38] Selon *Lavallee*, « le secret professionnel de l’avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence » (par. 36). Dans *Smith*, la Cour souligne que « [l]a divulgation des communications protégées par le privilège [des communications entre client et avocat] doit en général être aussi limitée que possible » (par. 86). Sera donc qualifiée d’abusives toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire (*Lavallee*, par. 36). La nécessité absolue est le critère le plus restrictif qui puisse être formulé en deçà d’une interdiction absolue dans tous les cas (*Goodis*, par. 20). Bref, « [l]e critère applicable à tout document visé par une revendication du secret professionnel de l’avocat est celui de la “nécessité absolue” » (*Goodis*, par. 24). Il faut ainsi adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection. Une procédure ne résistera à l’examen de la *Charte* que si elle donne lieu à une atteinte minimale au secret professionnel du conseiller juridique, car ce critère de l’atteinte minimale « constitue depuis longtemps la norme dont se sert la Cour pour mesurer le caractère raisonnable des atteintes au secret professionnel de l’avocat par l’État » (*Lavallee*, par. 37).

[39] Ainsi, lorsque le secret professionnel est en cause, ce qui importe n’est pas le contexte dans lequel des documents ou informations privilégiés risquent d’être dévoilés à l’État, mais plutôt leur nature privilégiée. Dans le cadre d’une consultation entre un client et son conseiller juridique, il importe que le client ait confiance que l’information ou la documentation qu’il partage ne risque pas d’être divulguée dans le futur, et ce, que ce soit dans le contexte d’une enquête administrative, pénale ou criminelle : « L’obligation de confidentialité imposée à l’avocat s’explique ainsi par la nécessité de préserver une relation fondamentale de confiance entre l’avocat et son client » (*Foster Wheeler*, par. 34).

[40] From this perspective, it is not appropriate to establish a strict demarcation between communications that are protected by professional secrecy and facts that are not so protected (*Maranda*, at paras. 30-33; *Foster Wheeler*, at para. 38). The line between facts and communications may be difficult to draw (S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at p. 941). For example, there are circumstances in which non-payment of a lawyer's fees may be protected by professional secrecy (*R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 30). The Court has found that "[c]ertain facts, if disclosed, can sometimes speak volumes about a communication" (*Maranda*, at para. 48). This is why there must be a rebuttable presumption to the effect that "all communications between client and lawyer and the information they shared would be considered *prima facie* confidential in nature" (*Foster Wheeler*, at para. 42).

[41] It follows that we must reject the argument of the AGC and the CRA that some information, particularly information found in accounting records, constitutes facts rather than communications and is therefore always excluded from the protection of solicitor-client privilege as defined in s. 232(1) of the *ITA*.

[42] This being said on the applicable principles, the Chambre argued in particular, at every stage of the litigation, that Quebec notaries have a distinct role and face an even greater risk that information or documents they disclose in response to a requirement will be protected by professional secrecy. With respect, we are of the view that there are strong similarities between the common law's solicitor-client privilege and professional secrecy in the civil law. Nationwide, the Court's decisions with respect to the professional secrecy of legal advisers have been consistent. It would not be appropriate to change that approach in the case at bar.

[43] Of course, we are not denying the special status of notaries in Quebec. Notaries play a role

[40] Dans cette optique, il n'est pas approprié de fixer une délimitation stricte entre les communications qui sont protégées par le secret professionnel et les faits qui ne le sont pas (*Maranda*, par. 30-33; *Foster Wheeler*, par. 38). La ligne de démarcation entre les faits et les communications peut être difficile à tracer (S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4^e éd. 2014), p. 941). Selon les circonstances, il est parfois possible, par exemple, que le non-paiement des honoraires d'un avocat puisse être couvert par le secret professionnel (*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 30). La Cour a déjà reconnu que « [l]a divulgation de certains faits peut parfois en dire long sur une communication » (*Maranda*, par. 48). Il faut donc s'en tenir à l'existence d'une présomption réfragable voulant que « l'ensemble des communications entre le client et l'avocat et des informations seraient considérées *prima facie* de nature confidentielle » (*Foster Wheeler*, par. 42).

[41] Il s'ensuit que nous devons écarter l'argument du PGC et de l'ARC voulant que certains renseignements, en particulier ceux contenus dans des relevés comptables, constituent des faits plutôt que des communications et que, par conséquent, ils sont toujours soustraits de la protection du privilège des communications entre client et avocat défini au par. 232(1) de la *LIR*.

[42] Cela dit sur les paramètres applicables, à toutes les étapes du litige, la Chambre a mis un accent particulier sur le rôle distinct des notaires au Québec et le risque encore plus élevé pour ces derniers que les renseignements ou documents qu'ils divulguent en réponse à une demande péremptoire soient protégés par le secret professionnel. Avec égards, nous sommes d'avis que les similitudes entre le secret professionnel (ou « *solicitor-client privilege* ») en common law et ce même principe en droit civil sont grandes. La jurisprudence de la Cour traite du secret professionnel du conseiller juridique de façon uniforme à travers le pays. Il n'est pas opportun de changer cette approche en l'espèce.

[43] Nous ne nions évidemment pas le statut particulier du notaire au Québec. Ce dernier remplit un

distinct from that of lawyers in that province. However, it must be recognized that their role as legal advisers is very similar to the role played by solicitors in the common law provinces. It is therefore unnecessary to undertake a specific analysis respecting s. 9 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, or other legislation relating solely to the notarial profession. Clients who retain notaries in Quebec and those who retain solicitors in the common law provinces have the same expectation that their right to professional secrecy or solicitor-client privilege will be respected and that any information or documents they provide to their notaries or solicitors will be kept confidential. In any event, when it comes to solicitor-client privilege, the definition of “lawyer” in s. 232(1) of the *ITA* puts notaries and lawyers on the same footing.

B. *Constitutional Defects in the Requirement Scheme*

[44] The Superior Court and the Court of Appeal identified several defects that cause a requirement sent to a notary or lawyer concerning information that is protected by professional secrecy to be unreasonable and contrary to s. 8. We agree with that conclusion. The defects in question are that the client is given no notice of the requirement, that an inappropriate burden is placed solely on the notary or lawyer concerned, that compelling disclosure of the information being sought is not absolutely necessary and that no measures have been taken to help mitigate the impairment of professional secrecy. In the end, the AGC and the CRA have not made any persuasive arguments that can overcome these defects identified by the courts below.

(1) Absence of Notice to the Client

[45] Professional secrecy belongs to the client, not to the notary or lawyer; only the client may waive it (*Blood Tribe*, at para. 9; *McClure*, at para. 37; *FLS*, at para. 48). Where it is in jeopardy, the client must therefore have an opportunity to ensure that it is protected. In *Lavallee*, Arbour J. identified the possibility of solicitor-client privilege being breached

rôle distinct de celui de l’avocat dans cette province. Toutefois, force est de constater que son rôle à titre de conseiller juridique est très similaire à celui du « *solicitor* » dans une province de common law. Il est donc inutile de se lancer dans une analyse particulière de l’art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, ou des autres lois relatives uniquement à la profession de notaire. Tant le client qui recourt aux services du notaire au Québec que celui qui recourt aux services d’un *solicitor* dans les provinces de common law ont les mêmes attentes au respect de leur droit au secret professionnel et à celui du caractère confidentiel des renseignements ou des documents qu’ils fournissent à ces derniers. Au demeurant, en matière de privilège des communications entre client et avocat, la définition « avocat » au par. 232(1) de la *LIR* place le notaire et l’avocat sur un même pied.

B. *Les lacunes constitutionnelles du régime des demandes péremptoires*

[44] La Cour supérieure et la Cour d’appel ont relevé plusieurs lacunes qui rendent abusives et contraires à l’art. 8 les demandes péremptoires adressées à un notaire ou à un avocat en ce qui concerne l’information protégée par le secret professionnel. Nous sommes d’accord avec ce constat. Les lacunes identifiées consistent en une absence d’avis au client de la demande péremptoire, un fardeau inopportun placé uniquement sur les épaules du notaire ou de l’avocat visé, une absence de nécessité absolue de forcer la divulgation recherchée et une absence de mesures pour favoriser une atténuation des atteintes au secret professionnel. Au final, le PGC et l’ARC n’avancent aucun argument convaincant permettant de faire échec à ces lacunes décelées par les instances inférieures.

(1) L’absence d’avis au client

[45] Le secret professionnel appartient au client, non au notaire ou à l’avocat; seul le client peut y renoncer (*Blood Tribe*, par. 9; *McClure*, par. 37; *FOPJ*, par. 48). Ainsi, lorsque ce secret est menacé, il faut que le client ait une occasion de veiller à sa protection. Dans *Lavallee*, la juge Arbour a identifié comme « caractéristique dominante fatale » de

“without the client’s knowledge, let alone consent” as a “principal, fatal feature” of s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (para. 39). In our view, the same risk exists in the instant case.

[46] Nothing in the *ITA* obliges CRA officials to send a requirement to anyone other than the person from whom they are seeking information or documents. There is therefore no obligation to give notice to the client of a notary or lawyer to whom a requirement is issued, not even where the information or documents being sought will help facilitate collection from or an audit of that client. In fact, according to the evidence in the record of the Superior Court, the vast majority of the requirements sent to Quebec notaries were not served on their clients, thus indiscriminately putting the clients at risk of losing the protection of professional secrecy to which they are entitled in respect of privileged information that might be found in “accounting records” prepared by their legal advisers.

[47] At the hearing, the AGC and the CRA argued that it is the government’s usual practice to always contact a notary or lawyer rather than his or her client. The government’s expectation is that the notary or lawyer will act in a manner consistent with his or her ethical obligations and will therefore notify the client and ensure that the client’s right to professional secrecy is protected. We find this argument unpersuasive for two reasons.

[48] First, as Arbour J. noted in *Lavallee*, a notary or a lawyer is not the alter ego of his or her client. Legal advisers and their clients may sometimes have conflicting interests. The professional relationship between the notary or lawyer and the client may even have been terminated before the requirement is sent. In any event, the right to claim professional secrecy does not belong to the legal adviser. The constitutionality of a seizure cannot rest on the

l’art. 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le fait qu’il existait une possibilité que le secret professionnel de l’avocat soit violé « sans que le client n’en ait connaissance et encore moins qu’il y ait consenti » (par. 39). À notre avis, le même risque existe en l’espèce.

[46] En effet, rien dans la *LIR* n’oblige les fonctionnaires de l’ARC à envoyer une demande péremptoire à une autre personne que celle de qui on cherche à obtenir des renseignements ou des documents. Il n’y a ainsi aucune obligation de fournir un avis au client d’un notaire ou d’un avocat à qui est adressée une demande péremptoire, et ce, même si les renseignements ou les documents que l’on cherche à obtenir sont utiles pour faciliter des mesures de recouvrement ou de vérification fiscale auprès de ce client. De fait, selon la preuve versée au dossier de la Cour supérieure, la grande majorité des demandes péremptoires envoyées aux notaires québécois n’ont pas été signifiées à leurs clients, exposant ainsi aveuglément ces derniers au risque de perdre la protection du secret professionnel à laquelle ils ont droit à l’égard de renseignements privilégiés pouvant être contenus dans des « relevés comptables » préparés par leurs conseillers juridiques.

[47] À l’audience, le PGC et l’ARC ont soutenu que la pratique normale de l’État est de toujours communiquer avec le notaire ou l’avocat plutôt qu’avec le client. L’attente de l’État est que le notaire ou l’avocat se comportera de manière à respecter ses obligations déontologiques et en conséquence avisera son client et veillera à la protection du secret professionnel dont bénéficie ce dernier. Nous estimons cet argument peu convaincant pour deux raisons.

[48] D’une part, comme la juge Arbour le souligne dans *Lavallee*, le notaire ou l’avocat ne sont pas l’alter ego de leur client. Les intérêts d’un conseiller juridique et de son client peuvent parfois être opposés. La relation professionnelle entre le notaire ou l’avocat et son client peut même être terminée au moment de l’envoi de la demande péremptoire. De toute façon, le droit de revendiquer le secret professionnel n’appartient pas au conseiller juridique. La

unverifiable expectation that a legal adviser will always act diligently and solely in the client's interests when faced with a seizure by the state (*Lavallee*, at para. 40; *FLS*, at para. 49).

[49] Second, although it is true that for practical reasons it can sometimes be necessary for third parties to contact an individual's legal adviser rather than contacting the individual directly, that is not the case here. Notaries to whom requirements are sent must instead be considered third parties who are in possession of information and documents relevant to collection from or an audit of the taxpayer, that is, the client. The notaries in question are placed in a situation similar to that of banks holding financial information or companies doing business with the taxpayer that have kept information relevant to a particular transaction. A requirement sent to a taxpayer's legal adviser cannot be regarded as a communication similar to the communication that takes place in the course of litigation, for example. The argument of the AGC and the CRA that it is normal not to contact the clients of notaries or lawyers where requirements are issued is unfounded.

[50] Apart from this argument, which we reject, the AGC and the CRA have made no submission to explain why it would not be possible to notify a client that a requirement has been sent to his or her legal adviser. In cases in which a requirement is sent by email, it is certainly possible and, more importantly, easy for the letter sent to the notary or lawyer to be copied to the client. Indeed, the evidence in this case shows that there were some rare occasions on which CRA officials did notify the clients of notaries to whom they had sent requirements. If it was possible to do this in some cases, we find it difficult to understand why the CRA was not required to do so in all cases.

[51] In any event, as Bich J.A. correctly pointed out, the occasional service of requirements on clients

constitutionnalité d'une saisie ne saurait dépendre de l'attente non vérifiable que le conseiller juridique se comportera toujours avec diligence et uniquement dans l'intérêt de son client lorsque confronté à une mesure de saisie de l'État (*Lavallee*, par. 40; *FOPJ*, par. 49).

[49] D'autre part, même s'il est vrai que la pratique oblige parfois les intéressés à communiquer avec le conseiller juridique représentant un individu plutôt que directement avec ce dernier, nous ne sommes pas en présence d'une telle situation. Les notaires à qui sont adressées les demandes péremptoires doivent plutôt être considérés comme des tiers détenant des renseignements et des documents pertinents au recouvrement ou à une vérification fiscale du contribuable, soit le client. Les notaires concernés sont placés dans une situation semblable à celle de banquiers détenant de l'information financière, ou d'entreprises faisant affaire avec le contribuable et ayant conservé des renseignements pertinents à une transaction donnée. L'envoi d'une demande péremptoire au conseiller juridique d'un contribuable ne peut être considéré comme une communication semblable à celle qui a cours dans le cadre d'un litige par exemple. La prétention du PGC et de l'ARC selon laquelle il est normal de ne pas communiquer avec les clients des notaires ou des avocats dans le cas d'une demande péremptoire n'est pas fondée.

[50] Mis à part cet argument que nous écartons, le PGC et l'ARC n'en avancent aucun qui justifie en quoi il ne serait pas possible d'aviser un client de l'envoi d'une demande péremptoire à son conseiller juridique. Dans les cas où la demande est envoyée par courriel, il est sûrement possible, et surtout facile, d'expédier en même temps au client en copie conforme la lettre adressée au notaire ou à l'avocat. D'ailleurs, la preuve en l'espèce révèle qu'à quelques rares occasions, les fonctionnaires de l'ARC ont avisé les clients de notaires à qui ils avaient envoyé des demandes péremptoires. S'il a été possible de le faire dans certains cas, nous comprenons mal pourquoi cette façon de faire ne constitue pas une exigence suivie par l'ARC en tout temps.

[51] À tous égards, comme le souligne à juste titre la juge Bich, le fait que les demandes péremptoires

in addition to notaries and lawyers does not amount to a true notification system. Because the *ITA* does not make it mandatory to notify the clients of legal advisers that a requirement has been sent, such service remains optional even where it is effected voluntarily. The constitutionality of the requirement scheme cannot be based on a presumption that the state will always behave honourably. The absence of any formal obligation to notify the clients in respect of whom requirements are sent to notaries and lawyers is therefore a critical constitutional defect, as the Court indicated in both *Lavallee* and *FLS*.

[52] We wish to be clear, however, that in our opinion, the fact that the CRA need not seek judicial authorization before sending a requirement does not constitute a constitutional defect in the current scheme. Although the Court asserted in *FLS* that “the judicial pre-authorization requirement is, in itself, an important protection against improper search and seizure of privileged material”, it did not rule out “the possibility that Parliament could devise a constitutionally compliant inspection regime without a judicial pre-authorization requirement” (para. 56). In the instant case, if the client is given notice of the requirement, the risk of privileged information being disclosed without his or her consent when the requirement is sent would be greatly reduced.

(2) Burden Imposed on Legal Advisers

[53] The absence of notice to clients whose information and documents are sought by means of a requirement brings to light another significant defect in the scheme having regard to information protected by professional secrecy that is in the possession of a notary or a lawyer. This defect has to do with the role that notaries and lawyers are expected to play in safeguarding their clients’ right to professional secrecy and the fact that they ultimately bear alone the burden of safeguarding that right when a requirement is issued.

[54] Judicial consideration of a requirement under s. 231.7 of the *ITA* is not automatic. It can occur only

sont parfois signifiées aux clients en plus de l’être aux notaires et aux avocats n’équivaut pas à un vrai système de notification. En l’absence de toute obligation dans la *LIR* d’aviser les clients des conseillers juridiques de l’envoi des demandes péremptoires, cette signification reste facultative même quand elle est effectuée volontairement. La constitutionnalité du régime des demandes péremptoires ne peut se fonder sur la présomption que l’État va toujours se comporter de façon honorable. Ainsi, l’absence d’une obligation formelle de notification aux clients visés par les demandes péremptoires adressées aux notaires et aux avocats correspond à la lacune constitutionnelle déterminante que la Cour a identifiée à la fois dans *Lavallee* et dans *FOPJ*.

[52] Nous précisons toutefois qu’à notre avis, l’absence d’autorisation judiciaire préalable à l’envoi d’une demande péremptoire n’ouvre pas pour autant une brèche constitutionnelle dans le régime actuel. Dans *FOPJ*, tout en affirmant que « l’exigence d’autorisation judiciaire préalable constitue en soi une protection importante contre la perquisition et la saisie irrégulière de documents protégés », la Cour n’écarter pas « la possibilité que le législateur conçoive un régime d’inspection conforme à la Constitution qui n’exige pas d’autorisation judiciaire préalable » (par. 56). En l’espèce, si le client est avisé de la demande péremptoire, le risque de divulgation d’informations privilégiées sans son consentement que pose l’envoi d’une telle demande s’en trouverait grandement diminué.

(2) Le fardeau imposé au conseiller juridique

[53] Cette absence d’avis au client dont les renseignements et les documents sont visés par une demande péremptoire fait ressortir une autre lacune importante du régime en ce qui concerne l’information protégée par le secret professionnel en possession du notaire ou de l’avocat. Il s’agit du rôle attendu de ces derniers dans la sauvegarde du secret professionnel de leur client et du fait que, devant une telle demande, cette sauvegarde repose en définitive sur leurs épaules uniquement.

[54] La considération judiciaire d’une demande péremptoire en vertu de l’art. 231.7 de la *LIR* n’est

if the notary or lawyer concerned refuses to comply with the requirement, in which case the Minister must apply to a Federal Court judge for a compliance order. The notary or lawyer therefore bears the burden of raising an objection to the requirement on the basis of professional secrecy. Unless the notary or lawyer does so, there is a possibility that the state will obtain information or documents to which it is not entitled (*Lavallee*, at paras. 39-40). In other words, basing the protection solely on the duty of legal advisers to claim their clients' right to professional secrecy increases the risk that the state will gain access to protected information.

[55] However, as we mentioned above, there may be many reasons why lawyers or, in the case at bar, notaries might fail to claim protection for their clients' right to professional secrecy in court. Since the legal adviser is not the alter ego of the client, he or she will not necessarily always make the same choices the client would (*Lavallee*, at paras. 39-40). There may be situations in which a notary or a lawyer is simply negligent and forgets to verify whether any of the information requested by the Minister is protected by professional secrecy. There may be other situations in which a notary or a lawyer forgets to notify a client that a requirement has been received before complying with it. Aside from a case of simple negligence that takes the form of a failure to notify a client, it is also possible for a notary or a lawyer to honestly but wrongly believe that the information sought by the Minister is not protected by professional secrecy and can therefore be disclosed. In addition, a requirement could be issued to a notary or a lawyer who, although no longer the client's legal adviser, still has documents concerning the client.

[56] Finally, the possibility of being prosecuted (under s. 238 of the *ITA*) for failing to provide the CRA with the information it seeks could influence the choice made by a notary or a lawyer to comply or not to comply with a requirement. The threat of prosecution in fact creates a conflict of interests

pas automatique. Elle ne peut avoir lieu que si le notaire ou l'avocat visé refuse d'obtempérer à la demande et que le Ministre doit alors soumettre une demande sollicitant une ordonnance de divulgation à un juge de la Cour fédérale. Ainsi, le fardeau de soulever une objection à la demande péremptoire basée sur l'existence du secret professionnel repose sur les épaules du notaire ou de l'avocat. À moins que ce dernier ne soulève une objection, il y a une possibilité que l'État obtienne des renseignements ou documents auxquels il n'a pas de droit (*Lavallee*, par. 39-40). En d'autres mots, faire reposer la protection exclusivement sur le devoir des conseillers juridiques de revendiquer le droit de leur client au secret professionnel augmente le risque que l'État ait accès à des informations protégées.

[55] Or, tel que mentionné précédemment, il peut y avoir de multiples raisons pour lesquelles un avocat, ou en l'espèce un notaire, puisse faire défaut de soulever devant un juge la protection du secret professionnel de son client. Puisque le conseiller juridique n'est pas l'alter ego du client, il ne fera pas nécessairement toujours les mêmes choix que ferait ce dernier (*Lavallee*, par. 39-40). Parfois, le notaire ou l'avocat peut simplement être négligent et oublier de vérifier si l'information demandée par le Ministre contient des renseignements protégés par le secret professionnel. À d'autres occasions, il peut oublier d'aviser son client de la réception de la demande avant d'y obtempérer. Au-delà de la simple négligence qui se manifeste par un défaut d'aviser son client, le notaire ou l'avocat peut également croire, de bonne foi mais erronément, que les renseignements recherchés par le Ministre ne sont pas protégés par le secret professionnel et que, en conséquence, il peut les divulguer. Par ailleurs, il se pourrait que le notaire ou l'avocat à qui est adressée la demande péremptoire ne soit plus le conseiller juridique du client, mais détienne toujours des documents le concernant.

[56] Enfin, la possibilité de poursuites pénales pour défaut de fournir à l'ARC les renseignements recherchés (prévue à l'art. 238 de la *LIR*) peut influencer sur le choix du notaire ou de l'avocat d'obtempérer ou non à une demande péremptoire. Cette menace créée en fait une situation de conflit d'intérêts entre

between legal advisers and their clients, pitting the duty of confidentiality owed by legal advisers to their clients against their statutory duty of disclosure to the tax authorities (*Lavallee*, at para. 40). In this regard, it is, contrary to the AGC's argument, irrelevant that none of the notaries who received requirements have so far been prosecuted for refusing to provide the information or documents being sought. The mere possibility of being so prosecuted under the *ITA* places those legal advisers in an intolerable situation. For the purposes of determining whether the seizure is unreasonable within the meaning of s. 8 and analyzing the scheme's constitutional defects in relation to notaries and lawyers and the protected information they have in their possession, this is sufficient.

[57] Because the client is not given notice of the requirement, the notary or lawyer can take any of the possible courses of action discussed above without the client's knowledge and without a court being asked to determine whether professional secrecy applies to the particular situation. This is all the more problematic given that, regardless of the reason why a notary or a lawyer fails to notify his or her client that a requirement has been received, there is no way for a court to remedy that failure after the fact. If a legal adviser provides the CRA with the information or documents it seeks, the *ITA* gives the client no opportunity to remedy the improper disclosure. The client cannot go to court following the disclosure in order to withdraw certain privileged information or documents from the CRA. Once professional secrecy is lost, there is no way to recover it. This confirms that the requirement scheme is unreasonable, since it increases the risk of improper disclosure of confidential information protected by professional secrecy.

(3) Disclosure Is Not Absolutely Necessary

[58] There is more. In addition to the problems posed by the facts that notice is not given to the client and that an inappropriate burden is placed on the legal adviser alone, the courts have held that

le conseiller juridique et son client, mettant en opposition l'obligation de confidentialité du conseiller juridique envers son client et l'obligation de divulgation envers le fisc que lui impose la loi (*Lavallee*, par. 40). À ce chapitre, contrairement à ce que soutient le PGC, il importe peu que, à ce jour, aucun des notaires ayant reçu des demandes péremptoires n'ait fait l'objet d'une poursuite pénale en raison de son refus de produire les renseignements ou documents recherchés. La simple possibilité d'une telle poursuite aux termes de la *LIR* met ces conseillers juridiques dans une situation intolérable. Du point de vue de l'analyse du caractère abusif de la saisie au regard de l'art. 8 et des lacunes constitutionnelles du régime en ce qui touche les notaires et avocats et l'information protégée qu'ils détiennent, cela suffit.

[57] Puisque le client n'est pas avisé de la demande péremptoire, toutes ces conduites possibles du notaire ou de l'avocat peuvent se produire à l'insu de son client sans qu'un tribunal ne soit appelé à statuer sur la question de savoir si le secret professionnel s'applique à une situation donnée. Tout cela est d'autant plus problématique que, peu importe la raison pour laquelle un notaire ou un avocat n'avise pas son client de la réception d'une demande péremptoire, il n'existe aucune façon pour un tribunal d'y remédier après coup. Si un conseiller juridique fournit les renseignements ou documents recherchés à l'ARC, la *LIR* ne prévoit aucune possibilité pour son client de remédier à une divulgation inappropriée. Le client ne peut pas s'adresser à un tribunal après la divulgation pour retirer certains renseignements ou documents privilégiés des mains de l'ARC. Une fois le secret professionnel perdu, il n'existe aucune façon de le rétablir. Ce résultat confirme la nature abusive du régime des demandes péremptoires en ce qu'il augmente le risque de divulgation inappropriée d'informations confidentielles protégées par le secret professionnel.

(3) L'absence de nécessité absolue d'obtenir la divulgation

[58] Il y a plus. Au-delà des problèmes que posent l'absence d'avis au client et le fardeau inapproprié qui repose sur les seules épaules du conseiller juridique, la jurisprudence reconnaît qu'il n'est pas

it is not appropriate to interfere with professional secrecy unless it is absolutely necessary to do so (*Goodis*, at para. 24; *Lavallee*, at para. 36). In *Lavallee* and *FLS*, the Court faulted the authorities for the fact that the impugned searches had not been carried out as a last resort (*Lavallee*, at para. 49; *FLS*, at para. 54). In addition to the fact that, as we will explain below, the exception set out in the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) is in itself problematic, we find that the entire requirement scheme is flawed in that it authorizes a seizure that cannot be characterized as a measure of last resort. In the context of a seizure involving information or documents that may be protected by the professional secrecy of notaries or lawyers, this presents a problem.

[59] We agree that the problem in this case is not as acute as in *Lavallee* or *FLS*, which involved physical searches of law offices. The mere service of a requirement to disclose certain information or documents is not on the same scale. Nevertheless, we find that it is not absolutely necessary here to rely on notaries or lawyers rather than on alternative sources in order to obtain the information or documents being sought. For example, where the Minister seeks information about specific transactions in which the client took part, the information would be available from alternative sources, such as financial institutions, that do not have as onerous an obligation to safeguard its confidentiality. In this regard, there is no evidence that the Minister even tried, albeit unsuccessfully, to obtain the information in question by alternative means before issuing a requirement to a legal adviser.

[60] No one disputes the fact that the requirement scheme serves legitimate purposes, namely the collection of amounts owed to the CRA and tax audits. Nor does anyone dispute the fact that it is important to prevent firms of notaries or lawyers from becoming tax havens. However, such firms must not be turned into archives for the tax authorities either (*FLS*, at para. 75). The fact that the requirement

approprié de porter atteinte au secret professionnel lorsqu’il n’y a pas une nécessité absolue de le faire (*Goodis*, par. 24; *Lavallee*, par. 36). Dans *Lavallee* et *FOPJ*, la Cour a reproché à l’État que les fouilles contestées n’avaient pas été effectuées en dernier recours (*Lavallee*, par. 49; *FOPJ*, par. 54). Or, outre que l’exception à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » du par. 232(1) reste en soi problématique comme nous le verrons, nous estimons que le régime des demandes péremptoires dans son entièreté est déficient, car il autorise une saisie qui ne peut être qualifiée de mesure de dernier recours. Dans un contexte où la saisie vise des renseignements ou documents qui peuvent contenir des informations protégées par le secret professionnel du notaire ou de l’avocat, cela pose problème.

[59] Nous convenons que ce problème n’est pas aussi aigu que dans *Lavallee* ou *FOPJ* où une fouille physique de bureaux d’avocats avait cours. L’envoi d’une simple demande de divulguer certains renseignements ou documents n’a pas la même portée. Néanmoins, il y a selon nous absence de nécessité absolue d’avoir ici recours aux notaires ou aux avocats plutôt qu’à des sources alternatives afin d’obtenir les renseignements ou les documents recherchés. À titre d’exemple, si le Ministre recherche de l’information relative à certaines transactions spécifiques auxquelles le client a pris part, cette information serait accessible auprès de sources alternatives telles des institutions financières, qui ne sont pas soumises à une obligation aussi élevée de sauvegarder la confidentialité de cette information. À ce chapitre, il y a d’ailleurs absence de preuve voulant que le Ministre ait même tenté d’obtenir sans succès l’information recherchée par d’autres moyens avant d’adresser une demande péremptoire à un conseiller juridique.

[60] Personne ne conteste que le régime des demandes péremptoires poursuit un but légitime, soit le recouvrement de sommes dues à l’ARC et la vérification fiscale. Personne ne conteste non plus qu’il est important d’éviter que les cabinets de notaires ou d’avocats ne deviennent des paradis fiscaux. Cependant, ces cabinets ne doivent pas non plus devenir des dépôts d’archives pour le

scheme has an important purpose does not mean that it can be used to sidestep the protection afforded by s. 8 of the *Charter*. The authorities' failure to even attempt to obtain the information or documents they seek from alternative sources indicates that the manner in which the seizure is conducted is unreasonable, as it does not minimally impair the right to professional secrecy.

[61] If the client were given notice of the requirement and afforded an opportunity to independently safeguard his or her right to professional secrecy before the information was disclosed, the fact that the requirement is not sent as a last resort would not be fatal to the scheme. The risk of information protected by professional secrecy being revealed would then be minimized by the fact that the client would have an opportunity to challenge its disclosure. That is not the case here, however, and this further problem adds to the ones already identified.

(4) Possibility of Mitigating the Scheme's Defects

[62] Finally, these constitutional defects in the *ITA*'s requirement scheme are all the more unacceptable given that they could easily be mitigated and remedied by way of measures that are compatible with the state's obligations relating to the protection of professional secrecy.

[63] For example, as the Chambre noted at the hearing in this Court and as Blanchard J. mentioned in his judgment, the declaratory action in this case had also been brought against the Attorney General of Quebec and the Deputy Minister of Revenue of Quebec in relation to the corresponding provisions of the *Act respecting the ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31 ("AMR") (now the *Tax Administration Act*, CQLR, c. A-6.002), and the *Act to facilitate the payment of support*, CQLR, c. P-2.2 ("AFPS"). However, a settlement agreement was reached for that part of the action and was approved by the judge; a declaration of an out-of-court settlement, which included the transaction, was filed in the record. The transaction establishes the limits to be observed by Revenu Québec in issuing "formal

fisc (*FOPJ*, par. 75). L'existence d'un objectif important ne peut permettre au régime des demandes péremptoires de faire abstraction des protections qu'offre l'art. 8 de la *Charte*. L'absence même de tentative de l'État d'obtenir les renseignements ou documents recherchés d'autres sources indique que la façon dont on procède à la saisie n'est pas raisonnable, puisqu'elle ne porte pas atteinte au droit au secret professionnel de façon minimale.

[61] Si un client était avisé de la demande péremptoire et bénéficiait d'une occasion de veiller indépendamment à la sauvegarde de son droit au secret professionnel avant une divulgation, le fait que cette demande ne soit pas envoyée en dernier recours ne serait pas fatal au régime. Le risque que l'information protégée par le secret professionnel soit révélée serait alors atténué par le fait que le client aurait l'occasion d'en contester la divulgation. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce, si bien que ce problème additionnel s'ajoute aux autres déjà identifiés.

(4) L'atténuation possible des lacunes du régime

[62] Enfin, ces lacunes constitutionnelles du régime des demandes péremptoires de la *LIR* sont d'autant plus intolérables qu'elles pourraient facilement être atténuées et corrigées par des mesures qui respectent les obligations de l'État en matière de protection du secret professionnel.

[63] À preuve, la Chambre l'a souligné à l'audience devant nous et le juge Blanchard l'a relevé dans son jugement, la procureure générale du Québec et le sous-ministre du Revenu du Québec étaient visés par le même recours déclaratoire pour les dispositions corollaires de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 (« *LMR* ») (maintenant la *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002), et de la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, RLRQ, c. P-2.2 (« *LFPPA* »). Or, cet aspect du recours a fait l'objet d'une entente à l'amiable entérinée par le juge dans une déclaration de règlement hors cour versée au dossier et comportant une transaction. Cette dernière établit dans quels paramètres Revenu Québec pourra dorénavant procéder à une demande péremptoire de renseignements ou

demands” for information or documents to notaries. It sets out criteria to ensure that the client’s professional secrecy is protected and to prevent the disclosure of documents that may contain information to which notary-client privilege applies.

[64] Revenu Québec thus agreed, *inter alia*, as regards formal demands for information sent to notaries under s. 39 of the *AMR* or s. 57.1 of the *AFPS*, to comply with a directive issued on May 3, 2005 by the Direction générale de la législation et des enquêtes (now the Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises) (“directive”). Revenu Québec also agreed to take into account the other limits imposed by the transaction, recognizing for example that, *prima facie*, certain documents are protected by professional secrecy and cannot be the subject of a formal demand.

[65] The directive concerns the minimization of state impairments of the professional secrecy of lawyers and notaries. It states that, before issuing a formal demand, Revenu Québec must try to obtain the documents or information from various public records or by requesting them from the taxpayer, another party to a contract, a financial institution, an accountant or other third parties that have prepared the documents. If Revenu Québec determines that only a lawyer or a notary has the documents or information it is seeking, the Minister of Revenue may then ask the taxpayer for permission to obtain the documents or information from the taxpayer’s legal adviser by way of a consent in writing to release the adviser from professional secrecy. The directive further provides that Revenu Québec can consider sending a formal demand to a lawyer or a notary only if the other steps are unsuccessful and there is no other way to obtain the information or documents.

[66] The directive also states that, where Revenu Québec is of the opinion that professional secrecy does not apply to the information or documents being sought, a judgment may be obtained from the

de documents auprès d’un notaire. Elle prévoit des critères afin d’assurer la protection du secret professionnel du client et d’empêcher la divulgation de documents susceptibles de contenir de l’information couverte par le privilège des communications entre le client et le notaire.

[64] Ainsi, Revenu Québec s’est entre autres engagé, dans les cas de demandes péremptoires de renseignements adressées à un notaire aux termes de l’art. 39 de la *LMR* ou de l’art. 57.1 de la *LFPPA*, à respecter la directive du 3 mai 2005 émanant de la Direction générale de la législation et des enquêtes (maintenant la Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises) (« directive »). Revenu Québec s’est aussi engagé à tenir compte des autres limites imposées par la transaction, ce qui inclut une reconnaissance *prima facie* que certains documents sont protégés par le secret professionnel et ne peuvent faire l’objet d’une demande péremptoire.

[65] La directive traite de la minimisation de l’atteinte au secret professionnel de l’avocat et du notaire par l’État. Aux termes de cette directive, avant de procéder à une demande péremptoire, Revenu Québec doit tenter d’obtenir les documents ou renseignements à partir des divers registres publics, ou en s’adressant au contribuable, à un cocontractant, à une institution financière, à un comptable, ou à d’autres tiers ayant préparé les documents. Si Revenu Québec constate que les documents ou les renseignements qu’il recherche se trouvent uniquement chez un avocat ou un notaire, le ministre du Revenu peut alors demander au contribuable l’autorisation de les obtenir de son conseiller juridique s’il consent par écrit à relever ce dernier du secret professionnel. En vertu de cette directive, Revenu Québec peut envisager de faire parvenir une demande péremptoire à l’avocat ou au notaire seulement dans l’éventualité où les autres démarches sont infructueuses et qu’il n’existe pas d’autres moyens de se procurer les renseignements ou documents.

[66] Par ailleurs, dans le cas où Revenu Québec estime que le secret professionnel n’est pas applicable aux renseignements ou documents recherchés, la directive prévoit qu’un jugement peut être

Court of Québec or the Superior Court, as provided for in the particular statute. Where the Minister of Revenue indicates that it is absolutely necessary to obtain the information for the purposes of administering the *AMR* or the *AFPS*, the judge must determine whether the Minister is entitled to have access to the information or documents in question.

[67] The transaction further provides that any formal demand issued to a notary by Revenu Québec must specify the information or documents covered by the demand. It must explain why Revenu Québec is of the opinion that the information or documents in question are not protected by professional secrecy, and it must ask the notary to find out whether the client agrees to waive professional secrecy. Finally, Revenu Québec agrees not to include any statement to the effect that a notary who fails to comply with a formal demand could face prosecution that could result in a fine or a term of imprisonment. Revenu Québec also agrees not to prosecute a notary who invokes professional secrecy in good faith.

[68] The agreement between the Chambre and the Quebec authorities is helpful to our analysis, since it shows that there are ways to minimize the risk that a requirement scheme will impair professional secrecy. In its current form, the *ITA*'s requirement scheme is problematic insofar as it is applied to a notary or a lawyer. It will be for Parliament, if it so chooses, to adopt measures specifying how the CRA can obtain information or documents from a taxpayer's legal adviser without jeopardizing professional secrecy. Currently, in our view, the impairment permitted by the requirement scheme set out in ss. 231.2(1) and 231.7 of the *ITA* is not consistent with the principle of minimization (*Maranda*, at paras. 14-20).

C. *Constitutional Defects in the Exception in Section 232(1) of the ITA*

[69] The Court of Appeal held that the accounting records exception also infringes the rights guaranteed

obtenu de la Cour du Québec ou de la Cour supérieure selon la loi visée. Dans les cas où le ministre du Revenu indique qu'il est absolument nécessaire d'obtenir cette information afin d'appliquer la *LMR* ou la *LFPPA*, le juge doit statuer sur son droit d'accès aux renseignements ou aux documents visés.

[67] La transaction prévoit de plus que toute demande péremptoire de Revenu Québec destinée à un notaire doit préciser le ou les renseignements ou documents faisant l'objet de la demande. Elle doit indiquer les motifs pour lesquels Revenu Québec est d'avis que ces renseignements ou documents ne sont pas protégés par le secret professionnel et inviter le notaire à vérifier auprès de son client s'il accepte de renoncer au secret professionnel. Enfin, Revenu Québec s'engage à n'inclure aucune mention que le notaire qui n'obtempère pas à une demande péremptoire s'expose à des poursuites pénales pouvant entraîner une amende ou une peine d'emprisonnement. Revenu Québec s'engage aussi à ne pas tenter de poursuites pénales à l'encontre d'un notaire qui, de bonne foi, invoque le secret professionnel.

[68] L'entente entre la Chambre et les autorités québécoises est utile à notre analyse, car elle met en évidence qu'il existe des façons d'atténuer le risque qu'un régime de demandes péremptoires porte atteinte au secret professionnel. Dans sa forme actuelle, le régime des demandes péremptoires de la *LIR* est problématique dans la mesure où il est appliqué à un notaire ou à un avocat. Il appartiendra au législateur fédéral, s'il le souhaite, d'adopter des mesures sur la façon par laquelle l'ARC peut obtenir des renseignements ou documents de la part d'un conseiller juridique d'un contribuable sans pour autant mettre le secret professionnel en péril. À notre avis, à l'heure actuelle, l'atteinte que permet le régime des demandes péremptoires prévu au par. 231.2(1) et à l'art. 231.7 de la *LIR* ne respecte pas le principe de minimisation (*Maranda*, par. 14-20).

C. *Les lacunes constitutionnelles de l'exception prévue au par. 232(1) de la LIR*

[69] La Cour d'appel a décidé que l'exception relative aux relevés comptables porte elle aussi atteinte

by s. 8 of the *Charter*. We agree with this conclusion, too.

[70] Even though we have concluded that the requirement scheme is contrary to s. 8 for the reasons and to the extent mentioned above, whether this exception is constitutional remains an important issue. In the companion case, *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381, we find that the definition in s. 232(1) creates a valid exception to solicitor-client privilege on the basis of the rules of interpretation enunciated in *Blood Tribe*. Therefore, even if Parliament remedies the defects we have identified in the general requirement scheme, the application of that exception in the context of a requirement could nonetheless result in the disclosure of information that is normally “privileged” as defined by the courts. A separate analysis regarding the exception is therefore necessary in this case.

[71] No matter how it is viewed, the exception set out in the definition of “solicitor-client privilege” does not withstand constitutional scrutiny. The abrogation of professional secrecy in respect of the accounting records of lawyers in a scheme that allows such documents to be seized gives the state access to a whole range of information that would otherwise be exempt from the duty to disclose and therefore exempt from seizure. The Minister has not satisfied us that giving the state access to a range of information that is normally protected by professional secrecy is absolutely necessary to meet the *ITA*’s objectives. In the absence of absolute necessity and given that there is no possibility of judicial review to ensure that professional secrecy is protected, the accounting records exception infringes s. 8 of the *Charter* by allowing the unreasonable seizure of information found in the accounting records of notaries or lawyers.

(1) Accounting Records and Protected Information

[72] It is well established that the accounting records of notaries and lawyers are inherently capable

aux droits garantis par l’art. 8 de la *Charte*. Nous sommes également d’accord.

[70] Malgré notre conclusion que le régime des demandes péremptoires est contraire à l’art. 8 pour les raisons et dans la mesure déjà exprimées, la question de la constitutionnalité de cette exception demeure importante. Dans le pourvoi connexe *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381, nous déterminons en effet que la définition que contient le par. 232(1) crée une exception valide au secret professionnel selon les règles d’interprétation énoncées dans *Blood Tribe*. Ainsi, même si le Parlement remédie aux lacunes du régime général de demandes péremptoires que nous identifions, l’application de cette exception dans le cadre d’une telle demande pourrait néanmoins résulter en une divulgation d’informations ou de renseignements normalement privilégiés au sens de la jurisprudence. Une analyse séparée de cette exception s’impose donc en l’espèce.

[71] Peu importe l’angle sous lequel on la considère, l’exception prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » ne résiste pas à un examen constitutionnel. La suppression du secret professionnel à l’égard du relevé comptable de l’avocat dans le contexte d’un régime qui permet la saisie de ces documents donne à l’État l’accès à une panoplie d’informations qui seraient autrement soustraites à l’obligation de divulguer, et donc insaisissables. Le Ministre ne nous convainc pas que permettre à l’État d’avoir accès à une gamme d’informations normalement protégées par le secret professionnel est absolument nécessaire pour répondre aux objectifs de la *LIR*. En l’absence d’une nécessité absolue et de tout contrôle judiciaire visant à assurer la protection du secret professionnel, l’exception relative aux relevés comptables contrevient à l’art. 8 de la *Charte* en rendant abusive la saisie d’information contenue dans les relevés comptables de notaires ou d’avocats.

(1) Relevés comptables et informations protégées

[72] Il est acquis que les relevés comptables des notaires et des avocats sont en soi susceptibles de

of containing information that is protected by professional secrecy. In *Descôteaux*, the Court quoted the following passage from John Henry Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, § 2292): “Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure . . .” (pp. 872-73). In *Foster Wheeler*, the Court observed that “[i]t would be inaccurate to reduce the content of the obligation of confidentiality to opinions, advice or counsel given by lawyers to their clients” (para. 38). In *Maranda*, noting the importance of the information that can be extracted from particulars as seemingly neutral as the amount of the fees paid by a client, the Court concluded that “the fact consisting of the amount of the fees must be regarded, in itself, as information that is . . . protected” (para. 33). The Court thus acknowledged that, even where accounting information includes no description of work, it may in itself, if disclosed, reveal confidential and privileged information.

[73] Whether a document or the information it contains is privileged depends not on the type of document it is but, rather, on its content and on what it might reveal about the relationship and communications between a client and his or her notary or lawyer. If lawyers’ fees can reveal privileged information, it is difficult to see why this could not also be the case for accounting records. Such records will not always contain privileged information, of course, but the fact remains that they may contain some, so their disclosure could involve a breach of professional secrecy. This is sufficient for the purposes of our analysis.

[74] From this perspective, it is important to note that clients’ names may appear in accounting records that contain information about amounts received by and owed to a notary or a lawyer. In some cases, those names may be privileged, since the fact that a person has consulted a notary or a lawyer may reveal other confidential information

contenir des informations protégées par le secret professionnel. Citant John Henry Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, § 2292), la Cour écrit dans *Descôteaux* que « [l]es communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualités, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d’obtenir un avis juridique font l’objet à son instance d’une protection permanente contre toute divulgation » (p. 872-873). Dans *Foster Wheeler*, la Cour souligne qu’« il serait inexact de tenter de réduire le contenu de l’obligation de confidentialité à celui de l’opinion, de l’avis ou du conseil donné par l’avocat à son client » (par. 38). Dans *Maranda*, notant l’importance des renseignements qui peuvent être tirés d’informations apparemment aussi neutres que le montant des honoraires versés par un client, la Cour conclut que « le fait même du montant des honoraires doit être considéré comme un élément d’information protégé » (par. 33). La Cour reconnaît ainsi que, même lorsqu’une information de nature comptable ne comporte aucune description de tâche, sa divulgation peut à elle seule révéler de l’information confidentielle et privilégiée.

[73] La nature privilégiée d’un document ou de l’information qu’il contient ne dépend pas de la catégorie à laquelle le document appartient, mais plutôt de son contenu et de ce qu’il peut révéler sur la relation et les communications entre un client et son notaire ou avocat. Si les honoraires d’avocats peuvent révéler de l’information privilégiée, nous voyons mal pourquoi ce ne pourrait être le cas avec les relevés comptables. Certes, un relevé comptable ne contiendra pas toujours de l’information privilégiée. Il n’en demeure pas moins qu’il est susceptible d’en contenir, de sorte que la divulgation d’un tel relevé peut comporter une violation du secret professionnel. Cela suffit pour les fins de notre analyse.

[74] De ce point de vue, il importe de rappeler que les relevés comptables qui contiennent de l’information relative aux sommes reçues par un notaire ou un avocat et celles qui lui sont dues risquent de contenir le nom de clients. Dans certains cas, les noms des clients peuvent être privilégiés, car le fait qu’une personne ait consulté un notaire ou un

about the person's personal life or legal problems (*Lavallee*, at para. 28; G. Geddes, "The Fragile Privilege: Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege" (1999), 47 *Can. Tax J.* 799, at pp. 805-6; Lederman, Bryant and Fuerst, at p. 939). Accounting records may also include a description of the mandate the notary or lawyer was given and for which a statement of account was submitted to the client. In other cases, the notary or lawyer may include numerous particulars about the work he or she performed, including the topic of the consultation with the client. Finally, a legal adviser might keep his or her books of account and other accounting records related to the statements of account sent to clients and the amounts owed by clients in such a way as to reveal certain aspects of the litigation strategy that was adopted in a given case.

[75] This being the case, the outright exclusion of the accounting records of notaries and lawyers from the protection of professional secrecy as set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA* causes a problem. Although the definition expressly provides that an accounting record includes "any supporting voucher or cheque", the expression "accounting record of a lawyer" is not defined in the *ITA*. Section 230(2.1) of the *ITA* does require lawyers to keep records and books of account, but it does not specify what information those records must contain. This lack of precision creates a real risk that a wide variety of documents, some of which may contain information protected by professional secrecy, will be disclosed in response to a requirement. The expression "accounting record of a lawyer" is open to multiple interpretations. Some of these interpretations could lead a court to conclude that such records cannot be considered to contain any privileged information, while others could lead to the opposite conclusion (*Organic Research Inc. v. Minister of National Revenue* (1990), 111 A.R. 336 (Q.B.)).

[76] Moreover, this lack of precision of the expression "accounting record of a lawyer" in terms of the documents practitioners must keep, the format they must be kept in and the level of detail they must contain creates a risk that different legal advisers will

avocat peut révéler d'autres informations confidentielles sur sa vie personnelle ou ses problèmes juridiques (*Lavallee*, par. 28; G. Geddes, « The Fragile Privilege : Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege » (1999), 47 *Rev. fisc. can.* 799, p. 805-806; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 939). Les relevés comptables peuvent en outre contenir des descriptions du mandat reçu et pour lequel un état de compte a été remis au client. Dans d'autres cas, le notaire ou l'avocat peut inclure de nombreux détails relatifs au travail accompli, dont le sujet de la consultation avec le client. Enfin, la simple façon dont le conseiller juridique tient ses livres et registres comptables à l'égard des états de compte envoyés à ses clients et des sommes dues par ces derniers pourrait divulguer certains aspects de la stratégie adoptée dans le cadre d'un litige.

[75] Cela étant, l'exclusion pure et simple des relevés comptables d'un notaire ou d'un avocat de la protection du secret professionnel dans la définition du privilège des communications entre client et avocat énoncée au par. 232(1) de la *LIR* pose problème. Bien qu'il soit précisé qu'un relevé comptable inclut explicitement « toute pièce justificative ou tout chèque », l'expression « relevé comptable d'un avocat » n'est pas définie dans la *LIR*. Le paragraphe 230(2.1) de la *LIR* exige bien que les avocats tiennent des registres et livres de comptes, mais il ne précise pas quelles informations doivent se trouver dans ces registres. Ce manque de précision crée un risque réel qu'une large variété de documents, incluant certains contenant de l'information couverte par le secret professionnel, soit divulguée dans le cadre d'une demande péremptoire. L'expression « relevé comptable d'un avocat » se prête à de multiples interprétations. Certaines peuvent mener un tribunal à conclure qu'aucune information privilégiée ne peut être considérée comme figurant dans ces relevés; d'autres peuvent mener à la conclusion contraire (*Organic Research Inc. c. Minister of National Revenue* (1990), 111 A.R. 336 (B.R.)).

[76] De plus, ce manque de précision de l'expression « relevé comptable d'un avocat » quant aux documents devant être tenus par le professionnel, au format dans lequel ils doivent être tenus, et au niveau de détails qu'ils doivent atteindre, soulève un

include different information in their accounting records. The risk that a client's privileged information might be exposed as a result of the exception may therefore vary greatly.

(2) Constitutional Analysis

[77] In *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, the Court noted that “whether solicitor-client privilege can be violated by the express intention of the legislature is a controversial matter” (para. 34). In this appeal, we are not being asked to answer this question for all cases in which a legislature expresses a clear and unequivocal intention to abrogate professional secrecy in respect of a class of documents or information. The question in the case at bar is limited to whether an abrogation of that privilege that has the effect of permitting the seizure of documents that would otherwise be protected by professional secrecy constitutes an infringement of the right to be secure against unreasonable seizure guaranteed by s. 8.

[78] In our view, for the exception at issue in this case, the answer must be yes. The exception is broad and undefined, as it permits the seizure of any accounting record of a notary or a lawyer. As a result of s. 231.7 of the *ITA*, the effect of the exception is stark. Once a court finds that a document is an accounting record, it must order that the document be disclosed regardless of whether it would be considered privileged in the absence of the exception. In other words, for all practical purposes, the exception removes from the court's jurisdiction the determination of whether accounting records in respect of which a requirement has been issued are privileged.

[79] At the hearing in this Court, the AGC and the CRA, no doubt aware of this problem, argued for the first time that judges nonetheless have some “residual discretion” in such cases. They argued that a judge considering a ministerial application for disclosure can exercise this “discretion” to exclude privileged documents from the seizure of accounting records of a notary or a lawyer. We reject this argument. It conflicts with the actual wording of the accounting

risque que différents conseillers juridiques incluent différentes informations dans leurs relevés comptables. Le degré de risque auquel l'information privilégiée d'un client peut être exposée en raison de l'exception peut donc varier énormément.

(2) Analyse constitutionnelle

[77] Dans *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, la Cour souligne que « [l]a question de savoir si [. . .] le législateur peut écarter expressément le privilège avocat-client est matière à controverse » (par. 34). La présente affaire ne nous invite pas à répondre à cette question pour tous les cas où un législateur démontre une intention claire et non équivoque de supprimer le secret professionnel pour une catégorie de documents ou d'informations. La question qui se pose ici se limite à déterminer si une suppression de ce privilège qui a pour effet de permettre la saisie de documents autrement couverts par le secret professionnel constitue une atteinte au droit à la protection contre les saisies abusives garanti par l'art. 8.

[78] À notre avis, pour l'exception dont il s'agit, la réponse doit être affirmative. Cette exception est large et non définie, permettant la saisie de tout relevé comptable d'un notaire ou d'un avocat. Compte tenu de l'art. 231.7 de la *LIR*, l'effet de l'exception est brutal. Dès qu'un tribunal constate qu'un document est un relevé comptable, il doit en ordonner la divulgation, et ce, peu importe que ce document aurait été jugé privilégié en l'absence de l'exception. En d'autres termes, l'exception fait en sorte que le contrôle judiciaire du caractère privilégié des relevés comptables visés par une demande péremptoire est à toutes fins pratiques éliminé.

[79] À l'audience devant nous, sans doute conscients de ce problème, le PGC et l'ARC ont soulevé pour la première fois l'argument voulant que le juge dispose néanmoins d'une « discrétion résiduelle » dans un tel cas. Cette « discrétion » permettrait au juge qui considère une demande ministérielle de divulgation de retirer de la saisie des relevés comptables d'un notaire ou d'un avocat des documents qui seraient privilégiés. Nous rejetons cet argument. Il

records exception and with the meaning of s. 231.7. Neither of those provisions mentions such a “residual discretion”. The definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) results, rather, in a complete abrogation of professional secrecy in respect of one class of documents, namely the accounting records of notaries and lawyers.

[80] To determine whether an abrogation of professional secrecy in the context of a seizure is constitutional, a court must consider what characterizes professional secrecy as a substantive right. More specifically, the third factor of the substantive rule from *Descôteaux* is of decisive importance in such a case. According to Lamer J., when a law authorizes someone to do something that might interfere with the right to confidentiality that results from professional secrecy, “the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation” (p. 875 (emphasis added)).

[81] Thus, a legislative provision cannot, by abrogating professional secrecy, authorize the state to gain access to information that is normally protected, where the abrogation is not absolutely necessary to achieve the purposes of the legislation. If the provision does so, the seizure will be unreasonable and contrary to s. 8 of the *Charter*. This rule prevents the state from giving itself, with a clear intention to create a statutory exception to professional secrecy, the authority to gain untrammelled access to documents that are normally privileged even though the state’s operations are facilitated only minimally by access to the information.

[82] This is consistent with the emphasis frequently placed by the Court on ensuring that professional secrecy always remains as close to absolute as possible (*McClure*, at para. 35). Limits on professional secrecy must take into account the duty recognized by the Court to minimize impairments (*Maranda*, at para. 14; *Goodis*, at para. 24). This Court’s decisions have narrowly circumscribed the

se heurte au libellé même de l’exception relative aux relevés comptables, ainsi qu’au sens de l’art. 231.7. Ni l’une ni l’autre de ces dispositions ne fait état de l’existence d’une telle « discrétion résiduelle ». La définition de « privilège des communications entre client et avocat » donnée par le par. 232(1) conduit plutôt à une suppression totale du secret professionnel pour une catégorie de documents, soit celle des relevés comptables des notaires et des avocats.

[80] L’analyse de la validité constitutionnelle d’une suppression du secret professionnel dans le cadre d’une saisie doit tenir compte de ce qui le caractérise en tant que droit substantiel. Plus particulièrement, le troisième facteur de la règle de fond formulée dans *Descôteaux* a une importance décisive dans un tel cas. Selon ce que le juge Lamer indique, lorsqu’une loi permet de faire quelque chose qui risque de porter atteinte au droit à la confidentialité qui découle du secret professionnel, « la décision de le faire et le choix des modalités d’exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d’un souci de n’y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante » (p. 875 (nous soulignons)).

[81] Partant, une disposition législative ne peut permettre à l’État d’avoir accès à une information normalement protégée en supprimant le secret professionnel au-delà de la mesure dans laquelle la suppression est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs de la loi. Dans le cas contraire, la saisie effectuée est abusive et viole l’art. 8 de la *Charte*. Cette règle évite que l’État s’autorise impunément d’une intention claire de créer par voie législative une exception au secret professionnel pour avoir accès à des documents normalement privilégiés alors que l’accès aux informations ne facilite les opérations de l’État que de façon minimale.

[82] Cela s’inscrit dans le sens de l’accent fréquemment mis par la Cour sur l’importance d’assurer que le secret professionnel demeure toujours aussi absolu que possible (*McClure*, par. 35). Les restrictions au secret professionnel doivent tenir compte de l’obligation de minimisation des atteintes reconnue par la Cour (*Maranda*, par. 14; *Goodis*, par. 24). La jurisprudence de la Cour circonscrit

situations in which and the reasons for which professional secrecy may be set aside without the client's consent. In every case, professional secrecy will be set aside only if the court is of the view that it is absolutely necessary to do so, and only for a very specific purpose. Even then, the exceptions must be precisely defined.

[83] For example, in legal proceedings, where professional secrecy prevents an accused from making full answer and defence, it can be set aside only if the innocence of the accused is at stake (*R. v. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.), at pp. 43-45; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, at para. 69; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 607; *Brown*). Likewise, where concerns about the health and well-being of individuals make it necessary to infringe professional secrecy, “the interference must be no greater than is essential to the maintenance of security” (*Solosky*, at p. 840). In *Smith*, the Court upheld the requirement that privileged documents be disclosed only on the basis of a clear, serious and imminent danger (para. 84). Major J., dissenting on another point, agreed that a more permissive standard that authorizes “completely lifting the privilege and allowing [the client’s] confidential communications to his legal advisor to be used against him in the most detrimental ways will not promote public safety, only silence” (para. 23). Any other conclusion would undermine the main rationale for professional secrecy: the need to maintain a legal system that ensures that individuals have access to specialists who will represent their interests and with whom they can be completely honest about their legal problems and needs.

[84] The potential scope of the expression “accounting record of a lawyer” is therefore problematic from the standpoint of the absolute necessity test. The exception set out in the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) of the *ITA* does not distinguish the many forms that information in an accounting record can take. For now, all information in an accounting record is to be disclosed in response to a requirement regardless of the form or the content of the record. The information may

étroitement les situations dans lesquelles et les raisons pour lesquelles le secret professionnel peut être levé sans le consentement du client concerné. Dans chaque cas, le secret professionnel n’est levé que lorsque les tribunaux sont d’avis qu’il est absolument nécessaire de le faire, et ce, dans un but très spécifique. Même là, les exceptions doivent être circonscrites avec précision.

[83] Ainsi, dans des procédures judiciaires, si le secret professionnel empêche un accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne peut être levé que si son innocence est en jeu (*R. c. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.), p. 43-45; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 69; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 607; *Brown*). De même, lorsqu’une crainte pour la santé et le bien-être des citoyens rend nécessaire la violation du secret professionnel, « l’intervention ne doit pas aller au-delà de ce qui est essentiel au maintien de la sécurité » (*Solosky*, p. 840). Dans *Smith*, la Cour maintient l’exigence que la divulgation de documents privilégiés ne puisse être motivée que par un danger clair, grave et imminent (par. 84). Dissident sur un autre point, le juge Major a convenu qu’une norme plus laxiste qui permettrait « la suppression complète du privilège et la possibilité d’utiliser contre [le client] de la manière la plus préjudiciable qui soit les conversations confidentielles qu’il a eues avec son conseiller juridique ne favoriseront pas la sécurité publique, seulement le silence » (par. 23). Conclure autrement irait à l’encontre de la raison d’être principale du secret professionnel : le besoin de maintenir un système de droit qui assure aux individus l’accès à des spécialistes qui représentent leurs intérêts et avec lesquels ils peuvent être complètement honnêtes à l’égard de leurs problèmes et besoins juridiques.

[84] L’étendue potentielle de l’expression « relevé comptable d’un avocat » est en ce sens problématique du point de vue du critère de la nécessité absolue. L’exception à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1) de la *LIR* ne fait aucune distinction entre les multiples formes que peut prendre l’information figurant dans un relevé comptable. Pour le moment, toute l’information figurant dans un relevé comptable est sujette à divulgation en vertu d’une

therefore have nothing to do with the Minister's power of audit and collection, and the Minister may not need it in order to achieve his or her objective under the *ITA*. In fact, nothing in the arguments of the AGC and the CRA suggests why, to achieve the purposes of the *ITA*, it would be absolutely necessary to set aside professional secrecy for such a wide range of documents rather than, for example, doing so only in respect of the amounts paid and owed by clients.

[85] It is true that in the companion case, *Thompson*, the Minister argues that, when a requirement is sent to a lawyer whose own tax liability is the subject of an assessment, access to clients' names may be necessary in order for the amounts owed by the lawyer to be collected and for the Minister to fulfil the Minister's duties under the *ITA*. Nevertheless, we note that, in the absence of a definition of "accounting record of a lawyer" in the *ITA*, it is impossible to distinguish an accounting record that contains only a client's name and the amount the client owes the lawyer from one that contains much more information about the nature of the activities a lawyer has engaged in for a client under a mandate for professional services. When the Minister requests access to a lawyer's accounting records by means of a requirement, all such records must be disclosed, even if they contain information that will not help the CRA collect the amounts it is owed.

[86] In closing, we would add that a conclusion that the exception is valid could have unfortunate consequences that transcend this appeal. The *ITA* sets only a vague limit on what the CRA can do in requesting access to information by means of a requirement: the information must be necessary "for any purpose related to the administration or enforcement of this Act" (s. 231.2(1)). There appear to be no restrictions on sharing the information with government agencies and other public players as long as the CRA does so for a purpose related to the administration or enforcement of the *ITA*.

demande péremptoire, peu importe la forme et la teneur de ce relevé. Cette information peut donc ne concerner en rien le pouvoir de vérification et de recouvrement du Ministre, ni être nécessaire pour lui permettre d'atteindre l'objectif qu'il poursuit en vertu de la *LIR*. En fait, rien dans les arguments du PGC et de l'ARC ne suggère en quoi, pour atteindre les objectifs de la *LIR*, il serait absolument nécessaire de lever le secret professionnel à l'égard d'une gamme aussi vaste de documents, plutôt que de la limiter, par exemple, aux seuls montants payés et dus par les clients.

[85] Il est vrai que dans le pourvoi connexe *Thompson*, le Ministre soutient que, pour l'envoi d'une demande péremptoire à un avocat visé par une cotisation, l'accès aux noms de clients peut être nécessaire pour le recouvrement des sommes dues par cet avocat et pour le respect par le Ministre de ses obligations en vertu de la *LIR*. Néanmoins, nous constatons que, en l'absence d'une définition de « relevé comptable d'un avocat » dans la *LIR*, il est impossible de distinguer le relevé comptable qui ne contient que le nom d'un client et la somme qu'il doit à son avocat, de celui qui contient beaucoup plus d'informations sur la nature des activités qu'un avocat accomplit pour un client dans le cadre d'un mandat pour services professionnels. Lorsque le Ministre demande accès aux relevés comptables d'un avocat dans le cadre d'une demande péremptoire, ils doivent tous être divulgués, même s'ils contiennent de l'information qui n'aidera pas l'ARC à recouvrer les sommes dues.

[86] Nous ajoutons en terminant que la reconnaissance de la validité de l'exception pourrait avoir des conséquences fâcheuses qui dépassent le cadre du présent appel. La *LIR* ne prévoit en effet qu'une vague limite à la manière par laquelle l'ARC peut demander d'avoir accès à de l'information au moyen d'une demande péremptoire : l'information doit être nécessaire « pour l'application ou l'exécution de la présente loi » (par. 231.2(1)). Il ne semble pas y avoir de restrictions à l'égard des agences gouvernementales et autres acteurs publics avec lesquels l'ARC peut partager l'information, pourvu que cette dernière le fasse pour l'application ou l'exécution de la *LIR*.

[87] As a result, there is a real risk that, even if an audit or a collection action under the *ITA* does not directly target clients, information that the CRA obtains about them could be used against them in other circumstances. Within the CRA, for example, information disclosed in response to a requirement could be used to start investigations concerning clients' income tax returns. In our view, it would be unacceptable to allow the state to make use of an administrative procedure in order to obtain information that would otherwise be protected by professional secrecy, and then allow it to use that information for other purposes simply because Parliament excluded a lawyer's accounting records from the definition of "solicitor-client privilege".

D. Section 1 Analysis

[88] Section 1 of the *Charter* "guarantees the rights and freedoms set out in [the *Charter*]". It provides that this guarantee is "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

[89] In order to justify the infringement of rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*, the appellants must show that the impugned provisions of the *ITA* have a pressing and substantial objective and that the means chosen are proportional to that objective. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to the objective; (2) it is minimally impairing of the rights in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 94). In *Lavallee*, the Court wrote that "if, as here, the violation of s. 8 is found to consist of an unjustifiable impairment of the privacy interest protected by that section, everything else aside, it is difficult to conceive that the infringement could survive the minimal impairment part of the *Oakes* test" (para. 46).

[87] En conséquence, il y a un risque réel que même si des clients eux-mêmes ne font pas l'objet d'une vérification fiscale ou d'une procédure de recouvrement en application de la *LIR*, l'information obtenue par l'ARC à leur égard puisse être utilisée contre eux dans d'autres circonstances. Au sein de l'ARC, l'information divulguée dans le cadre d'une demande péremptoire peut ainsi être utilisée afin de commencer des enquêtes relatives aux déclarations d'impôts des clients. Il serait inacceptable à notre avis de permettre à l'État d'obtenir, dans une procédure administrative, des informations autrement protégées par le secret professionnel et d'être libre par la suite d'utiliser cette information pour d'autres fins du seul fait que le Parlement a exclu les relevés comptables d'un avocat de la définition du « privilège des communications entre client et avocat ».

D. L'analyse sous l'article premier

[88] L'article premier de la *Charte* « garantit les droits et libertés qui [. . .] sont énoncés [dans la *Charte*] ». L'article prévoit que ces droits « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

[89] Pour justifier une atteinte aux droits que reconnaît l'art. 8 de la *Charte*, les appelants doivent démontrer que l'objet des dispositions contestées de la *LIR* est urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet. Une loi est proportionnée à son objet si (1) les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet; (2) elle porte atteinte de façon minimale aux droits en question; et (3) il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 94). Dans *Lavallee*, la Cour écrit que « si, comme en l'espèce, la violation de l'art. 8 est jugée constituer une atteinte injustifiable au droit à la vie privée protégé par cette disposition, toute autre chose à part, il est difficile de concevoir que cette violation puisse résister au volet de l'atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes* » (par. 46).

[90] In the instant case, it is clear that the *ITA* has a pressing and substantial objective, namely the collection of taxes. Moreover, there is a logical and direct connection between the collection of taxes and the requirement scheme. Requirements enable the CRA to obtain information about taxpayers so that it can ensure that the information they have provided it is accurate.

[91] However, the requirement scheme in relation to notaries and lawyers fails at the minimal impairment stage of the justification analysis. For the reasons given above, the statutory provisions in question — ss. 231.2(1) and 231.7 and the accounting records exception set out in s. 232(1) of the *ITA* — do not minimally impair the right to professional secrecy. As a result, they cannot be saved under s. 1.

VI. Remedy and Conclusion

[92] We conclude that the requirement scheme in the *ITA* infringes s. 8 of the *Charter* and must be declared to be unconstitutional insofar as it applies to notaries and lawyers in Quebec. The appropriate remedy in this case will be to “read down” the statutory provisions at issue, as the Court did in *FLS*, so as to exclude notaries and lawyers from the scope of their operation (para. 63). Since the Court has already found that the requirement scheme is generally constitutional insofar as requirements are sent to taxpayers (*McKinlay Transport*), it is neither necessary nor appropriate to find that the entire scheme is invalid. We consider it more appropriate simply to prohibit its being applied to notaries and lawyers in their capacity as legal advisers.

[93] We would therefore declare s. 231.2(1) of the *ITA*, which authorizes the Minister to send requirements, and s. 231.7 of the *ITA*, which authorizes the Minister to apply to a court to follow up on a requirement, to be unconstitutional, and inapplicable to notaries and lawyers in their capacity as legal advisers.

[90] En l’espèce, il est certain que la *LIR* a un objectif urgent et réel, soit le recouvrement des impôts. Par ailleurs, il existe un lien logique et direct entre ce recouvrement et le régime des demandes péremptoires. En effet, ces dernières permettent à l’ARC d’obtenir des informations relatives aux contribuables afin de s’assurer de l’exactitude des données fournies par ceux-ci aux autorités fiscales.

[91] Néanmoins, au stade de l’atteinte minimale, la justification du régime des demandes péremptoires en ce qui concerne les notaires et les avocats échoue. Pour les raisons déjà indiquées, les dispositions législatives concernées, que ce soit le par. 231.2(1), l’art. 231.7 ou l’exception relative aux relevés comptables du par. 232(1) de la *LIR*, ne constituent pas une atteinte minimale au secret professionnel. Elles ne peuvent par conséquent être sauvegardées par application de l’article premier.

VI. Réparation et conclusion

[92] Nous concluons que le régime des demandes péremptoires de la *LIR* contrevient à l’art. 8 de la *Charte* et doit être déclaré inconstitutionnel dans la mesure où il s’applique aux notaires et aux avocats du Québec. Comme la Cour l’a fait dans *FOPJ*, la réparation convenable en l’espèce consiste en l’adoption d’« une interprétation atténuée » des dispositions législatives en cause pour exclure les notaires et les avocats de leur champ d’application (par. 63). Puisque la Cour a déjà reconnu le régime des demandes péremptoires comme étant, en règle générale, constitutionnel dans la mesure où les demandes sont envoyées aux contribuables (*McKinlay Transport*), il n’est ni nécessaire ni opportun d’invalider le régime dans son entièreté. Nous estimons plus approprié de simplement en interdire l’application aux notaires et aux avocats en leur qualité de conseillers juridiques.

[93] Il y a donc lieu de déclarer le par. 231.2(1) de la *LIR*, qui autorise le Ministre à envoyer des demandes péremptoires, et l’art. 231.7 de la *LIR*, qui l’autorise à s’adresser aux tribunaux pour y donner suite, inconstitutionnels et inapplicables aux notaires et aux avocats en leur qualité de conseillers juridiques.

[94] On the other hand, the exception for a lawyer's accounting records set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA* is unconstitutional and invalid. The manner in which it limits the scope of professional secrecy is not absolutely necessary to achieve the purposes of the *ITA*, which means that the exception is contrary to s. 8 of the *Charter*.

[95] Finally, in our view, it is not appropriate to establish a list of documents that are *prima facie* protected by professional secrecy. Whether a document is protected by professional secrecy depends not on the type of document it is but, rather, on its content and on what it might reveal about the relationship of and communications between a client and his or her legal adviser.

[96] The appeal is therefore dismissed with costs. The constitutional questions set out in para. 24 of our reasons are answered as follows:

1. No answer is required.
2. No answer is required.
3. Yes, but in the case of the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA*, solely as regards the exception for a lawyer's accounting records.
4. No.

APPENDIX

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)

Requirement to provide documents or information

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act (including the collection of any amount payable under this Act by any person), of a listed international

[94] Par ailleurs, l'exception relative aux relevés comptables d'un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure au par. 232(1) de la *LIR* est inconstitutionnelle et invalide. La manière dont elle restreint la portée du secret professionnel n'est pas absolument nécessaire pour atteindre les objectifs de la *LIR*, ce qui rend cette exception contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

[95] Enfin, nous sommes d'avis qu'il n'est pas à propos d'établir une liste de documents bénéficiant *prima facie* de la protection du secret professionnel. Déterminer qu'un document bénéficie ou non de la protection du secret professionnel ne dépend pas de la catégorie à laquelle il appartient, mais plutôt de son contenu et de ce qu'il est susceptible de révéler sur la relation et les communications entre un client et son conseiller juridique.

[96] Par conséquent, l'appel est rejeté avec dépens. Les réponses aux questions constitutionnelles énoncées au par. 24 de nos motifs sont les suivantes :

1. Aucune réponse n'est requise.
2. Aucune réponse n'est requise.
3. Oui, mais en ce qui concerne la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *LIR*, uniquement au regard de l'exception relative au relevé comptable d'un avocat.
4. Non.

ANNEXE

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.)

Production de documents ou fourniture de renseignements

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application ou l'exécution de la présente loi (y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi), d'un accord international désigné

agreement or, for greater certainty, of a tax treaty with another country, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

- (a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or
- (b) any document.

Unnamed persons

(2) The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a “third party”) a requirement under subsection 231.2(1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection 231.2(3).

Judicial authorization

(3) A judge of the Federal Court may, on application by the Minister and subject to any conditions that the judge considers appropriate, authorize the Minister to impose on a third party a requirement under subsection (1) relating to an unnamed person or more than one unnamed person (in this section referred to as the “group”) if the judge is satisfied by information on oath that

- (a) the person or group is ascertainable; and
 - (b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act.
- (c) and (d) [Repealed, 1996, c. 21, s. 58(1)]

(4) to (6) [Repealed, 2013, c. 33, s. 21]

Compliance order

231.7 (1) On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

- (a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

ou d’un traité fiscal conclu avec un autre pays, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d’une personne, dans le délai raisonnable que précise l’avis :

- a) qu’elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;
- b) qu’elle produise des documents.

Personnes non désignées nommément

(2) Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

Autorisation judiciaire

(3) Sur requête du ministre, un juge de la Cour fédérale peut, aux conditions qu’il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d’un tiers la fourniture de renseignements ou la production de documents prévues au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d’une personne non désignée nommément — appelée « groupe » au présent article —, s’il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

- a) cette personne ou ce groupe est identifiable;
 - b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;
- c) et d) [Abrogés, 1996, c. 21, art. 58(1)]

(4) à (6) [Abrogés, 2013, c. 33, art. 21]

Ordonnance

231.7 (1) Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l’accès, l’aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s’il est convaincu de ce qui suit :

- a) la personne n’a pas fourni l’accès, l’aide, les renseignements ou les documents bien qu’elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

Notice required

(2) An application under subsection (1) must not be heard before the end of five clear days from the day the notice of application is served on the person against whom the order is sought.

Judge may impose conditions

(3) A judge making an order under subsection (1) may impose any conditions in respect of the order that the judge considers appropriate.

Contempt of court

(4) If a person fails or refuses to comply with an order, a judge may find the person in contempt of court and the person is subject to the processes and the punishments of the court to which the judge is appointed.

Appeal

(5) An order by a judge under subsection (1) may be appealed to a court having appellate jurisdiction over decisions of the court to which the judge is appointed. An appeal does not suspend the execution of the order unless it is so ordered by a judge of the court to which the appeal is made.

Definitions

232 (1) In this section,

custodian means a person in whose custody a package is placed pursuant to subsection 232(3);

judge means a judge of a superior court having jurisdiction in the province where the matter arises or a judge of the Federal Court;

lawyer means, in the province of Quebec, an advocate or notary and, in any other province, a barrister or solicitor;

officer means a person acting under the authority conferred by or under sections 231.1 to 231.5;

solicitor-client privilege means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

Avis

(2) La demande n'est entendue qu'une fois écoulés cinq jours francs après signification d'un avis de la demande à la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée.

Conditions

(3) Le juge peut imposer, à l'égard de l'ordonnance, les conditions qu'il estime indiquées.

Outrage

(4) Quiconque refuse ou fait défaut de se conformer à une ordonnance peut être reconnu coupable d'outrage au tribunal; il est alors sujet aux procédures et sanctions du tribunal l'ayant ainsi reconnu coupable.

Appel

(5) L'ordonnance visée au paragraphe (1) est susceptible d'appel devant le tribunal ayant compétence pour entendre les appels des décisions du tribunal ayant rendu l'ordonnance. Toutefois, l'appel n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de l'ordonnance, sauf ordonnance contraire d'un juge du tribunal saisi de l'appel.

Définitions

232 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

avocat Dans la province de Québec, un avocat ou notaire et, dans toute autre province, un barrister ou un solicitor.

fonctionnaire Personne qui exerce les pouvoirs conférés par les articles 231.1 à 231.5.

gardien Personne à la garde de qui un colis est confié conformément au paragraphe (3).

juge Juge d'une cour supérieure compétente de la province où l'affaire prend naissance ou juge de la Cour fédérale.

privilège des communications entre client et avocat Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour

communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

Offences and punishment

238 (1) Every person who has failed to file or make a return as and when required by or under this Act or a regulation or who has failed to comply with subsection 116(3), 127(3.1) or (3.2), 147.1(7) or 153(1), any of sections 230 to 232, 244.7 and 267 or a regulation made under subsection 147.1(18) or with an order made under subsection (2) is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(a) a fine of not less than \$1,000 and not more than \$25,000; or

(b) both the fine described in paragraph 238(1)(a) and imprisonment for a term not exceeding 12 months.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa and Montréal.

Solicitors for the respondent Chambre des notaires du Québec: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the respondent Barreau du Québec: Shadley Battista Costom, Montréal.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stockwoods, Toronto.

supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

Infractions et peines

238 (1) Toute personne qui omet de produire, de présenter ou de remplir une déclaration de la manière et dans le délai prévus par la présente loi ou par une disposition réglementaire, qui contrevient aux paragraphes 116(3), 127(3.1) ou (3.2), 147.1(7) ou 153(1), à l'un des articles 230 à 232, 244.7 et 267 ou à une disposition réglementaire prise en vertu du paragraphe 147.1(18) ou qui contrevient à une ordonnance rendue en application du paragraphe (2) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et outre toute pénalité prévue par ailleurs :

a) soit une amende de 1 000 \$ à 25 000 \$;

b) soit une telle amende et un emprisonnement maximal de 12 mois.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appellants : Procureur général du Canada, Ottawa et Montréal.

Procureurs de l'intimée la Chambre des notaires du Québec : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intimé le Barreau du Québec : Shadley Battista Costom, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stockwoods, Toronto.

Minister of National Revenue *Appellant*

v.

Duncan Thompson *Respondent*

and

**Federation of Law Societies of Canada,
Canadian Bar Association and
Criminal Lawyers' Association** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA (NATIONAL REVENUE) v.
THOMPSON**

2016 SCC 21

File No.: 35590.

2014: December 4; 2016: June 3.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Taxation — Income tax — Enforcement — Solicitor-client privilege — Statutory requirement to provide documents or information for purposes of audit and enforcement — Lawyer refusing to comply with request for details about his accounts receivable claiming solicitor-client privilege — Whether definition of “solicitor-client privilege” in Income Tax Act was intended to exclude lawyer’s accounting records — Whether Federal Court of Appeal acted appropriately in sending taxpayer’s case back to Federal Court — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Suppl.), ss. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) “solicitor-client privilege”.

The Canada Revenue Agency (“CRA”) sent T a requirement pursuant to s. 231.2(1) of the *Income Tax Act* (“ITA”), requesting various documents pertaining to his personal finances as well as his current accounts receivable listing. T provided the CRA with certain material but claimed solicitor-client privilege in further details of his accounts receivable, such as the names of his clients.

* Rothstein J. took no part in the judgment.

Ministre du Revenu national *Appelant*

c.

Duncan Thompson *Intimé*

et

**Fédération des ordres professionnels
de juristes du Canada,
Association du Barreau canadien et
Criminal Lawyers' Association** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (REVENU NATIONAL) c.
THOMPSON**

2016 CSC 21

N° du greffe : 35590.

2014 : 4 décembre; 2016 : 3 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel de l’avocat — Obligation légale de communiquer des documents ou des renseignements aux fins de vérification ou d’exécution — Secret professionnel invoqué par un avocat pour refuser d’obtempérer à une demande de précisions sur ses comptes clients — Le législateur a-t-il voulu que, dans la Loi de l’impôt sur le revenu, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » exclue les relevés comptables de l’avocat? — La Cour d’appel fédérale a-t-elle eu raison de renvoyer le dossier du contribuable à la Cour fédérale? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

L’Agence du revenu du Canada (« ARC ») a fait parvenir à T, en application du par. 231.2(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (« LIR »), une demande péremptoire exigeant la communication de divers documents relatifs à ses finances personnelles, ainsi que la liste à jour de ses comptes clients. T a communiqué certains documents à l’ARC, mais a fait valoir que toute autre précision sur ses

* Le juge Rothstein n’a pas participé au jugement.

The Minister of National Revenue applied to the Federal Court for a compliance order pursuant to s. 231.7 *ITA*. T objected and asked the Federal Court to rule on whether s. 231.2(1) *ITA* may be interpreted and applied in a manner that abrogates solicitor-client privilege. In addition, T claimed that the requirement issued by the CRA constituted an unreasonable search or seizure contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Federal Court judge disagreed that client names can be shielded from disclosure to the Minister on the basis of solicitor-client privilege. Nor did he find a breach of s. 8 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal held that, in some rare circumstances, the records sought may contain privileged information. The clients whose names were in fact privileged would be owed the opportunity to assert and defend this privilege, and T should be given the opportunity to assert the privilege on their behalf. The Federal Court of Appeal therefore sent the matter back to the Federal Court. Moreover, it dismissed T's *Charter* challenge. The sole issue raised by the Minister's appeal before this Court is the statutory interpretation of the purported exclusion of lawyers' accounting records from the protection of "solicitor-client privilege", as that term is defined in s. 232(1) *ITA*.

Held: The appeal should be allowed solely to set aside the Federal Court of Appeal's disposition. The Minister's application for a compliance order is dismissed.

Solicitor-client privilege has evolved from being treated as a mere evidentiary rule to being considered a rule of substance and, now, a principle of fundamental justice. An intrusion on solicitor-client privilege must be permitted only if doing so is absolutely necessary to achieve the ends of the enabling legislation. This Court has rejected a category-based approach to solicitor-client privilege that distinguishes between a fact and a communication. In this case, absent proof to the contrary, all of the information sought is *prima facie* privileged.

According to *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, it is only where legislative language evinces a clear intent to abrogate solicitor-client privilege that a court may find that the statutory provision in question actually does so. The definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* is unequivocal, based on the express language of the provision, its legislative history

comptes clients, tels les noms de ses clients, était protégée par le secret professionnel de l'avocat. Le ministre du Revenu national a demandé à la Cour fédérale de prononcer une ordonnance en vertu de l'art. 231.7 de la *LIR*. T a contesté la démarche et demandé à la Cour fédérale de décider si le par. 231.2(1) de la *LIR* peut être interprété et appliqué de façon à supprimer le secret professionnel de l'avocat. T a soutenu en outre que la demande péremptoire de l'ARC contrevenait à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel interdit les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Le juge de la Cour fédérale n'a pas convenu que les noms des clients pouvaient, sur le fondement du secret professionnel de l'avocat, être soustraits à la communication au Ministre. Il n'a pas non plus conclu au non-respect de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a estimé que, dans certains cas rarissimes, les documents visés pouvaient renfermer des renseignements privilégiés. Le client dont l'identité est de fait protégée a le droit d'invoquer et de défendre ce privilège, et T devrait avoir la possibilité de l'invoquer pour le compte de son client. La Cour d'appel fédérale a donc renvoyé l'affaire à la Cour fédérale. Elle a par ailleurs rejeté la contestation de T fondée sur la *Charte*. La seule question que soulève le pourvoi du Ministre devant la Cour est celle de l'interprétation de l'exception que prévoit à l'égard des relevés comptables de l'avocat la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) de la *LIR*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, mais seulement pour infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale. La demande d'ordonnance du Ministre est rejetée.

Le secret professionnel de l'avocat a évolué, passant d'abord d'une simple règle de preuve à une règle de fond puis, aujourd'hui, à un principe de justice fondamentale. L'atteinte au secret professionnel de l'avocat n'est permise que si elle est absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de la loi habilitante. La Cour a écarté l'interprétation du secret professionnel de l'avocat qui s'appuie sur la distinction entre le fait et la communication pour déterminer l'objet de la protection. Sauf preuve contraire, toute l'information demandée en l'espèce est à première vue privilégiée.

Suivant l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, un tribunal ne peut conclure du libellé d'une disposition législative que le secret professionnel de l'avocat est supprimé que si ce libellé révèle l'intention claire du législateur d'arriver à ce résultat. La définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure au par. 232(1) de la *LIR*

and the purpose of the broader scheme into which it is incorporated. Parliament's intent to define this privilege so as to exclude a lawyer's accounting records from its protection could hardly be clearer.

However, Parliament's intent and its ability, in constitutional terms, to define solicitor-client privilege in a particular way are not necessarily equivalent. In light of the Court's conclusion in *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, that the purported exception in s. 232(1) and the ITA's requirement scheme, insofar as it applies to lawyers and notaries, are constitutionally invalid, the request made to T under that scheme is now foreclosed. It is therefore unnecessary to return the matter to the Federal Court.

It should be added that while the Federal Court of Appeal acted appropriately in sending T's case back to the Federal Court, the order would have been insufficient to safeguard the rights of T's clients. Solicitor-client privilege is a right that belongs to, and can only be waived by, a client. It is the client and not the lawyer who must be given an opportunity to assert the privilege, and a court must act to facilitate the client's ability to do so.

Cases Cited

Distinguished: *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; **applied:** *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; **referred to:** *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *In re Income Tax Act*, [1963] C.T.C. 1, leave to appeal refused, [1965] S.C.R. 84; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1

est non équivoque compte tenu du libellé exprès de la disposition, de l'historique de celle-ci et de l'objet du régime général dans lequel elle s'insère. Il ne saurait être plus manifeste que l'intention du législateur était de définir ce privilège de façon à soustraire à sa protection le relevé comptable de l'avocat.

Or, l'intention du législateur de définir le privilège des communications entre client et avocat d'une certaine façon et son pouvoir de le faire sur le plan constitutionnel ne coïncident pas nécessairement. Puisque, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de l'exception que prévoit la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1), ainsi que du régime des demandes péremptoires de la LIR dans la mesure où il s'applique aux avocats et aux notaires, la demande adressée à T suivant ce régime est désormais sans objet. Il est donc inutile de renvoyer le dossier à la Cour fédérale.

Il convient d'ajouter que même si la Cour d'appel fédérale a eu raison de renvoyer le dossier de T à la Cour fédérale, son ordonnance n'aurait pas suffi à protéger les droits des clients de T. Le secret professionnel de l'avocat est un droit qui appartient au client et auquel seul ce dernier peut renoncer. C'est au client, non à l'avocat, qu'il faut permettre de faire valoir le privilège, et le tribunal doit faciliter la démarche du client en ce sens.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; **arrêt appliqué :** *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; **arrêts mentionnés :** *Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *In re Income Tax Act*, [1963] C.T.C. 1, autorisation de pourvoi refusée, [1965] R.C.S. 84; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu*

S.C.R. 831; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Income Tax Act, S.C. 1956, c. 39, s. 28.
Act to amend the Income Tax Act and the Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act, S.C. 1965, c. 18, s. 26.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 126A(1), (e) “solicitor-client privilege”, (5)(b).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2, 231.7, 232(1) “solicitor-client privilege”.
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 12 [am. 2010, c. 23, s. 83], 12.1 [ad. *idem*].

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 26th Parl., June 25, 1965, p. 2875.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Trudel and Mainville JJ.A.), 2013 FCA 197, 448 N.R. 339, 366 D.L.R. (4th) 169, 2013 DTC 5146, [2013] F.C.J. No. 939 (QL), 2013 CarswellNat 3092 (WL Can.), setting aside in part an order of the Federal Court, No. T-1180-12, October 31, 2012, and ordering a new hearing. Appeal allowed.

Christopher Rupar and Daniel Bourgeois, for the appellant.

Michael A. Feder and Emily MacKinnon, for the respondent.

John B. Laskin and Yael S. Bienenstock, for the intervenor the Federation of Law Societies of Canada.

national), 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2, 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 126A(1), e) « privilège de client à procureur », (5)b).
Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1956, c. 39, art. 28.
Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, S.C. 1965, c. 18, art. 26.
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5, art. 12 [mod. 2010, c. 23, art. 83], 12.1 [aj. *idem*].

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3^e sess., 26^e lég., 25 juin 1965, p. 2875.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Trudel et Mainville), 2013 CAF 197, 448 N.R. 339, 366 D.L.R. (4th) 169, 2013 DTC 5146, [2013] F.C.J. No. 939 (QL), 2013 CarswellNat 6948 (WL Can.), qui a infirmé en partie une ordonnance de la Cour fédérale, n° T-1180-12, 31 octobre 2012, et ordonné la tenue d'une nouvelle audience. Pourvoi accueilli.

Christopher Rupar et Daniel Bourgeois, pour l'appelant.

Michael A. Feder et Emily MacKinnon, pour l'intimé.

John B. Laskin et Yael S. Bienenstock, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Mahmud Jamal, Pooja Mihailovich (née Samtani) and W. David Rankin, for the intervener the Canadian Bar Association.

Michal Fairburn and Carlo Di Carlo, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Overview

[1] In the course of an audit and an enforcement action pursuant to the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), the Canada Revenue Agency (“*CRA*”) has broad powers to require individuals to provide the appellant, the Minister of National Revenue (“*Minister*”), with information and documents relating to a particular taxpayer. Information that is protected by solicitor-client privilege is normally exempt from disclosure. For the purposes of the *ITA*, however, the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) expressly excludes “an accounting record of a lawyer”. The Minister argues that this specific exclusion exempts a lawyer’s accounting records from the protection of solicitor-client privilege and means that the lawyer can be compelled to disclose them. The Minister has taken action against the respondent, Duncan Thompson, to obtain accounting records relating to his law practice. Mr. Thompson argues that the records in question are privileged.

[2] The Federal Court concluded that the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) *ITA* validly abrogates the privilege in respect of Mr. Thompson’s accounting records, and ordered him to comply with the Minister’s request. The Federal Court of Appeal disagreed, finding that, s. 232(1) notwithstanding, solicitor-client privilege can attach to individual documents and to client names contained in those documents. It therefore

Mahmud Jamal, Pooja Mihailovich (née Samtani) et W. David Rankin, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

Michal Fairburn et Carlo Di Carlo, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

I. Aperçu

[1] Dans le cadre d’une mesure de vérification et d’exécution entreprise en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), l’Agence du revenu du Canada (« *ARC* ») est investie de vastes pouvoirs qui lui permettent de contraindre une personne à communiquer à l’appellant, le ministre du Revenu national (« *Ministre* »), des renseignements et des documents relatifs à un contribuable. Normalement, les renseignements protégés par le secret professionnel de l’avocat n’ont pas à être communiqués. Toutefois, pour les besoins de la *LIR*, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) exclut expressément son application au « relevé comptable d’un avocat ». Selon le Ministre, cette exclusion explicite soustrait le relevé comptable à la protection du secret professionnel de l’avocat, si bien que l’avocat peut être contraint de le communiquer. En l’espèce, le Ministre a pris des mesures afin d’obtenir de l’intimé, Duncan Thompson, des relevés comptables relatifs à l’exercice de sa profession d’avocat. M. Thompson soutient que ces relevés sont protégés par le secret professionnel.

[2] La Cour fédérale a conclu que la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) de la *LIR* supprime bel et bien le privilège à l’égard des relevés comptables de M. Thompson. Elle a donc ordonné à ce dernier d’acquiescer à la demande du Ministre. La Cour d’appel fédérale s’est dite d’un avis différent et a reconnu que, malgré le par. 232(1), certains documents et les noms de clients qui y figurent peuvent

sent the matter back to the Federal Court to have it determine whether that was actually so in this case.

[3] In our view, Parliament’s intention to exclude “an accounting record of a lawyer” from the scope of solicitor-client privilege in s. 232(1) is clear and unequivocal. The language used in the exception, the legislative history of the definition and the context of the scheme in which this exception appears lead us to conclude that Parliament’s goal in defining “solicitor-client privilege” as it did in the *ITA* was to permit the disclosure of otherwise confidential information to the Minister. At first glance, therefore, Mr. Thompson cannot refuse to disclose his accounting records on the basis that the information contained in them might be privileged.

[4] However, in the companion appeal to this case, *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, we conclude that this exception is constitutionally invalid because it violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Minister’s request for Mr. Thompson’s documents is consequently now foreclosed. In the end, we would allow this appeal solely to set aside the Federal Court of Appeal’s disposition. Given the circumstances, we would dismiss the Minister’s application.

II. Facts

[5] Mr. Thompson is a lawyer from a small Alberta town against whom the Minister took enforcement action under the *ITA*.

[6] The *ITA*’s scheme for tax collection depends primarily on taxpayers accurately assessing and reporting their own tax liabilities. To permit the Minister to verify the accuracy of tax returns and take collection action, the *ITA* grants the CRA fairly broad powers to require a person — whether

être protégés par le secret professionnel de l’avocat. Elle a en conséquence renvoyé l’affaire à la Cour fédérale pour qu’elle décide si tel est le cas en l’espèce.

[3] Nous sommes d’avis que, au par. 232(1), l’intention du législateur de soustraire le « relevé comptable d’un avocat » à la protection du secret professionnel est claire et non équivoque. La formulation de l’exception, l’historique législatif de la définition et le contexte du régime dans lequel s’inscrit cette exception nous amènent à conclure que le législateur, en définissant le « privilège des communications entre client et avocat » comme il le fait dans la *LIR*, entend permettre la communication au Ministre de renseignements par ailleurs confidentiels. De prime abord, M. Thompson ne peut donc pas refuser de communiquer ses relevés comptables en invoquant la possibilité que les renseignements qu’ils renferment soient protégés par le secret professionnel.

[4] Dans le pourvoi connexe *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, nous concluons toutefois que cette exception est inconstitutionnelle, car elle contrevient à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La demande du Ministre adressée à M. Thompson en vue d’obtenir des documents est dès lors sans objet. Au final, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi uniquement pour infirmer l’arrêt de la Cour d’appel fédérale et, dans les circonstances, de rejeter la demande du Ministre.

II. Les faits

[5] M. Thompson exerce la profession d’avocat dans une petite ville de l’Alberta. Il a fait l’objet d’une mesure d’exécution prise par le Ministre en vertu de la *LIR*.

[6] Le régime de perception fiscale établi par la *LIR* dépend essentiellement de l’exactitude avec laquelle les contribuables déclarent leurs revenus et déterminent l’impôt qu’ils doivent au fisc. Afin que le Ministre puisse s’assurer de cette exactitude et prendre des mesures de perception, la *LIR* confère à

someone who is being audited or against whom enforcement action is being taken, or a third party to an audit of or an enforcement action against another taxpayer — to provide the Minister with “any information or additional information, including a return of income or a supplementary return”, or “any document” that the Minister deems necessary to achieve the purposes of the *ITA* (s. 231.2(1)). The range of documents and information that the CRA can demand is very broad.

[7] The details of the scheme under which the CRA may request such information from taxpayers and third parties are laid out in ss. 231.2 and 231.7 *ITA*. We provide a more thorough description of the procedure by which the CRA can demand disclosure by sending a person a “requirement to provide documents or information” in our reasons in *Chambre des notaires*. In the instant case, we will focus on the requirement scheme as a whole and how it accounts for documents and information that are protected by solicitor-client privilege.

[8] When the CRA sends a requirement to a taxpayer or a third party in order to obtain the disclosure of documents and the recipient of the requirement does not comply with it, the Minister may, by way of a summary procedure established in s. 231.7(1) *ITA*, apply to a judge of the Federal Court for an order that the recipient provide the documents in question. Section 231.7(1)(b) specifies that the judge may make such an order only if he or she is satisfied that “the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1))”.

[9] Section 232(1) *ITA* is a general definition provision that states:

232 (1) In this section,

l’ARC des pouvoirs assez étendus pour contraindre une personne, qu’il s’agisse de celle qui fait l’objet d’une vérification ou d’une mesure d’exécution, ou d’un tiers, à communiquer au Ministre « tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire », ou à produire « des documents » que le Ministre juge nécessaires pour atteindre les objectifs de la *LIR* (par. 231.2(1)). La gamme des documents et des renseignements dont l’ARC peut exiger la communication est très vaste.

[7] Le détail du régime en vertu duquel l’ARC peut demander de tels renseignements à un contribuable ou à un tiers figure aux art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*. Dans le pourvoi connexe *Chambre des notaires*, nous décrivons de manière exhaustive la procédure qui permet à l’ARC d’obtenir des renseignements ou des documents d’une personne par l’envoi d’une demande péremptoire de communication. Dans le présent arrêt, nous nous en tenons au régime général des demandes péremptoires et au sort qu’il réserve aux documents et aux renseignements qui sont protégés par le secret professionnel de l’avocat.

[8] Suivant le par. 231.7(1) de la *LIR*, lorsqu’un contribuable ou un tiers n’obtempère pas à une demande péremptoire de communication de documents que l’ARC lui a transmise, le Ministre peut, par procédure sommaire, demander à un juge de la Cour fédérale de lui ordonner de communiquer les documents en cause. L’alinéa 231.7(1)(b) précise que le juge ne peut rendre une telle ordonnance que s’il est convaincu que, « s’agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard ».

[9] Le paragraphe 232(1) de la *LIR* dispose :

232 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

solicitor-client privilege means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

Thus, where the Minister applies for a compliance order under s. 231.7(1), the party against whom the order is sought must prove to the judge hearing the application that the requested documents fall within this definition of “solicitor-client privilege” in order to have them exempted from disclosure.

[10] In the course of its enforcement action against Mr. Thompson, the CRA sent him a requirement pursuant to s. 231.2(1) *ITA*, requesting various documents pertaining to his personal finances as well as his current accounts receivable listing. Mr. Thompson provided the CRA with certain material, but the CRA determined that he had complied with the requirement only in part, particularly given that he had provided no details about his accounts receivable aside from a general indication of the balance owing. Mr. Thompson claimed that further details with respect to his accounts receivable, such as the names of his clients, were protected by solicitor-client privilege and were therefore exempt from disclosure.

[11] The Minister applied to the Federal Court for a compliance order pursuant to s. 231.7 *ITA*. Mr. Thompson objected to the issuance of this order in regard to his accounts receivable, reiterating that the information being sought was protected by solicitor-client privilege. Mr. Thompson filed a notice of constitutional question, asking the Federal Court to rule on whether the *ITA*, and in particular s. 231.2(1), may be interpreted and applied such that a lawyer on whom the CRA has served a requirement must divulge privileged information about his or her clients. It was Mr. Thompson's position that the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) could not be interpreted as abrogating this privilege in relation to a particular

privège des communications entre client et avocat Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

En conséquence, lorsque le Ministre sollicite une ordonnance en application du par. 231.7(1), la personne visée doit, afin de soustraire les documents en cause à la communication, prouver au juge saisi de la demande qu'ils sont protégés par le « privilège des communications entre client et avocat » ainsi défini.

[10] Dans le cadre de la mesure d'exécution qu'elle a prise contre M. Thompson, l'ARC a fait parvenir au contribuable, en application du par. 231.2(1) de la *LIR*, une demande péremptoire exigeant la communication de divers documents relatifs à ses finances personnelles, ainsi que la liste à jour de ses comptes clients. M. Thompson a communiqué certains documents, mais l'ARC a estimé qu'il n'obtempérait que partiellement à la demande péremptoire et, surtout, qu'il ne donnait aucune précision sur ses comptes clients, si ce n'est une indication générale du solde dû. M. Thompson a fait valoir que toute autre précision sur ses comptes clients, tels les noms de ses clients, était protégée par le secret professionnel de l'avocat et donc soustraite à la communication.

[11] Le Ministre a demandé à la Cour fédérale de prononcer une ordonnance en vertu de l'art. 231.7 de la *LIR*. M. Thompson a contesté cette demande à l'égard de ses comptes clients en invoquant encore une fois le secret professionnel de l'avocat. Il a déposé un avis de question constitutionnelle demandant à la Cour fédérale de se prononcer sur la question de savoir si la *LIR* — en particulier son par. 231.2(1) — peut être interprétée et appliquée de façon à contraindre l'avocat auquel l'ARC signifie une demande péremptoire à communiquer des renseignements privilégiés sur ses clients. Il a fait valoir que la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) ne peut être interprétée de manière à

class of documents, in this case that of a lawyer's accounting records. In addition, Mr. Thompson claimed that the requirement issued by the CRA constituted an unreasonable search or seizure contrary to s. 8 of the *Charter*.

III. Judicial History

A. *Federal Court (Russell J.)*

[12] Russell J. found that the law does not support a view that client names and financial information can be shielded from disclosure to the Minister on the basis of solicitor-client privilege (No. T-1180-12, October 31, 2012). He explained that the CRA was seeking not information as to the content of solicitor-client communications but, rather, financial records that set out Mr. Thompson's payables and receivables. Such records are included in the "accounting record[s]" that s. 232(1) *ITA* excludes from the application of solicitor-client privilege. Although client names contained within them might be privileged in certain situations, Mr. Thompson had failed to establish that this was actually the case for any of the documents being sought such that the client names in question had to be excluded from disclosure. Nor had he established a breach of s. 8 of the *Charter*.

B. *Federal Court of Appeal (Pelletier, Trudel and Mainville J.J.A.)*

[13] The Federal Court of Appeal allowed Mr. Thompson's appeal in part (2013 FCA 197, 448 N.R. 339). It held that although accounting records generally constitute evidence of a transaction or an act rather than a privileged communication and are therefore not normally capable of revealing the history of a file, there may be rare circumstances in which such records do contain privileged information, possibly with respect to clients' names. Where that is the case, it will be incumbent on the court asked to grant the Minister a compliance order under s. 231.7 *ITA* to verify the records in question before ordering an individual to disclose any information.

supprimer ce privilège pour une catégorie de documents en particulier, en l'occurrence les « relevé[s] comptable[s] d'un avocat ». Il a soutenu en outre que la demande péremptoire de l'ARC contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*, lequel interdit les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

III. Historique judiciaire

A. *Cour fédérale (le juge Russell)*

[12] Le juge Russell a conclu que la loi n'étaye pas la thèse selon laquelle on peut, sur le fondement du secret professionnel de l'avocat, soustraire à la communication au Ministre les noms des clients et les données financières se rapportant à ces derniers (n° T-1180-12, 31 octobre 2012). Il a expliqué que l'objectif de l'ARC n'était pas de connaître la teneur des communications entre l'avocat et ses clients, mais d'obtenir les documents financiers portant sur les comptes fournisseurs et les comptes clients de M. Thompson. Or, chacun de ces documents constitue un « relevé comptable » à l'égard duquel le par. 232(1) de la *LIR* exclut l'application du privilège des communications entre client et avocat. Bien que les noms de clients que renferment ces documents puissent être privilégiés dans certaines situations, M. Thompson n'a pas établi que c'était effectivement le cas et qu'ils devaient être soustraits à la communication. Il n'a pas non plus établi une contravention à l'art. 8 de la *Charte*.

B. *Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Trudel et Mainville)*

[13] La Cour d'appel fédérale a accueilli en partie l'appel de M. Thompson (2013 CAF 197, 448 N.R. 339). Selon elle, même si un relevé comptable constitue généralement la preuve d'une opération ou d'un acte, plutôt que d'une communication privilégiée, et n'est donc pas normalement susceptible de révéler l'historique d'un dossier, dans de rares cas, un tel document peut renfermer des renseignements privilégiés, notamment sur l'identité de clients. En pareil cas, il incombe au tribunal saisi de la demande d'ordonnance fondée sur l'art. 231.7 de la *LIR* d'examiner les documents en cause avant d'ordonner à quiconque de communiquer des renseignements.

[14] The Federal Court of Appeal held that although the Federal Court judge had been right to conclude that there is no blanket privilege applicable to all accounting records, he had failed to consider whether solicitor-client privilege might apply to any individual client names in the accounts receivable listing. If that were the case, the clients whose names were in fact privileged would be owed the opportunity to assert and defend this privilege, and Mr. Thompson should be given the opportunity to assert the privilege on their behalf at the hearing for a compliance order. The Federal Court of Appeal consequently sent the matter back to the Federal Court for a new hearing to establish whether any client names in Mr. Thompson's accounts receivable listing were protected by solicitor-client privilege. Moreover, it dismissed Mr. Thompson's *Charter* arguments on the basis that there was no breach of s. 8, given that a class privilege does not attach to accounting records and client names.

IV. Issues

[15] The Minister sought leave to appeal the Federal Court of Appeal's decision to this Court. The Minister did not raise the s. 8 *Charter* issue as a ground of appeal, but focused solely on the proper interpretation of s. 232(1) *ITA*. Mr. Thompson filed a motion to state a constitutional question, but the motion was dismissed. Accordingly, the constitutional argument that had been raised by Mr. Thompson did not constitute a ground of appeal in this Court, and the constitutional validity of ss. 231.2, 231.7 and 232(1) *ITA* is addressed only in the companion appeal, *Chambre des notaires*. The sole issue raised in this appeal is the statutory interpretation of the purported exclusion of lawyers' accounting records from the protection of "solicitor-client privilege", as that term is defined in s. 232(1).

V. Analysis

A. *Solicitor-Client Privilege*

[16] Given that this appeal turns on the interpretation of a statutory provision purporting to define

[14] La Cour d'appel fédérale a décidé que même si le juge de la Cour fédérale conclut à raison que tout relevé comptable ne bénéficie pas de l'exception, il omet par contre de se demander si le secret professionnel de l'avocat peut protéger les noms de clients individuels qui figurent sur la liste des comptes clients. Si tel est le cas, le client dont l'identité est protégée a le droit d'invoquer et de défendre ce privilège et M. Thompson devrait avoir la possibilité de l'invoquer pour le compte de son client à l'audition de la demande d'ordonnance. La Cour d'appel fédérale renvoie donc l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle tienne une nouvelle audience afin d'établir si certains noms figurant dans la liste des comptes clients de M. Thompson sont protégés ou non par le secret professionnel de l'avocat. Elle rejette par ailleurs la thèse de M. Thompson fondée sur la *Charte* et conclut à l'inexistence d'une convention à l'art. 8 puisque nul privilège générique ne s'applique aux relevés comptables et aux noms de clients.

IV. Les questions en litige

[15] Le Ministre a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. Il n'a pas invoqué l'art. 8 de la *Charte* comme motif d'appel, s'en tenant plutôt à la juste interprétation du par. 232(1) de la *LIR*. M. Thompson a demandé la formulation d'une question constitutionnelle, mais sa requête a été rejetée. Son argument constitutionnel ne constitue donc pas un motif d'appel devant notre Cour, de sorte que seul le pourvoi connexe, *Chambre des notaires*, porte sur la constitutionnalité des art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*, et de son par. 232(1). Le litige ne porte en l'espèce que sur l'interprétation de l'exception que prévoit à l'égard des relevés comptables de l'avocat la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1).

V. Analyse

A. *Le secret professionnel de l'avocat*

[16] Puisque nous devons décider de l'interprétation d'une disposition législative qui définit le

solicitor-client privilege in a particular manner for the purposes of the *ITA*, it will be important to make some preliminary remarks about the nature of this privilege as developed by the courts.

[17] Solicitor-client privilege has evolved from being treated as a mere evidentiary rule to being considered a rule of substance and, now, a principle of fundamental justice (*Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456, at para. 34; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 49; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, at para. 11; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 8 and 84). The obligation of confidentiality that springs from the right to solicitor-client privilege is necessary for the preservation of a lawyer-client relationship that is based on trust, which in turn is

indispensable to the continued existence and effective operation of Canada's legal system. It ensures that clients are represented effectively and that the legal information required for that purpose can be communicated in a full and frank manner (*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289 . . .).

(*Foster Wheeler*, at para. 34)

[18] In *Descôteaux*, one of the earliest cases in which this Court acknowledged that solicitor-client privilege involves a substantive right, Lamer J., as he then was, elaborated on the various aspects of the privilege as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his

secret professionnel de l'avocat d'une certaine manière pour l'application de la *LIR*, quelques remarques préliminaires s'imposent sur la nature de ce privilège, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence.

[17] Le secret professionnel de l'avocat a évolué, passant d'abord d'une simple règle de preuve à une règle de fond puis, aujourd'hui, à un principe de justice fondamentale (*Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, par. 34; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, par. 11; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 839; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 8 et 84). L'obligation de confidentialité qui découle du droit au secret professionnel de l'avocat est nécessaire à la préservation d'une relation avocat-client fondée sur la confiance, laquelle est à son tour

indispensable à la vie et au bon fonctionnement du système juridique canadien. Elle assure la représentation effective des clients et la communication franche et complète de l'information juridique nécessaire à ceux-ci (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289 . . .).

(*Foster Wheeler*, par. 34)

[18] Dans *Descôteaux*, l'un des premiers arrêts dans lesquels notre Cour reconnaît que le secret professionnel de l'avocat participe d'une règle de fond, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) précise ce qui suit sur ses divers aspects :

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client.
2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité

communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively. [p. 875]

The third and fourth elements of this substantive rule have together been interpreted to support the proposition that an intrusion on solicitor-client privilege must be permitted only if doing so is absolutely necessary to achieve the ends of the enabling legislation (*Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32, at para. 24).

[19] Although *Descôteaux* appears to limit the protection of the privilege to communications between lawyers and their clients, this Court has since rejected a category-based approach to solicitor-client privilege that distinguishes between a fact and a communication for the purpose of establishing what is covered by the privilege (*Maranda*, at para. 30). While it is true that not everything that happens in a solicitor-client relationship will be a privileged communication, facts connected with that relationship (such as the bills of account at issue in *Maranda*) must be presumed to be privileged absent evidence to the contrary (*Maranda*, at paras. 33-34; see also *Foster Wheeler*, at para. 42). This rule applies regardless of the context in which it is invoked (*Foster Wheeler*, at para. 34; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289).

[20] In the case at bar, therefore, we cannot conclude at the outset that Mr. Thompson's communications with his clients are distinct from financial records that disclose various facts about their relationships in order to determine whether

de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité.

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante.
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement. [p. 875]

Suivant l'interprétation des troisième et quatrième éléments de cette règle de fond considérés ensemble, l'atteinte au secret professionnel de l'avocat n'est permise que si elle est absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de la loi habilitante (*Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32, par. 24).

[19] Même si, dans l'arrêt *Descôteaux*, elle paraît limiter l'application du privilège aux communications entre l'avocat et son client, la Cour écarte désormais l'interprétation du secret professionnel de l'avocat qui se fonde sur la distinction entre le fait et la communication pour déterminer l'objet de la protection (*Maranda*, par. 30). Tous les éléments de la relation entre le client et l'avocat ne constituent pas des communications privilégiées, mais il faut présumer que, sauf preuve contraire, les faits liés à cette relation (tels les comptes d'honoraires en cause dans l'affaire *Maranda*) bénéficient de l'application du privilège (*Maranda*, par. 33-34; voir aussi *Foster Wheeler*, par. 42). Cette règle est applicable quel que soit le contexte dans lequel elle est invoquée (*Foster Wheeler*, par. 34; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289).

[20] En l'espèce, nous ne pouvons donc conclure d'emblée que les communications de M. Thompson avec ses clients sont distinctes des documents financiers qui révèlent divers aspects de leurs relations pour décider si le secret professionnel de l'avocat

solicitor-client privilege covers those facts. Absent proof to the contrary, all of this information is *prima facie* privileged, and therefore confidential.

[21] With these general principles in mind, we will now turn to the interpretation of the purported exception to “solicitor-client privilege” contained in the definition of that term in s. 232(1) *ITA*.

B. *Blood Tribe Criteria for Statutory Interpretation*

[22] The Minister contends that s. 232(1) *ITA*, particularly when read in conjunction with ss. 231.2 and 231.7, evinces a clear and unambiguous parliamentary intent to abrogate solicitor-client privilege over information found in “accounting record[s] of a lawyer”. Mr. Thompson disputes this position. The parties’ disagreement turns primarily on whether, as is required by this Court’s decision in *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, an appropriately restrictive interpretation of the impugned definition can lead to the conclusion that the legislature intended to define solicitor-client privilege so as to exclude a class of documents from its protection.

[23] *Blood Tribe* was a case that involved statutory interpretation. The issue was whether s. 12 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (“*PIPEDA*”), could be read so as to permit the Privacy Commissioner to have access, for the purpose of ensuring compliance with the *PIPEDA*, to information that would otherwise be protected by solicitor-client privilege. Section 12 (now s. 12.1) gave the Privacy Commissioner the authority to compel a person to produce any records the Commissioner considered necessary for the investigation of a complaint “in the same manner and to the same extent as a superior court of record”, and “whether or not [they are] or would be admissible in a court of law”. The Commissioner argued that this language should be read as permitting

s’applique ou non à ces faits. Sauf preuve contraire, toute cette information est à première vue privilégiée et donc confidentielle.

[21] Au vu de ces principes généraux, nous passons à l’interprétation de l’exception au « privilège des communications entre client et avocat » que prévoit la définition de ce terme au par. 232(1) de la *LIR*.

B. *Les critères d’interprétation législative issus de l’arrêt Blood Tribe*

[22] Le Ministre soutient que le par. 232(1) de la *LIR*, surtout lorsqu’il est considéré de pair avec les art. 231.2 et 231.7, traduit l’intention claire et non équivoque du législateur de supprimer le privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne l’information qui se trouve dans le « relevé comptable d’un avocat ». M. Thompson conteste cette thèse. Le désaccord des parties porte principalement sur la question de savoir si une interprétation suffisamment restrictive de la définition en cause, comme celle préconisée par la Cour dans l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, permet de conclure que le législateur entendait définir le privilège des communications entre client et avocat de manière à soustraire une catégorie de documents à sa protection.

[23] L’arrêt *Blood Tribe* porte sur l’interprétation d’une disposition législative. La question en litige était celle de savoir si l’art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* »), peut être interprété de manière à permettre au Commissaire à la protection de la vie privée d’avoir accès à des renseignements qui sont par ailleurs protégés par le secret professionnel de l’avocat afin de veiller au respect de la *LPRPDE*. L’article 12 (aujourd’hui l’art. 12.1) attribue expressément au Commissaire le pouvoir d’obliger une personne à produire les documents qu’il juge nécessaires pour examiner une plainte dont il est saisi, « de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives », « indépendamment de leur admissibilité devant les

her to have access to documents which would otherwise be confidential by virtue of being privileged.

[24] Binnie J., writing for the Court, held that such an interpretation of s. 12 was untenable in light of the shift of solicitor-client privilege from being merely a rule of evidence to becoming one of substance (*Blood Tribe*, at para. 2). He explained that

legislative language that may (if broadly construed) allow incursions on solicitor-client privilege must be interpreted restrictively. The privilege cannot be abrogated by inference. Open-textured language governing production of documents will be read not to include solicitor-client documents: *Lavallee*, at para. 18; *Pritchard*, at para. 33. This case falls squarely within that principle. [Emphasis deleted; para. 11.]

This conclusion aligned perfectly with the Court's earlier pronouncement in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, that "[l]egislation purporting to limit or deny solicitor-client privilege will be interpreted restrictively" and that this privilege may not be abrogated by inference (para. 33).

[25] The parties therefore agree that it is only where legislative language evinces a clear intent to abrogate solicitor-client privilege in respect of specific information that a court may find that the statutory provision in question actually does so. Such an intent cannot simply be inferred from the nature of the statutory scheme or its legislative history, although these might provide supporting context where the language of the provision is already sufficiently clear. If the provision is not clear, however, it must not be found to be intended to strip solicitor-client privilege from communications or documents that this privilege would normally protect.

[26] In contrast to s. 12 of the *PIPEDA*, which did not explicitly grant the Privacy Commissioner the

tribunaux ». La Commissaire a soutenu qu'il fallait conclure de ce libellé qu'elle pouvait avoir accès à des documents qui sont par ailleurs confidentiels parce que privilégiés.

[24] Au nom de la Cour, le juge Binnie décide que l'art. 12 ne peut être interprété ainsi puisque le secret professionnel de l'avocat est passé d'une simple règle de preuve à une règle de fond (*Blood Tribe*, par. 2). Il rappelle que

les dispositions législatives susceptibles (si elles sont interprétées de façon large) d'autoriser des atteintes au privilège du secret professionnel de l'avocat doivent être interprétées de manière restrictive. Le privilège ne peut être supprimé par inférence. On considérera ainsi qu'une disposition d'acception large régissant la production de documents ne vise pas les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat : *Lavallee*, par. 18; *Pritchard*, par. 33. Ce principe s'applique parfaitement à la présente affaire. [Italique omis; par. 11.]

Cette conclusion cadre parfaitement avec l'arrêt antérieur *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, dans lequel la Cour conclut qu'« [u]n texte législatif visant à limiter ou à écarter l'application du privilège avocat-client sera interprété restrictivement » et que ce privilège ne peut être supprimé par inférence (par. 33).

[25] Les deux parties reconnaissent donc qu'un tribunal ne peut conclure du libellé d'une disposition législative que le secret professionnel de l'avocat est supprimé à l'égard de certains renseignements que si ce libellé révèle l'intention claire du législateur d'arriver à ce résultat. Une telle intention ne peut simplement être inférée de la nature du régime législatif ou de son historique, bien que ceux-ci puissent offrir un contexte à l'appui lorsque le texte de la disposition est déjà suffisamment clair. Cependant, lorsque la disposition n'est pas claire, il ne faut pas considérer qu'elle vise à soustraire à la protection du secret professionnel de l'avocat des communications ou des documents qui en bénéficieraient normalement.

[26] À la différence de l'art. 12 de la *LPRPDE*, qui ne conférait pas explicitement au Commissaire

power to obtain and review documents in respect of which solicitor-client privilege was claimed, the definition of “solicitor-client privilege” in s. 232(1) *ITA* is unequivocal. It lays out what is protected when the privilege is invoked to oppose a compliance order under s. 231.7. The definition includes the words “except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be . . . a communication” covered by solicitor-client privilege, which means that accounting records are explicitly excluded from the scope of the privilege for the purpose of the *ITA*.

[27] Consequently, once a court has determined that a document over which solicitor-client privilege is being asserted is an accounting record of a lawyer, s. 232(1) is clearly intended to bypass the traditional protection associated with solicitor-client privilege, which means that the document can then be seized and inspected by the Minister. We will disregard for now the issue of whether this definition of the privilege corresponds to the broader scope of the right that has been established in the jurisprudence since s. 232(1) (then s. 126A(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148) was amended in 1965 (*An Act to amend the Income Tax Act and the Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*, S.C. 1965, c. 18, s. 26). Whether Parliament may define what is privileged generally, in light of the evolving and expanded understanding of this right, is a different question, to which we will return below.

[28] The legislative history of s. 232(1) lends further support to an interpretation to the effect that Parliament intended to exempt a lawyer’s accounting records from the protection of solicitor-client privilege. Parliament introduced a general definition of “solicitor-client privilege” into the *ITA* by enacting s. 126A(1) (now s. 232(1)) in 1956 (*An Act to amend the Income Tax Act*, S.C. 1956, c. 39, s. 28). At that time, the definition was functionally

à la protection de la vie privée le pouvoir d’obtenir et d’examiner des documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat était revendiqué, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure au par. 232(1) de la *LIR* est non équivoque. Elle précise ce qui est protégé lorsque le privilège est invoqué à l’encontre d’une ordonnance prononcée selon l’art. 231.7. Elle emploie les mots « sauf que, pour l’application du présent article, un relevé comptable d’un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication » protégée par le privilège des communications entre client et avocat, si bien que le relevé comptable est explicitement soustrait à l’application du privilège pour les besoins de la *LIR*.

[27] En conséquence, dès le moment où le tribunal décide que le document à l’égard duquel le privilège est invoqué constitue un « relevé comptable d’un avocat », le par. 232(1) écarte clairement la protection habituellement conférée par le secret professionnel de l’avocat, de sorte que le document peut être saisi puis examiné par le Ministre. Nous nous abstenons pour le moment de décider si cette définition du privilège correspond ou non à l’interprétation généreuse de ce droit retenue par les tribunaux depuis la modification du par. 232(1) (qui correspondait alors au par. 126A(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148) en 1965 (*Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu et la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, S.C. 1965, c. 18, art. 26). Nous reviendrons sur la question distincte de savoir si, en raison de l’évolution de ce droit et de son importance accrue, le législateur peut définir l’objet du privilège de manière générale.

[28] L’historique législatif du par. 232(1) appuie par ailleurs l’interprétation qui reconnaît l’intention du législateur de soustraire le « relevé comptable de l’avocat » à la protection du privilège des communications entre client et avocat. En 1956, le législateur intégrait à la *LIR*, par l’adjonction du par. 126A(1) (aujourd’hui le par. 232(1)), une définition générale du « privilège des communications entre client et avocat » (*Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le*

the same as the one now found in s. 232(1), but without the accounting records exception:

- (e) “solicitor-client privilege” means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between him and his lawyer in professional confidence.

[29] However, in the 1962 case *In re Income Tax Act*, [1963] C.T.C. 1 (“*Brown*”), leave to appeal to this Court refused, [1965] S.C.R. 84, the British Columbia Supreme Court concluded that to the extent that trust account records and other accounting or bookkeeping records maintained by lawyers might contain privileged information, the Minister could not obtain them by means of an order made by a court under what was then s. 126A(5)(b) (pp. 5-7). Sullivan J. pointed out that “[i]f it were the intention of Parliament to make all records of a solicitor available to inspection by taxation people then it would be a simple matter to so provide by appropriate legislation” (p. 5).

[30] Not too long after that, in 1965, Parliament amended the definition of “solicitor-client privilege” to introduce the current exemption for accounting records. When asked to explain why the exemption was being added, the Minister of Finance stated: “. . . it became evident as a result of a court decision that the definition of solicitor-client privilege was deficient” (*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 26th Parl., June 25, 1965, at p. 2875). It is thus difficult to consider the intention behind this amendment to be anything other than to address the refusal in *Brown* to require the disclosure of privileged information by enacting an express legislative provision permitting such a disclosure.

[31] We would add that to find that s. 232(1) *ITA* is not indicative of a clear legislative intent to exempt certain documents from the protection of solicitor-client privilege would be to deprive the

revenu, S.C. 1956, c. 39, art. 28). À l’époque, cette définition était essentiellement la même que celle qui figure actuellement au par. 232(1), mais elle ne comportait pas l’exception relative au relevé comptable :

- e) « privilège de client à procureur » désigne le droit, s’il en est, qu’une personne possède, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confiance professionnelle.

[29] Toutefois, dans la décision *In re Income Tax Act*, [1963] C.T.C. 1 (« *Brown* »), rendue en 1962, autorisation de pourvoi refusée, [1965] R.C.S. 84, la Cour suprême de la Colombie-Britannique concluait que, dans la mesure où les registres comptables de l’avocat, y compris ceux de ses comptes en fidéicommis, sont susceptibles de renfermer des renseignements privilégiés, le Ministre ne pouvait solliciter du tribunal une ordonnance de communication en vertu de l’al. 126A(5)b) de l’époque (p. 5-7). Le juge Sullivan signalait d’ailleurs que [TRADUCTION] « si le législateur avait voulu permettre aux autorités fiscales d’examiner tous les documents d’un procureur, il lui aurait été facile de le faire expressément » (p. 5).

[30] Peu après, en 1965, le législateur modifiait la définition du « privilège de client à procureur » de manière à prévoir l’exception actuelle visant le relevé comptable. Invité à justifier cet ajout, le ministre des Finances a déclaré que « par suite du jugement par les tribunaux [*sic*], il était clair que la définition des privilèges de client à procureur laissait à désirer » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3^e sess., 26^e lég., 25 juin 1965, p. 2875). Il est donc difficile de voir dans cette modification autre chose que l’intention du législateur de pallier le refus du tribunal, dans *Brown*, d’ordonner la communication des renseignements privilégiés en cause, et ce, par l’adoption d’une disposition permettant expressément une telle communication.

[31] Il convient d’ajouter que le refus de voir dans le par. 232(1) de la *LIR* l’intention claire du législateur de soustraire certains documents à la protection du secret professionnel de l’avocat prive de toute

ITA's definition of this privilege of any functional meaning. The *ITA* creates a self-assessment system which "depends for its success upon the taxpayers' honesty and integrity in preparing their returns. While most taxpayers undoubtedly respect and comply with the system, the facts of life are that certain persons will attempt to take advantage of the system and avoid their full tax liability" (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 648). A system that enables the Minister to have access to books and records in relation to a taxpayer's personal and business affairs is thus crucial to the Minister's ability to verify the veracity of a taxpayer's return (*Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643, at para. 20). Yet as the Minister points out, excluding some of these records from the Minister's scrutiny could enable lawyers and their clients to hide misreporting and tax evasion behind the veil of solicitor-client privilege. According to the Minister, access to the records, such as client names, is necessary to effectively determine their financial liability to the taxpayer for collection purposes.

[32] It is thus clear to us that if Parliament's intent in defining "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* as it has were not to exempt accounting records from the protection of this privilege, that definition and the apparent exemption would essentially serve no purpose. This would violate the presumption against tautology, according to which "[i]t is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain" (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 211, citing *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838). Instead, every word has "a specific role to play in advancing the legislative purpose" (Sullivan, at p. 211). Given that legislation must be read in its entire context and having regard to the legislative purpose and scheme (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578), it is at the very least important to ensure that our characterization of the legislative intent

utilité la définition du privilège des communications entre client et avocat. La *LIR* crée un régime d'auto-déclaration « [dont le] succès dépend de l'honnêteté et de l'intégrité du contribuable dans la préparation de sa déclaration. Bien qu'il ne fasse pas de doute que la plupart des contribuables respectent le régime et s'y conforment, c'est un fait que certaines personnes tentent d'en tirer profit et d'échapper en partie au fisc » (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 648). L'existence d'un système qui permet au Ministre d'avoir accès aux registres se rapportant aux activités personnelles et commerciales du contribuable est donc essentielle afin que le Ministre puisse s'assurer de la justesse de l'autocotisation (*Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643, par. 20). Pourtant, comme le souligne le Ministre, soustraire certains de ces documents à l'examen du Ministre peut effectivement permettre à un avocat et à son client d'invoquer le secret professionnel de l'avocat pour dissimuler une déclaration inexacte ou une fraude fiscale. Il ajoute que l'accès aux documents, y compris les noms des clients, est nécessaire dans les faits à la détermination de leur dette envers le contribuable aux fins de perception de l'impôt.

[32] Il nous apparaît donc clair que si, en définissant le « privilège des communications entre client et avocat » comme il le fait au par. 232(1) de la *LIR*, le législateur n'entend pas soustraire le relevé comptable à la protection de ce privilège, cette définition et l'exception manifeste qu'elle renferme n'ont essentiellement aucune utilité. Un tel résultat irait à l'encontre de la présomption d'absence de tautologie suivant laquelle [TRADUCTION] « [l]e législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s'exprimer en vain » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 211, citant *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Au contraire, chaque mot « joue un rôle précis dans la réalisation de l'objectif du législateur » (Sullivan, p. 211). Puisqu'une loi doit être interprétée dans son contexte global et eu égard à son objet et à son économie générale (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578), il

underlying the definition of solicitor-client privilege in s. 232(1) is not incompatible with the purpose of the Minister's audit and enforcement powers as they are structured in the *ITA*.

[33] If we consider the express language of the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) together with the provision's legislative history, Parliament's intent to define this privilege so as to exclude a lawyer's accounting records from its protection could hardly be clearer. Even the most restrictive interpretation of the provision leads to this conclusion, as the definition in s. 232(1) must be read in tandem with the *ITA*'s other provisions relating to the production of documents. In this regard, we note that, contrary to what the intervenor the Canadian Bar Association suggests, it would be inappropriate to read the definition so restrictively as to conclude that it can apply only to documents that are already not protected by solicitor-client privilege. As we explained above, such an interpretation would disregard the legislative intent behind the definition and render it functionally meaningless.

[34] In short, in contrast to how the statutory provision at issue in *Blood Tribe* could be interpreted, the only interpretation of the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) that takes account of the history of the provision and the purpose of the broader scheme into which it is incorporated is that the provision is intended to permit the Minister to have access to lawyers' accounting records even if they contain otherwise privileged information.

C. *Nature of the Remedy*

[35] That said, this case arises in unusual circumstances. Whereas Mr. Thompson's challenge to the Minister's power to require disclosure is based solely on the argument that the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) does not satisfy the *Blood Tribe* criteria, in the companion appeal, *Chambre des notaires*, the validity of this

importe à tout le moins de veiller à ce que la qualification de l'intention du législateur qui sous-tend la définition du privilège des communications entre client et avocat au par. 232(1) soit compatible avec l'objet des pouvoirs de vérification et d'exécution que la *LIR* confère au Ministre.

[33] Lorsque l'on considère le libellé de la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1) de pair avec son historique législatif, il ne saurait être plus manifeste que l'intention du législateur est de définir ce privilège de façon à soustraire à sa protection les relevés comptables de l'avocat. Même l'interprétation la plus restrictive de cette disposition mène forcément à cette conclusion, puisque la définition du par. 232(1) doit être interprétée de concert avec les autres dispositions de la *LIR* relatives à la production de documents. À cet égard, signalons que, contrairement à ce que fait valoir l'intervenante l'Association du Barreau canadien, il serait inopportun d'interpréter la définition de façon tellement restrictive qu'il faille conclure qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux documents qui, déjà, ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat. Rappelons qu'une telle interprétation ferait abstraction de l'intention du législateur qui sous-tend la définition et la rendrait inutile.

[34] En bref, contrairement à la disposition législative en cause dans l'affaire *Blood Tribe*, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) ne se prête qu'à une seule interprétation qui prend en compte l'historique de la disposition et l'objet du régime général dans lequel elle s'insère, à savoir que le Ministre est censé avoir accès aux relevés comptables de l'avocat, y compris ceux qui renferment des renseignements par ailleurs privilégiés.

C. *La nature de la réparation*

[35] Cela dit, la présente affaire se présente dans des circonstances inhabituelles. Alors que M. Thompson conteste le pouvoir du Ministre d'exiger la communication pour le seul motif que la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) ne satisfait pas aux critères de l'arrêt *Blood Tribe*, dans le

definition is being challenged on constitutional grounds. As we mentioned above, Parliament's intent and its ability, in constitutional terms, to define solicitor-client privilege in a particular way for the purposes of the administration of the *ITA* are not necessarily equivalent. The question whether a legislature can, simply by using clear and unambiguous language, abrogate this privilege over a class of documents in a scheme in which the seizure of such documents is permitted cannot be answered on the basis of *Blood Tribe* alone. When a seizure is involved, s. 8 of the *Charter* comes into play. Thus, in *Chambre des notaires*, we conclude that the purported abrogation in s. 232(1) is constitutionally invalid because it permits the state to obtain information that would otherwise be privileged to a far greater extent than is absolutely necessary for the administration of the *ITA*.

[36] It is equally important to note that in *Chambre des notaires* we hold that the *ITA*'s requirement scheme, insofar as it applies to lawyers and notaries, infringes s. 8 of the *Charter* and that the infringement cannot be justified under s. 1. Given that the scheme is invalid to that extent, the request made to Mr. Thompson under that scheme is now foreclosed.

[37] It is possible that Parliament will amend ss. 231.2 and 231.7 to remedy the constitutional defects of the requirement scheme. Even if it does not do so, however, there are other situations in which courts could be asked to determine whether certain information is covered by solicitor-client privilege and, if they find that the privilege does not apply, to order that the information be disclosed. As a result, we find that it will be helpful in the instant case to address the appropriateness of the remedy granted to Mr. Thompson by the Federal Court of Appeal.

[38] In light of our conclusions in *Chambre des notaires* that the purported exception in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* is constitutionally invalid and that any court order for the disclosure of documents cannot be taken to

pourvoi connexe, *Chambre des notaires*, la validité de cette définition est contestée pour des motifs d'ordre constitutionnel. Rappelons que l'intention du législateur de définir le privilège des communications entre client et avocat d'une certaine façon aux fins de l'administration de la *LIR* et son pouvoir de le faire sur le plan constitutionnel ne coïncident pas nécessairement. L'arrêt *Blood Tribe* ne permet pas à lui seul de trancher la question de savoir si le législateur peut, au moyen d'un libellé clair et non équivoque, soustraire une catégorie de documents à l'application du privilège dans le cadre d'un régime qui permet leur saisie. En effet, lorsqu'il est question de saisie, l'art. 8 de la *Charte* entre en jeu. Ainsi, dans l'arrêt *Chambre des notaires*, nous concluons à l'inconstitutionnalité de la suppression que prévoit le par. 232(1) parce qu'elle fait en sorte que l'État puisse obtenir des renseignements par ailleurs privilégiés beaucoup plus que cela n'est absolument nécessaire pour l'administration de la *LIR*.

[36] Il importe également de signaler que, dans l'arrêt *Chambre des notaires*, nous décidons que le régime des demandes péremptoires, dans la mesure où il s'applique aux avocats et aux notaires, contrevient à l'art. 8 de la *Charte* et que l'atteinte ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. Puisque le régime est invalidé dans cette mesure, la demande du Ministre adressée à M. Thompson est désormais sans objet.

[37] Le législateur pourrait modifier les art. 231.2 et 231.7 de remédier aux vices constitutionnels du régime des demandes péremptoires. Cependant, même s'il ne le fait pas, il existe d'autres situations où un tribunal pourrait être appelé à décider si certains renseignements bénéficient ou non du secret professionnel de l'avocat et, s'il répondait par la négative, à ordonner leur communication. En conséquence, nous estimons utile d'examiner en l'espèce le caractère convenable de la réparation que la Cour d'appel fédérale a accordée à M. Thompson.

[38] Puisque, dans l'arrêt *Chambre des notaires*, nous concluons à l'inconstitutionnalité de l'exception que prévoit la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1) de la *LIR* et sommes d'avis qu'une

include privileged information, we are of the view that the Federal Court of Appeal acted appropriately in sending Mr. Thompson's case back to the Federal Court to have it determine whether any information in the accounting records sought by the CRA was privileged and therefore exempt from disclosure.

[39] Still, solicitor-client privilege is a right that belongs to, and can only be waived by, a client of a legal professional (*Lavallee*, at para. 39; *Chambre des notaires*, at para. 45). In both *Lavallee*, at para. 40, and *Federation of Law Societies of Canada*, at paras. 48-49, this Court noted that a lawyer is not the alter ego of his or her client, so it is the client and not the lawyer who must be given an opportunity to assert the privilege over the information sought by the state. A court must act to facilitate the client's ability to do so.

[40] The Federal Court of Appeal's order would therefore have been insufficient to safeguard the rights of Mr. Thompson's clients. In order to properly afford clients the opportunity to raise their right to solicitor-client privilege, they must be notified when a court considers making any order requiring the disclosure of what might be privileged information. They must also be afforded the opportunity to decide whether they wish to contest the disclosure of the information requested by the state, and if they do wish to do so, they must be permitted to make submissions in that regard on their own behalf. Thus, should Parliament choose to modify the existing *ITA* disclosure scheme in order to remedy its constitutional defects, a court assessing a request for access to presumptively privileged information will need to ensure that the clients whose information is being sought can participate in the process of asserting the protections that apply to them.

VI. Conclusion

[41] Given our holding in *Chambre des notaires* that the exception contained in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* is constitutionally invalid, the Minister's request that

ordonnance de communication de documents ne saurait viser des renseignements privilégiés, la Cour d'appel fédérale a selon nous eu raison de renvoyer le dossier de M. Thompson à la Cour fédérale pour qu'elle tranche la question de savoir si certains renseignements contenus dans les relevés comptables demandés par l'ARC sont privilégiés et donc soustraits à la communication.

[39] Néanmoins, le secret professionnel de l'avocat est un droit qui appartient au client et auquel seul ce dernier peut renoncer (*Lavallee*, par. 39; *Chambre des notaires*, par. 45). Dans *Lavallee*, par. 40, et *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, par. 48-49, notre Cour indique que l'avocat n'est pas l'*alter ego* de son client, de sorte que c'est au client, et non à l'avocat, qu'il faut permettre de faire valoir le privilège à l'égard des renseignements sollicités par l'État. Le tribunal doit faciliter la démarche du client en ce sens.

[40] L'ordonnance de la Cour d'appel fédérale n'aurait donc pas protégé les droits des clients de M. Thompson. Pour qu'ils aient véritablement la possibilité d'invoquer le droit au secret professionnel de l'avocat, les clients doivent être informés de l'intention du tribunal d'ordonner la communication de renseignements qui pourraient être privilégiés. Ils doivent également pouvoir décider de contester ou non la demande d'une ordonnance de communication des renseignements sollicités par l'État et, s'ils le font, ils doivent se voir accorder la possibilité de défendre eux-mêmes leur point de vue. En conséquence, si le législateur choisit de modifier le régime actuel de communication de la *LIR* pour remédier à ses carences constitutionnelles, le tribunal saisi d'une demande d'accès à des renseignements tenus pour privilégiés devra veiller à ce que les clients auxquels se rapportent les renseignements puissent participer au processus de revendication de la protection à laquelle ils ont droit.

VI. Conclusion

[41] En raison de la conclusion d'inconstitutionnalité à laquelle nous arrivons dans l'arrêt *Chambre des notaires* concernant l'exception que prévoit la définition du « privilège des communications entre

Mr. Thompson be compelled to disclose the documents he has been withholding must be rejected. The information contained in those documents is presumptively privileged, and its disclosure cannot be required unless a court first determines whether solicitor-client privilege actually applies. Because we conclude in *Chambre des notaires* that the ITA's requirement scheme is unconstitutional insofar as it applies to lawyers like Mr. Thompson, it is unnecessary to return the matter to the Federal Court.

[42] In light of the above, we would allow the appeal solely to set aside the Federal Court of Appeal's order, and we would dismiss the Minister's application. On the basis of this outcome, we would award costs to Mr. Thompson throughout.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stockwoods, Toronto.

client et avocat » au par. 232(1) de la *LIR*, la demande du Ministre pour contraindre M. Thompson à communiquer les documents en cause doit être rejetée. Les renseignements contenus dans ces documents sont présumés privilégiés et ne peuvent être communiqués que si un tribunal décide au préalable que le privilège des communications entre client et avocat ne s'applique pas. Puisque, dans *Chambre des notaires*, nous concluons à l'inconstitutionnalité du régime des demandes péremptoires de la *LIR* dans la mesure où il s'applique à un avocat comme M. Thompson, il est inutile de renvoyer le dossier à la Cour fédérale.

[42] Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, mais seulement pour infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale, et de rejeter la demande du Ministre. Vu ce résultat, M. Thompson a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

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

Procureurs de l'intimé : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stockwoods, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.L.W. *Respondent*

and

Animal Justice *Intervener*

INDEXED AS: R. v. D.L.W.

2016 SCC 22

File No.: 36450.

2015: November 9; 2016: June 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Bestiality — Elements of offence — Interpretation — Accused convicted of bestiality — Accused put peanut butter on complainant’s vagina and had dog lick it off while he videotaped — Whether term “bestiality” has well-understood legal meaning in common law and if so, whether Parliament intended to depart from that meaning when that term was first introduced in English version of Criminal Code — Whether penetration an essential element of offence of bestiality — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 160.

After a 38-day trial, D.L.W. was convicted of numerous sexual offences against his two stepdaughters committed over the course of 10 years, including a single count of bestiality. D.L.W. first brought the family dog into the bedroom with the older complainant when she was 15 or 16 years old. He attempted to make the dog have intercourse with her and, when that failed, he spread peanut butter on her vagina and took photographs while the dog licked it off. He later asked her to do this again so he could make a video. At trial, D.L.W. was found to have done all of this for a sexual purpose. The trial judge was of the view that bestiality in the *Code* means touching between a person and an animal for a person’s sexual purpose and he concluded that penetration was not required. The trial judge preferred to interpret the elements of bestiality so that they would reflect the current views

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.L.W. *Intimé*

et

Animal Justice *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. D.L.W.

2016 CSC 22

N° du greffe : 36450.

2015 : 9 novembre; 2016 : 9 juin.

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

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

Drôit criminel — Bestialité — Éléments de l’infraction — Interprétation — Accusé reconnu coupable de bestialité — Accusé étendant du beurre d’arachides sur le vagin de la plaignante et faisant en sorte que le chien le lèche alors qu’il captait la scène sur bande vidéo — Le terme « bestialité » a-t-il un sens juridique bien défini en common law et, dans l’affirmative, le législateur a-t-il voulu s’écarter de cette signification lorsque ce terme a été introduit pour la première fois dans la version anglaise du Code criminel? — La pénétration est-elle un élément essentiel de l’infraction de bestialité? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 160.

Au terme d’un procès de 38 jours, D.L.W. a été reconnu coupable de nombreuses infractions d’ordre sexuel commises contre ses deux belles-filles sur une période de 10 ans, y compris un seul chef d’accusation de bestialité. D.L.W. a amené le chien de la famille pour la première fois dans la chambre avec la plaignante plus âgée quand elle avait 15 ou 16 ans. Il a alors tenté de faire en sorte que le chien ait des rapports sexuels avec elle et, lorsque cela n’a pas fonctionné, il a étendu du beurre d’arachides sur son vagin et a pris des photos pendant que le chien le léchait. Il a par la suite demandé à la plaignante de le refaire pour qu’il puisse l’enregistrer sur vidéo. Au procès, il a été conclu que D.L.W. avait agi de la sorte à des fins d’ordre sexuel. De l’avis du juge du procès, la bestialité au sens du *Code* s’entend des attouchements auxquels se livre une personne avec un animal à des fins

on what constitutes prohibited sexual acts. A majority of the Court of Appeal allowed D.L.W.'s appeal against the bestiality conviction and acquitted him of the bestiality count. The majority concluded that the term "bestiality" had a common law meaning that included penetration as one of its essential elements. The dissenting judge found that penetration was not an element of bestiality and he would have dismissed the appeal.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.: Since 1955, criminal offences in Canada (apart from criminal contempt) have been entirely statutory. However, the common law continues to play an important role in defining criminal conduct as defining the elements of statutory offences often requires reference to common law concepts. Applying the principles that guide statutory interpretation leads to the conclusion in this case that the term "bestiality" has a well-established legal meaning and refers to sexual intercourse between a human and an animal. Penetration has always been understood to be an essential element of bestiality. Parliament adopted that term without adding a definition of it and the legislative history and evolution of the relevant provisions show no intent to depart from the well-understood legal meaning of the term. Moreover, the courts should not, by development of the common law, broaden the scope of liability for the offence of bestiality. Any expansion of criminal liability for this offence is within Parliament's exclusive domain.

When Parliament uses a term with a legal meaning, it generally intends the term to be given that meaning. Words that have a well-understood legal meaning when used in a statute should be given that meaning unless Parliament clearly indicates otherwise. A further consideration is the related principle of stability in the law which means that absent clear legislative intention to the contrary, a statute should not be interpreted as substantially changing the law, including the common law. Parliament is deemed to know the existing law and is unlikely to have intended any significant changes to it unless that intention is made clear. While these interpretive principles are easy to state, how they apply in particular

d'ordre sexuel et il a conclu que la pénétration n'est pas nécessaire. Le juge du procès a préféré interpréter les éléments constitutifs de la bestialité de façon à ce qu'ils reflètent ce qui est considéré de nos jours comme des actes sexuels prohibés. La majorité de la Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par D.L.W. contre la déclaration de culpabilité pour bestialité et elle l'a acquitté de ce chef d'accusation. La majorité a conclu que, suivant le sens qui a été donné au terme « bestialité » en common law, la pénétration est un élément essentiel de l'infraction de bestialité. Le juge dissident a conclu que la pénétration n'était pas un élément constitutif de l'infraction de bestialité et il aurait rejeté l'appel.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown : Depuis 1955, les infractions criminelles au Canada sont entièrement créées par la loi (sauf l'outrage criminel au tribunal). Toutefois, la common law continue de jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un comportement criminel. En effet, il faut souvent recourir à des notions de common law pour définir les éléments d'une infraction créée par la loi. L'application des principes qui guident l'interprétation des textes de loi mène en l'espèce à la conclusion que le terme « bestialité » a un sens juridique bien établi et qu'il s'entend des rapports sexuels entre un être humain et un animal. La pénétration a toujours été considérée comme un élément essentiel de la bestialité. Le législateur a adopté ce terme sans le définir, et l'historique et l'évolution des dispositions pertinentes ne démontrent pas qu'il avait l'intention de s'écarter de sa signification juridique bien définie. De plus, les tribunaux ne devraient pas, en faisant évoluer la common law, élargir la portée de la responsabilité afférente à l'infraction de bestialité. Tout élargissement de la responsabilité criminelle liée à cette infraction relève de la compétence exclusive du législateur.

Lorsque le législateur utilise un terme comportant un sens juridique, il veut généralement lui donner ce sens. Lorsqu'ils sont utilisés dans une loi, les mots qui ont une signification juridique bien définie devraient recevoir cette signification, sauf si le législateur indique clairement autre chose. Une autre considération est le principe connexe de la stabilité du droit voulant qu'en l'absence d'une intention contraire exprimée clairement par le législateur, une loi ne doive pas être interprétée de façon à modifier substantiellement le droit, y compris la common law. Le législateur est censé connaître le droit existant et il n'a probablement pas voulu y apporter de changements importants à moins de l'indiquer clairement.

cases may be controversial. Sometimes, the controversy concerns the state of the common law when Parliament acted: in other words, the debate is about whether the term used had a clearly understood legal meaning when it was incorporated into the statute. In this case, the term “bestiality” did have a clear legal meaning when Parliament used that term without further definition in the English version of the 1955 *Criminal Code*. Bestiality meant buggery with an animal and required penetration. It was clear that to secure a conviction, the prosecution had to prove that penetration of an animal, or, in the case of women, penetration by an animal, had occurred. This was the state of the law when the *Offences Against the Person Act, 1861* was enacted in England. The offence in substantially the same form was carried over into the first English version of the Canadian *Criminal Code* in 1892 and continued to be in force until the offence called bestiality was introduced into the English version of the *Code* in the 1955 revisions.

In Canada, as in England, the early history of the offence shows that what was commonly called “bestiality” was subsumed under the offences named sodomy or buggery and that penetration was one of its essential elements. The English language version of the Canadian statute simply provided that buggery with an animal was an offence, but did not further define it. However, the French version of “buggery . . . with any other living creature” being “*bestialité*” shows that “buggery with an animal” and “bestiality” were the same thing. There can be no serious dispute that the Canadian offence of buggery with an animal/*la bestialité* in the 1892 *Code*, which continued to be in force until the 1955 revisions, had a widely and generally understood meaning: the offence required sexual penetration between a human and an animal. Parliament, by using that term without further definition, intended to adopt that well-understood legal meaning.

Parliament did not explicitly or by necessary implication change the well-understood legal meaning of the term “bestiality” when it amended the *Criminal Code* in 1955 and in 1988. There is no express statutory provision expanding the scope of the bestiality offence and further, there is nothing in the legislative evolution and history that supports any parliamentary intent to bring about such a change by implication. The required clarity and certainty are entirely lacking. Courts will only conclude

Bien que ces principes d’interprétation soient faciles à énoncer, la façon de les appliquer dans un cas particulier peut prêter à controverse. Parfois la controverse porte sur l’état de la common law au moment où le législateur a agi : autrement dit, le débat porte alors sur la question de savoir si le terme utilisé avait un sens juridique bien défini lorsqu’il a été introduit dans la loi. En l’espèce, le terme « *bestiality* » (bestialité) avait un sens juridique clair lorsque le législateur l’a utilisé sans le définir dans la version anglaise du *Code criminel* de 1955. La bestialité s’entendait d’un acte de sodomie avec un animal et exigeait une pénétration. Il ne faisait aucun doute que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la poursuite devait établir qu’un acte de pénétration avait été commis sur un animal ou, dans le cas d’une femme, que l’acte de pénétration avait été commis par l’animal. Tel était l’état du droit lorsque la *Offences Against the Person Act, 1861* a été adoptée en Angleterre. L’infraction a été importée essentiellement sous cette forme dans la première version anglaise du *Code criminel* canadien de 1892 et elle est demeurée en vigueur jusqu’à ce que l’infraction appelée *bestiality* soit introduite dans la version anglaise du *Code* lors de la révision de 1955.

Au Canada, tout comme en Angleterre, il ressort des origines de l’infraction que ce que l’on appelait communément « bestialité » était compris dans l’infraction appelée sodomie et que la pénétration était l’un de ses éléments essentiels. La version de langue anglaise de la loi canadienne prévoyait simplement que la sodomie avec un animal était une infraction, mais elle ne l’a pas définie davantage. Or, comme l’équivalent français de « *buggery [. . .] with any other living creature* » est « bestialité », cela démontre que « *buggery with an animal* » et « bestialité » désignent la même chose. Il est impossible de mettre sérieusement en doute le fait que l’infraction canadienne de bestialité/*buggery with an animal* prévue au *Code* de 1892 qui est demeurée en vigueur jusqu’à la révision de 1955 avait un sens généralement reconnu : l’infraction exigeait une pénétration sexuelle impliquant un être humain et un animal. En utilisant ce terme sans le définir, le législateur voulait retenir son sens juridique bien défini.

Le législateur n’a pas modifié explicitement ou par déduction nécessaire le sens juridique bien défini du terme « bestialité » lorsqu’il a modifié le *Code criminel* en 1955 et en 1988. Aucune disposition légale n’élargit expressément la portée de l’infraction de bestialité. En outre, l’évolution et l’historique législatifs ne permettent aucunement de conclure que le législateur a voulu faire implicitement une telle modification. La clarté et la certitude requises sont totalement absentes. Les tribunaux

that a new crime has been created if the words used to do so are certain and definitive. This approach not only reflects the appropriate respective roles of Parliament and the courts, but the fundamental requirement of the criminal law that people must know what constitutes punishable conduct and what does not, especially when their liberty is at stake. The important questions of penal and social policy involved in broadening the offence of bestiality are matters for Parliament to consider, if it so chooses. Parliament may wish to consider whether the present provisions adequately protect children and animals. But it is for Parliament, not the courts, to expand the scope of criminal liability for this offence. Absent clear parliamentary intent to depart from the clear legal definition of the elements of the offence, it is manifestly not the role of the courts to expand that definition.

The English version of the *Criminal Code* did not use the term “bestiality” until 1955, but the French version did. In the 1955 revision, the word “bestiality” was first introduced into the English version of the *Code* and the reference to “buggery . . . with any other living creature” was deleted, but with no definition of either the term “buggery” or “bestiality”. The text of the 1955 revision does not suggest that any significant change in the law was intended. This appears to be simply the substitution of a more precise legal term in the English version for the previous more general expression. The absence of a statutory definition of either term is consistent only with the intent to adopt the accepted legal meanings of both terms. Here, there is no evidence that any substantive change was intended. The fact that no substantive change occurred in the French version of the offence leads almost inevitably to the conclusion that the change in terminology in the English version was simply intended to give the offence a clearer, more modern wording which would be more consistent with its French equivalent. There is nothing in this tweak to the English version of the *Code* to support the view that any substantive change to the elements of the offence was intended. The text, read in both of its official versions, the legislative history and evolution, all of the commentators and the applicable principles of statutory interpretation support the view that the 1955 revisions to the *Code* did not expand the elements of bestiality and that penetration between a human and an animal was the essence of the offence.

ne concluront à la création d’un nouveau crime que si les mots utilisés pour ce faire sont sûrs et définitifs. Cette approche tient compte non seulement des fonctions revenant à bon droit respectivement au législateur et aux tribunaux, mais également de l’exigence fondamentale en droit criminel que les gens sachent ce qui constitue une conduite punissable et ce qui ne l’est pas, surtout lorsque leur liberté est en jeu. Il revient au législateur d’examiner, s’il le juge à propos, les questions importantes de politique pénale et sociale que soulève l’élargissement de l’infraction de bestialité. Le législateur peut vouloir se demander si les dispositions actuelles protègent adéquatement les enfants et les animaux. Il appartient cependant au législateur, et non aux tribunaux, d’élargir la portée de la responsabilité criminelle liée à cette infraction. En l’absence d’une intention claire du législateur de s’écarter de la définition juridique claire des éléments de l’infraction, il n’appartient manifestement pas aux tribunaux d’élargir cette définition.

Le terme « *bestiality* » ne figurait pas dans la version anglaise du *Code criminel* avant 1955, mais on retrouvait son équivalent « bestialité » dans la version française. Lors de la révision de 1955, le terme « *bestiality* » a été introduit pour la première fois dans la version anglaise du *Code*, et le passage « *buggery [. . .] with any other living creature* » a été supprimé, mais on n’a défini ni le terme « *buggery* » (sodomie), ni celui de « *bestiality* ». Le texte de la révision de 1955 ne porte pas à croire que le législateur a voulu changer le droit de façon substantielle. Il semble s’agir là du simple remplacement de l’ancienne expression plus générale dans la version anglaise par un terme juridique plus précis. L’absence de définition de l’un ou l’autre des termes dans la loi ne s’accorde qu’avec l’intention d’adopter le sens juridique reconnu des deux termes. En l’espèce, rien ne prouve qu’un changement de fond était souhaité. L’absence de modification de fond à la version française de l’infraction mène presque inévitablement à la conclusion que le changement de terminologie dans la version anglaise ne visait qu’à donner à l’infraction une formulation plus claire et plus moderne qui concorderait mieux avec son équivalent français. Cette modification mineure de la version anglaise du *Code* ne permet aucunement d’affirmer qu’un changement de fond des éléments de l’infraction était souhaité. Le texte, lu dans ses deux versions officielles, l’évolution et l’historique législatifs, les propos de tous les auteurs ainsi que les principes applicables en matière d’interprétation législative permettent de conclure que la révision de 1955 du *Code* n’a pas élargi les éléments de l’infraction de bestialité et que la pénétration impliquant un être humain et un animal était l’essence même de l’infraction.

A complete overhaul of sexual offences against the person in 1983 was followed by the 1988 revisions which were focused on enhancing the protection of children against sexual abuse. In 1988, among other things, the new legislation repealed the former buggery offence and replaced it with the new offence of anal intercourse and bestiality was given its own section. Through all of the many changes, changes which included fundamental revisions of the definition of several sexual offences and the repeal of others, the *Code* continued to make bestiality an offence without further defining it. The fact that Parliament made no change to the definition of bestiality in the midst of a comprehensive revision of the sexual offences supports only the conclusion that it intended to retain its well-understood legal meaning. It defies logic to think that Parliament would rename, redefine and create new sexual offences in a virtually complete overhaul of the sexual offence provisions in 1983 and 1988 and yet would continue to use an ancient legal term with a well-understood meaning — bestiality — without further definition in order to bring about a substantive difference in the law. The new bestiality offences added in the 1988 revision, while not changing the definition of the underlying offence, added protections for children in relation to that offence.

Finally, contrary to the dissent's view, it does not follow that all sexually exploitative acts with animals that do not involve penetration are perfectly legal. There are other provisions in the *Code* which may serve to protect children and others from sexual activity with an animal that does not necessarily involve penetration.

Per Abella J. (dissenting): The common law origins of the offence of “buggery with mankind or with any animal” were ecclesiastical and emerged from the Church's hegemonic jurisdiction over sexual offences and its abhorrence for non-procreative sexual acts, which were condemned as being “unnatural”. The Church's jurisdiction over sexual offences ended in 1533, but censorious attitudes did not, and death remained the penalty for “the detestable offence of buggery”. The question whether these acts were criminal only when there was penetration is, however, far from clear.

At no time was “buggery” ever defined by Parliament. Applying the principles of interpretation requires reviewing related *Criminal Code* provisions and the context in

La refonte complète des infractions sexuelles contre la personne en 1983 a été suivie de la révision de 1988, qui visait à mieux protéger les enfants contre l'abus sexuel. En 1988, entre autres, la nouvelle loi a aboli l'ancienne infraction de sodomie et l'a remplacée par la nouvelle infraction de relations sexuelles anales, et la bestialité a fait l'objet d'une disposition distincte. Tout au long de ces nombreuses modifications, qui comprenaient une révision de fond en comble de la définition de plusieurs infractions d'ordre sexuel et l'abrogation de certaines autres, le *Code* a continué de criminaliser la bestialité sans la définir. Le fait que le législateur n'a pas modifié la définition de la bestialité au milieu de cette révision exhaustive des infractions d'ordre sexuel étaye uniquement la conclusion selon laquelle il a voulu que le terme « bestialité » conserve son sens juridique bien défini. Il est illogique de penser que le législateur renommerait ou redéfinirait des infractions existantes et créerait de nouvelles infractions d'ordre sexuel à l'occasion d'une refonte pratiquement complète des dispositions en cause en 1983 et 1988 et qu'il continuerait malgré tout d'utiliser un terme juridique ancien ayant un sens bien défini — bestialité — sans le définir afin de modifier substantiellement le droit. Bien qu'elles n'aient pas modifié la définition de l'infraction sous-jacente, les nouvelles infractions de bestialité ajoutées à la révision de 1988 ont prévu des mesures de protection supplémentaires pour les enfants relativement à cette infraction.

Enfin, contrairement au point de vue exprimé dans la dissidence, cela ne signifie pas que tous les actes d'exploitation sexuelle avec des animaux qui n'impliquent pas de pénétration sont tout à fait légaux. Le *Code* contient d'autres dispositions qui peuvent servir à protéger les enfants et d'autres personnes d'une activité sexuelle avec un animal qui n'implique pas nécessairement de pénétration.

La juge Abella (dissidente) : Les origines de l'infraction de « buggery avec un être humain ou avec un animal » en common law sont ecclésiastiques et elles ont émergé de l'hégémonie qu'exerçait l'Église sur les infractions d'ordre sexuel et de l'aversion de celle-ci envers les actes sexuels non procréateurs, qui étaient jugés « contre nature ». La juridiction de l'Église sur les infractions d'ordre sexuel a pris fin en 1533, mais non ses attitudes critiques, et la peine capitale est demeurée la peine prévue pour « l'infraction détestable de buggery ». Pour ce qui est de savoir si ces actes étaient criminels seulement quand il y avait pénétration, cela n'est, cependant, pas du tout clair.

Le Parlement n'a jamais défini le terme « buggery ». Pour appliquer les principes d'interprétation, il faut examiner les dispositions connexes du *Code criminel* et le

which the bestiality provision was first introduced. In 1955, for the first time, the offence of “bestiality” was expressly named as such in the English version of the *Code*. It too was never defined. The addition of the offence of “bestiality” must have been intended to mean something different from “buggery” because if the elements of bestiality and buggery were the same, the addition of “bestiality” to the 1955 *Code* was redundant and there was no need to change the provision from one prohibiting buggery, to one prohibiting buggery *and* bestiality.

Amendments in 1955 were also made to the *Code*’s animal cruelty offence to reflect an increased recognition of the importance of protecting animal welfare by expanding the category of birds and animals from only some, to all of them. It is in this transformed legal environment consisting of more protection for more animals, that the offence of “bestiality” first appeared. Whatever the common law meaning of “buggery” with animals had been, the creation of a distinct offence of bestiality in the same year that the animal cruelty provisions were expanded to protect more animals from exploitative conduct, reflected Parliament’s intention to approach the offence differently. Parliament’s purposes would have been inconsistent if the animal cruelty protection in the *Criminal Code* would now cover *all* birds and animals, but the bestiality provision would be limited to those animals whose anatomy permitted penetration. Requiring penetration for the offence of bestiality, technically leaves as legal all sexually exploitative acts with animals that do *not* involve penetration. This, in turn, completely undermines the concurrent legislative protections for animals from cruelty and abuse.

If there was any doubt about what Parliament intended in 1955, its intention is even clearer in light of the 1988 Amendments to the *Code*, when buggery and bestiality were divided into two separate provisions. The offence of “bestiality” was extended to include those who compelled its commission or who committed it in the presence of a child. It is difficult to accept that Parliament’s intention was to protect children from seeing or being made to engage in sexual activity with animals *only* if it involved penetration. Parliament must have intended protection for children from witnessing or being forced to participate in *any* sexual activity with animals. This wider protection for children can also be inferred

contexte dans lequel la disposition sur la *bestiality* a vu le jour. C’est en 1955 que l’infraction de « *bestiality* » a été expressément nommée telle quelle pour la première fois dans la version anglaise du *Code*. Elle n’a jamais été définie non plus. L’infraction de « *bestiality* » ajoutée devait donc avoir une signification différente de celle de « *buggery* » parce que, si l’acte de *bestiality* et l’acte de *buggery* partageaient les mêmes éléments, l’ajout de la « *bestiality* » au Code de 1955 était redondant et point n’était besoin de remplacer la disposition interdisant les actes de *buggery* par une disposition interdisant ces actes *et* la *bestiality*.

En 1955, le législateur a aussi modifié l’infraction de cruauté envers les animaux prévue au *Code* en étendant sa portée à toutes les espèces d’oiseaux et d’animaux, plutôt qu’à seulement certaines d’entre elles comme c’était le cas auparavant, pour traduire une reconnaissance accrue de l’importance d’assurer le bien-être des animaux. C’est dans cet environnement juridique transformé offrant une plus grande protection aux animaux que l’infraction de « *bestiality* » a vu le jour. Quel qu’ait été le sens de « *buggery* » avec un animal en common law, la création d’une infraction distincte de *bestiality* la même année que les dispositions relatives à la cruauté envers les animaux ont été étendues pour protéger plus d’animaux de l’exploitation montre que le législateur voulait aborder l’infraction sous un autre angle. Les objectifs du Parlement seraient incompatibles si la protection offerte par le *Code criminel* aux animaux contre la cruauté s’étendait désormais à *tous* les oiseaux et animaux, mais la disposition relative à la *bestiality* se limitait aux animaux dont l’anatomie est susceptible de pénétration. Exiger que l’infraction de *bestiality* comporte un élément de pénétration rend, d’un point de vue technique, tout à fait légaux l’ensemble des actes d’exploitation sexuelle commis avec des animaux *sans* qu’il n’y ait de pénétration. Et cela sape entièrement les dispositions législatives concurrentes qui protègent les animaux contre la cruauté et l’abus.

S’il persistait quelque doute que ce soit à propos de ce que voulait le législateur en 1955, son intention paraît encore plus claire à la lumière des modifications de 1988 au *Code*, lorsqu’il a consacré à la notion de *buggery* et à celle de *bestiality* deux dispositions distinctes. L’infraction de « *bestiality* » a été étendue aux personnes qui ont forcé quelqu’un d’autre à la commettre ou qui l’ont commise en présence d’un enfant. Il est difficile d’accepter que le Parlement voulait empêcher que des enfants soient témoins d’une activité sexuelle avec des animaux ou forcés de se livrer à pareille activité *seulement* si elle comportait une pénétration. Le Parlement devait certainement vouloir empêcher que des enfants soient témoins

from the other changes to the *Code* in the 1988 Amendments, introducing the offences of sexual interference, sexual exploitation, and invitation to sexual touching, all of which protected minors and none of which required penetration. As a result, by 1988, the language, history, and evolving social landscape of the bestiality provision lead to the conclusion that Parliament intended, or at the very least assumed, that penetration was not a necessary element of the offence.

The absence of a requirement of penetration does not broaden the scope of bestiality. It is more a reflection of Parliament's common sense assumption that since penetration is physically impossible with most animals and for half the population, requiring it as an element of the offence eliminates from censure most sexually exploitative conduct with animals. Acts with animals that have a sexual purpose are inherently exploitative whether or not penetration occurs, and the prevention of sexual exploitation is what the 1988 Amendments were all about.

Cases Cited

By Cromwell J.

Not followed: *R. v. M.G.*, 2002 CanLII 45200; **referred to:** *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. A.D.H.*, 2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915; *Townsend v. Kroppmanns*, 2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)*, 2007 SCC 42, [2007] 3 S.C.R. 217; *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214; *Nadeau v. Gareau*, [1967] S.C.R. 209; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Cozins* (1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272; *R. v. Bourne* (1952), 36 Cr. App. R. 125; *Henry v. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL); *R. v. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. McLaughlin*, [1980] 2 S.C.R. 331; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Gralewicz v. The Queen*,

de *quelque* activité sexuelle *que ce soit* avec des animaux ou forcés d'y prendre part. Cette protection plus large des enfants peut également s'inférer des autres modifications de 1988 au *Code* qui ont créé les infractions de contacts sexuels, d'exploitation sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels, lesquelles visaient toutes à protéger les mineurs et aucune d'entre elles n'exigeait de pénétration. Par conséquent, le libellé et l'historique de la disposition sur la bestialité ainsi que l'évolution de sa réalité sociale jusqu'en 1988 mènent à la conclusion que le Parlement voulait, ou supposait à tout le moins, que la pénétration ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction.

L'absence d'exigence de pénétration n'élargit pas la portée de la bestialité. Il s'agit plutôt d'un reflet de la supposition logique du Parlement que, comme il est physiquement impossible de pénétrer la plupart des animaux et comme la pénétration est un acte qui est physiquement impossible à accomplir par la moitié de la population, en faire un élément constitutif de l'infraction soustrait à la censure la plupart des actes d'exploitation sexuelle commis avec des animaux. Les actes de nature sexuelle commis avec des animaux relèvent intrinsèquement de l'exploitation, qu'il y ait ou non pénétration, et la prévention de l'exploitation sexuelle était la raison d'être des modifications de 1988.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêt non suivi : *R. c. M.G.*, 2002 CanLII 45200; **arrêts mentionnés :** *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915; *Townsend c. Kroppmanns*, 2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42, [2007] 3 R.C.S. 217; *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214; *Nadeau c. Gareau*, [1967] R.C.S. 209; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Cozins* (1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272; *R. c. Bourne* (1952), 36 Cr. App. R. 125; *Henry c. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL); *R. c. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *Perka c. La*

[1980] 2 S.C.R. 493; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487; *R. v. Jacobs* (1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *R. v. Ruvinsky*, [1998] O.J. No. 3621 (QL); *R. v. Poirier*, C.Q. Chicoutimi, Nos. 150-01-001993-923 and 150-01-002026-921, February 2, 1993.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Summers, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *Henry v. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL); *R. v. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Reece v. Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238, 513 A.R. 199; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. K.D.H.*, 2012 ABQB 471, 546 A.R. 248; *R. v. J.J.B.B.*, 2007 BCPC 426; *R. v. Black*, 2007 SKPC 46, 296 Sask. R. 289.

Statutes and Regulations Cited

Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person (U.K.), 9 Geo. 4, c. 31, s. 18.

Act respecting Offences against Public Morals and Public Convenience, R.S.C. 1886, c. 157, s. 1.

Act respecting Offences against the Person, S.C. 1869, c. 20, s. 63.

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 3.

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24, s. 3 (Bill C-15).

Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125 (Bill C-127).

Acte for the punysshement of the vice of Buggerie (Eng.), 25 Hen. 8, c. 6 (rep. 1553; re-en. 1562).

Bill 178, *A Bill to Establish a Code of Indictable Offences and the Procedure relating thereto* (U.K.), 1878, s. 101(a) (1878 Draft Code).

Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, s. 202.

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 202, 542(a).

Reine, [1984] 2 R.C.S. 232; *Gralewicz c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *R. c. Jacobs* (1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Ruvinsky*, [1998] O.J. No. 3621 (QL); *R. c. Poirier*, C.Q. Chicoutimi, n^{os} 150-01-001993-923 et 150-01-002026-921, 2 février 1993.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Summers, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *Henry c. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL); *R. c. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Reece c. Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238, 513 A.R. 199; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. K.D.H.*, 2012 ABQB 471, 546 A.R. 248; *R. c. J.J.B.B.*, 2007 BCPC 426; *R. c. Black*, 2007 SKPC 46, 296 Sask. R. 289.

Lois et règlements cités

Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person (R.-U.), 9 Geo. 4, c. 31, art. 18.

Acte concernant les crimes et délits contre les mœurs et la tranquillité publiques, S.R.C. 1886, c. 157, art. 1.

Acte concernant les offenses contre la Personne, S.C. 1869, c. 20, art. 63.

Acte for the punysshement of the vice of Buggerie (Angl.), 25 Hen. 8, c. 6 (abr. 1553; ré-éd. 1562).

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 4(5), 8(3), 9, 151, 153, 159, 160, 172, 173, 179(1), (2), 445.1(1)a).

Code criminel, S.C. 1953-54, c. 51, art. 3(6), 8, 147, 387(1)a), 661.

Code criminel, S.R.C. 1906, c. 146, art. 202.

Code criminel, S.R.C. 1927, c. 36, art. 202, 542a).

Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 3(6), 154, 155.

Code criminel, 1892, S.C. 1892, c. 29, art. 174.

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 45(2), (3).

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, c. 125 (projet de loi C-127).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 3(6), 154, 155.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 4(5), 8(3), 9,
 151, 153, 159, 160, 172, 173, 179(1), (2), 445.1(1)(a).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 3(6), 8, 147,
 387(1)(a), 661.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 174.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 45(2), (3).
Offences against the Person Act, 1861 (U.K.), 24 & 25
 Vict., c. 100, ss. 61, 63.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 15.
Sexual Offences Act, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69,
 s. 12(1).
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6, s. 54.
Tougher Penalties for Child Predators Act, S.C. 2015,
 c. 23, s. 5.

Authors Cited

2015 *Annotated Tremear's Criminal Code*, by David Watt and Michelle Fuerst. Toronto: Carswell, 2014.
 Ben-Atar, Doron S., and Richard D. Brown. *Taming Lust: Crimes Against Nature in the Early Republic*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.
 Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell Co., 1984.
 Brown, Desmond H. *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*. Toronto: Osgoode Society, 1989.
 Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*. Toronto: Carswell & Co., 1890.
 Cambridge Department of Criminal Science. *Sexual Offences: A Report of the Cambridge Department of Criminal Science*. London: MacMillan & Co., 1957.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XVII, 1st Sess., 32nd Parl., August 4, 1982, p. 20041.
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, pp. 18-19.
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., February 17, 1987, pp. 66-67.
 Canada. Law Reform Commission. Report 31. *Report on Recodifying Criminal Law*, revised and enlarged edition of Report 30. Ottawa: The Commission, 1987.

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 1987, c. 24, art. 3 (projet de loi C-15).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.), art. 3.
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6, art. 54.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 15.
Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants, L.C. 2015, c. 23, art. 5.
Offences against the Person Act, 1861 (R.-U.), 24 & 25 Vict., c. 100, art. 61, 63.
 Projet de loi 178, *A Bill to Establish a Code of Indictable Offences and the Procedure relating thereto* (R.-U.), 1878, art. 101(a) (*Draft Code de 1878*).
Sexual Offences Act, 1956 (R.-U.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, art. 12(1).

Doctrine et autres documents cités

2015 *Annotated Tremear's Criminal Code*, by David Watt and Michelle Fuerst, Toronto, Carswell, 2014.
 Ben-Atar, Doron S., and Richard D. Brown. *Taming Lust : Crimes Against Nature in the Early Republic*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014.
 Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*, Toronto, Carswell Co., 1984.
 Brown, Desmond H. *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, Osgoode Society, 1989.
 Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*, Toronto, Carswell & Co., 1890.
 Cambridge Department of Criminal Science. *Sexual Offences : A Report of the Cambridge Department of Criminal Science*, London, MacMillan & Co., 1957.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XVII, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 août 1982, p. 20041.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, n° 1, 2^e sess., 33^e lég., 27 novembre 1986, p. 18-19.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, n° 9, 2^e sess., 33^e lég., 17 février 1987, p. 66-67.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 10, *Rapport sur les infractions sexuelles*, Ottawa, La Commission, 1978.

- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 10. *Report on Sexual Offences*. Ottawa: The Commission, 1978.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 22. *Criminal Law: Sexual Offences*. Ottawa: The Commission, 1978.
- Canada. Royal Commission on the Revision of Criminal Code. *Report of Royal Commission on the Revision of Criminal Code: Reports of Special Committee (Session 1952-53) on the Bill No. 93 (Letter O of the Senate) "An Act Respecting the Criminal Law"*. Ottawa: Edmond Cloutier, 1954.
- Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London: E. and R. Brooke, 1797 (first published 1644).
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Crankshaw's Criminal Code of Canada*, 7th ed., by A. E. Popple. Toronto: Carswell Co., 1959.
- East, Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I. London: A. Strahan, 1803 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1972).
- Eskridge, William N., Jr. *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003*. New York: Viking, 2008.
- Gigeroff, Alex K. *Sexual Deviations in the Criminal Law: Homosexual, Exhibitionistic, and Pedophilic Offences in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1968.
- Great Britain. Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences. *Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences: with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*. London: George Edward Eyre and William Spottiswoode, 1879.
- Hale, Matthew. *Historia Placitorum Coronae: The History of the Pleas of the Crown*, vol. I. London: E. and R. Nutt and R. Gosling, 1736 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1971).
- Hale, Matthew. *Pleas of the Crown: A Methodical Summary*. London: Assigns of Richard and Edward Atkyns, 1678 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1972).
- Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed., by J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966.
- Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1962.
- Lagarde, Irénée. *Nouveau Code Criminel Annoté*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1957.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 22, *Droit pénal : infractions sexuelles*, Ottawa, La Commission, 1978.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal*, édition révisée et augmentée du rapport n° 30, Ottawa, La Commission, 1987.
- Canada. Commission royale pour la revision du Code criminel. *Rapport de la Commission royale pour la revision du Code criminel : Rapports du Comité spécial chargé de l'étude du Bill n° 93 (Lettre O du Sénat) « Loi concernant le droit criminel » (Session de 1952-1953)*, Ottawa, Edmond Cloutier, 1954.
- Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*, London, E. and R. Brooke, 1797 (first published 1644).
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.
- Crankshaw's Criminal Code of Canada*, 7th ed., by A. E. Popple, Toronto, Carswell Co., 1959.
- East, Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I, London, A. Strahan, 1803 (reprinted London, Professional Books Ltd., 1972).
- Eskridge, William N., Jr. *Dishonorable Passions : Sodomy Laws in America, 1861-2003*, New York, Viking, 2008.
- Gigeroff, Alex K. *Sexual Deviations in the Criminal Law : Homosexual, Exhibitionistic, and Pedophilic Offences in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1968.
- Grande-Bretagne. Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences. *Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences : with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*. London, George Edward Eyre and William Spottiswoode, 1879.
- Hale, Matthew. *Historia Placitorum Coronae : The History of the Pleas of the Crown*, vol. I, London, E. and R. Nutt and R. Gosling, 1736 (reprinted London, Professional Books Ltd., 1971).
- Hale, Matthew. *Pleas of the Crown : A Methodical Summary*, London, Assigns of Richard and Edward Atkyns, 1678 (reprinted London, Professional Books Ltd., 1972).
- Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed., by J. W. Cecil Turner, Cambridge, University Press, 1966.
- Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1962.
- Lagarde, Irénée. *Nouveau Code Criminel Annoté*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.

- Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Martin, J. C. *The Criminal Code of Canada: With Annotations and Notes*. Toronto: Cartwright & Sons, Ltd., 1955.
- Miletski, Hani. "A history of bestiality", in Andrea M. Beetz and Anthony L. Podberscek, eds., *Bestiality and Zoophilia: Sexual Relations with Animals*. West Lafayette, Indiana: Purdue University Press, 2005, 1.
- Murrin, John M. "“Things Fearful to Name”: Bestiality in Colonial America" (1998), 65:Supp. *Pennsylvania History* 8.
- Niemoeller, A. F. *Bestiality and the Law: A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present*. Girard, Kansas: Haldeman-Julius Publications, 1946.
- Osborn, P. G. *A Concise Law Dictionary*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1954, "buggery".
- Parker, Graham. "Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime", in Louis A. Knafla, ed., *Crime, Police and the Courts in British History*. Westport, CT: Meckler, 1990, 285.
- Russell, William Oldnall. *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, 5th ed., by Samuel Prentice. London: Stevens & Sons, 1877.
- Smith, J. C., and Brian Hogan. *Criminal Law*. London: Butterworths, 1965.
- Stephen, James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*. St. Louis: F. H. Thomas and Co., 1878 (reprinted Littleton, Colorado: Fred B. Rothman & Co., 1991).
- Stephen, James Fitzjames. *A General View of the Criminal Law of England*, 2nd ed. London: MacMillan and Co., 1890.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. II. London: MacMillan and Co., 1883 (reprinted Buffalo, N.Y.: William S. Hein & Co., 1983).
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c., &c.* Toronto: Carswell Co., 1893.
- Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, as amended and in force on the 1st day of November, 1874, in the Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, and, on the 1st day of January, 1875, in British Columbia, with Notes, Commentaries, Precedents of*
- Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.
- Martin, J. C. *The Criminal Code of Canada : With Annotations and Notes*, Toronto, Cartwright & Sons, Ltd., 1955.
- Miletski, Hani. « A history of bestiality », in Andrea M. Beetz and Anthony L. Podberscek, eds., *Bestiality and Zoophilia : Sexual Relations with Animals*, West Lafayette (Indiana), Purdue University Press, 2005, 1.
- Murrin, John M. « “Things Fearful to Name” : Bestiality in Colonial America » (1998), 65:Supp. *Pennsylvania History* 8.
- Niemoeller, A. F. *Bestiality and the Law : A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present*, Girard (Kansas), Haldeman-Julius Publications, 1946.
- Osborn, P. G. *A Concise Law Dictionary*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1954, « buggery ».
- Parker, Graham. « Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime », in Louis A. Knafla, ed., *Crime, Police and the Courts in British History*, Westport (CT), Meckler, 1990, 285.
- Russell, William Oldnall. *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, 5th ed., by Samuel Prentice, London, Stevens & Sons, 1877.
- Smith, J. C., and Brian Hogan. *Criminal Law*, London, Butterworths, 1965.
- Stephen, James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, St. Louis, F. H. Thomas and Co., 1878 (reprinted Littleton (Colorado), Fred B. Rothman & Co., 1991).
- Stephen, James Fitzjames. *A General View of the Criminal Law of England*, 2nd ed., London, MacMillan and Co., 1890.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. II, London, MacMillan and Co., 1883 (reprinted Buffalo (N.Y.), William S. Hein & Co., 1983).
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c., &c.*, Toronto, Carswell Co., 1893.
- Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, as amended and in force on the 1st day of November, 1874, in the Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, and, on the 1st day of January, 1875, in British Columbia, with Notes, Commentaries, Precedents of*

Indictments, &c., &c., &c. Montréal: Lovell Printing and Publishing Co., 1874.

Thomas, Courtney. “Not Having God Before his Eyes’: Bestiality in Early Modern England” (2011), 26 *The Seventeenth Century* 149.

Tremear’s Annotated Criminal Code: Canada, 6th ed., by Leonard J. Ryan. Toronto: Carswell Co., 1964.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J. and Lowry and Goepel J.J.A.), 2015 BCCA 169, 371 B.C.A.C. 51, 636 W.A.C. 51, 325 C.C.C. (3d) 73, 20 C.R. (7th) 413, [2015] B.C.J. No. 773 (QL), 2015 CarswellBC 1025 (WL Can.), setting aside the conviction for bestiality entered by Romilly J., 2013 BCSC 1327, [2013] B.C.J. No. 1620 (QL), 2013 CarswellBC 2238 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Mark K. Levitz, Q.C., and Laura Drake, for the appellant.

Eric Purtzki and Garth Barriere, for the respondent.

Peter Sankoff and Camille Labchuk, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown J.J. was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] Sixty years ago, Parliament added an offence called bestiality to the English version of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 147 (the “1955 revisions”), but did not define its elements. Through successive — and substantial — amendments to the sexual offence provisions of the *Code*, Parliament has retained the offence of bestiality to the present day, but has never defined it. The crime is in fact a very old one which, at various times in its history, has also been referred to as a type of sodomy or buggery. But by whatever name it has been known in its

Indictments, &c., &c., &c. Montréal, Lovell Printing and Publishing Co., 1874.

Thomas, Courtney. « “Not Having God Before his Eyes” : Bestiality in Early Modern England » (2011), 26 *The Seventeenth Century* 149.

Tremear’s Annotated Criminal Code: Canada, 6th ed., by Leonard J. Ryan, Toronto, Carswell Co., 1964.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*, Toronto, Butterworths, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel), 2015 BCCA 169, 371 B.C.A.C. 51, 636 W.A.C. 51, 325 C.C.C. (3d) 73, 20 C.R. (7th) 413, [2015] B.C.J. No. 773 (QL), 2015 CarswellBC 1025 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité de bestialité inscrite par le juge Romilly, 2013 BCSC 1327, [2013] B.C.J. No. 1620 (QL), 2013 CarswellBC 2238 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Mark K. Levitz, c.r., et Laura Drake, pour l’appelante.

Eric Purtzki et Garth Barriere, pour l’intimé.

Peter Sankoff et Camille Labchuk, pour l’intervenant.

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

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Il y a 60 ans, le législateur a ajouté une infraction appelée « *bestiality* » (bestialité) à la version anglaise du *Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51, art. 147 (la « révision de 1955 »), sans toutefois en définir les éléments constitutifs. Par le truchement de modifications successives — et substantielles — apportées aux dispositions du *Code* portant sur les infractions d’ordre sexuel, le législateur a maintenu l’infraction de bestialité jusqu’à ce jour, mais il ne l’a jamais définie. Il s’agit en fait d’une très ancienne infraction qui, à diverses époques, a aussi

long history, sexual penetration has always been one of its essential elements. Whether that is still the case under our present *Code* is the question that divided the British Columbia courts and now comes to us on appeal.

[2] The appellant Crown argues that bestiality no longer requires penetration, and is committed by engaging in any sexual activity with an animal. This submission asks us, in effect, to create a new crime. But that is not our role.

[3] In Canada, there can be no liability for common law crimes apart from criminal contempt of court: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 9. As a result, changes to the scope of criminal liability must be made by Parliament; judges are not to change the elements of crimes in ways that seem to them to better suit the circumstances of a particular case: D. H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892* (1989), at pp. 124 and 148. To accept the Crown's invitation to expand the scope of the crime of bestiality would be to turn back the clock and re-enter the period before codification of our criminal law, a period when the courts rather than Parliament could change the elements of criminal offences. My colleague Justice Abella is of the view that accepting the Crown's position on this appeal would not widen the scope of bestiality. But of course it would. That is the point of the Crown's position. If the Crown's proposed changes to the elements of bestiality are to be made, they must be made by Parliament.

[4] Like the majority of the Court of Appeal, I conclude that penetration remains, as it has always been, an essential element of the offence of bestiality. I would dismiss the appeal.

été décrite comme une forme de sodomie. Mais, quel que soit le nom qu'on lui a donné au cours de sa longue histoire, la pénétration sexuelle a toujours constitué un de ses éléments essentiels. La question de savoir si cela est toujours le cas selon le *Code* actuel a divisé les tribunaux de la Colombie-Britannique et nous en sommes maintenant saisis dans le présent pourvoi.

[2] Le ministère public appelant soutient que l'infraction de bestialité n'exige plus la pénétration, et qu'elle est commise lorsqu'une personne se livre à une activité sexuelle avec un animal. En avançant cette thèse, il nous demande en fait de créer un nouveau crime. Or, là n'est pas notre rôle.

[3] Au Canada, on ne peut être tenu responsable d'un crime de common law, hormis l'outrage criminel au tribunal (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 9). Par conséquent, seul le législateur peut modifier l'étendue de la responsabilité criminelle; les juges ne peuvent modifier les éléments constitutifs d'un crime d'une façon qui, selon eux, conviendrait mieux dans les circonstances d'une affaire (D. H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892* (1989), p. 124 et 148). Accepter l'invitation du ministère public d'étendre la portée du crime de bestialité équivaldrait à faire reculer l'horloge du temps et à revenir à l'époque antérieure à la codification de notre droit criminel, une période au cours de laquelle les tribunaux et non le législateur pouvaient modifier les éléments constitutifs des infractions criminelles. Ma collègue la juge Abella estime qu'accepter la thèse du ministère public n'aurait pas pour effet d'élargir la portée de la bestialité. Mais il va sans dire que ce serait le cas. C'est la raison d'être de la thèse du ministère public. S'il convient de modifier les éléments du crime de bestialité de la manière proposée par le ministère public, c'est au législateur qu'il revient de le faire.

[4] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je conclus que la pénétration demeure, comme cela a toujours été le cas, un élément essentiel de l'infraction de bestialité. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Outline of the Facts and Judicial History

[5] This appeal relates solely to the respondent D.L.W.'s conviction for a single count of bestiality. That conviction was entered after a 38-day trial, at which the respondent was also convicted of numerous other sexual offences against his two step-daughters committed over the course of 10 years: 2013 BCSC 1327. Both victims testified that the respondent began sexually fondling them by the age of 12 and, by the time they turned 14, he was forcing them to engage in oral sex and sexual intercourse and encouraging them to perform sex acts with each other. He was sentenced to a total of 16 years' imprisonment. For the bestiality conviction in relation to the older complainant, he received a sentence of two years to run consecutively to sentences totalling 14 years imposed in relation to the other offences: 2014 BCSC 43.

[6] The trial judge, Romilly J., found that the respondent first brought the family dog into the bedroom with the complainant when she was 15 or 16 years old. He attempted to make the dog have intercourse with her and, when that failed, he spread peanut butter on her vagina and took photographs while the dog licked it off. He later asked her to do this again so he could make a video. The judge found that the respondent did all of this for a sexual purpose: 2013 BCSC 1327, at paras. 317-18 (CanLII).

[7] Bestiality is not defined in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides simply:

160 (1) Every person who commits bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

II. Aperçu des faits et historique judiciaire

[5] Le présent pourvoi concerne seulement la déclaration de culpabilité de l'intimé D.L.W. quant à un seul chef d'accusation de bestialité. Cette déclaration de culpabilité a été prononcée au terme d'un procès de 38 jours, à l'issue duquel l'intimé a aussi été reconnu coupable de nombreuses autres infractions d'ordre sexuel commises contre ses deux belles-filles sur une période de 10 ans (2013 BCSC 1327). Les deux victimes ont déclaré que l'intimé avait commencé à se livrer à des attouchements sexuels sur leur personne quand elles avaient 12 ans et que, lorsqu'elles ont eu 14 ans, il les forçait à avoir des rapports sexuels oraux et à avoir des relations sexuelles, et il les encourageait à se livrer à des actes sexuels entre elles. Il a été condamné à purger un total de 16 ans d'emprisonnement. En ce qui concerne la déclaration de culpabilité pour bestialité à l'égard de la plaignante plus âgée, il a été condamné à une peine de deux ans à purger consécutivement aux autres peines totalisant 14 ans infligées à l'égard des autres infractions (2014 BCSC 43).

[6] Le juge du procès, le juge Romilly, a conclu que la plaignante était âgée de 15 ou 16 ans la première fois que l'intimé a amené le chien de la famille dans la chambre avec elle. L'intimé a alors tenté de faire en sorte que le chien ait des rapports sexuels avec elle et, lorsque cela n'a pas fonctionné, il a étendu du beurre d'arachides sur son vagin et a pris des photos pendant que le chien le léchait. Il a par la suite demandé à la plaignante de le refaire pour qu'il puisse l'enregistrer sur vidéo. Le juge a conclu que l'intimé avait agi de la sorte à des fins d'ordre sexuel (2013 BCSC 1327, par. 317-318 (CanLII)).

[7] Le terme « bestialité » n'est pas défini dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui dispose simplement que :

160 (1) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, quiconque commet un acte de bestialité.

The issue at trial and both levels of appeal concerns whether penetration is an essential element of the offence. If it is, the respondent must be acquitted as the alleged acts did not involve sexual penetration.

[8] The trial judge accepted the Crown's position that penetration is not required. In his view, bestiality in the *Code* means touching between a person and an animal for a person's sexual purpose. Relying on *R. v. M.G.*, 2002 CanLII 45200 (C.Q.), the judge rejected the notion that the elements of bestiality were "frozen in time", preferring instead to interpret the elements of bestiality so that they would "reflect current views on what constitutes prohibited sexual acts": paras. 314-15. He held that the respondent was a party to this offence because he facilitated the complainant's participation in bestiality by encouraging her to do so and by using the peanut butter: para. 320. The judge also concluded that the Crown had failed to prove that the respondent had compelled the complainant to commit the offence: para. 326. In other words, the trial judge in effect held that the complainant was the principal (but uncharged) offender and the respondent was a party to the offence which the complainant had committed. The Crown refers to this conclusion as "questionable" but it is relevant to the legal issue we face in this appeal to consider that the Crown's position, if accepted, could have the effect of turning the victim into an offender.

[9] A majority of the Court of Appeal (Goepel J.A. writing for himself and Lowry J.A.) allowed the respondent's appeal against the bestiality conviction and acquitted the respondent of the bestiality count: 2015 BCCA 169, 371 B.C.A.C. 51. The majority concluded that the term "bestiality" had a common law meaning that included penetration as one of its essential elements. The legislative history of the offence in Canada, the majority decided, did not show any parliamentary intent to depart from that meaning. Bauman C.J.B.C., dissenting, would have

La question soulevée au procès et aux deux instances d'appel concerne le point de savoir si la pénétration est un élément essentiel de l'infraction. Dans l'affirmative, l'intimé doit être acquitté étant donné que les actes reprochés n'impliquaient pas de pénétration sexuelle.

[8] Le juge du procès a retenu la thèse du ministère public selon laquelle la pénétration n'est pas nécessaire. À son avis, la bestialité au sens du *Code* s'entend des attouchements auxquels se livre une personne avec un animal à des fins d'ordre sexuel. S'appuyant sur *R. c. M.G.*, 2002 CanLII 45200 (C.Q.), le juge a rejeté l'idée que les éléments constitutifs de la bestialité étaient [TRADUCTION] « figé[s] dans le temps », préférant plutôt les interpréter de façon à ce qu'ils « reflètent ce qui est considéré de nos jours comme des actes sexuels prohibés » (par. 314-315). Il a conclu que l'intimé avait participé à cette infraction parce qu'il avait facilité la perpétration d'actes de bestialité par la plaignante en l'encourageant à les commettre et en utilisant du beurre d'arachides (par. 320). Toujours selon le juge, le ministère public n'a pas établi que l'intimé avait forcé la plaignante à commettre l'infraction (par. 326). Autrement dit, le juge du procès a, dans les faits, conclu que la plaignante était la principale auteure de l'infraction (mais non inculpée) et l'intimé, un participant à l'infraction commise par la plaignante. Le ministère public qualifie cette conclusion de [TRADUCTION] « douteuse », mais elle est pertinente quant à la question de droit à laquelle nous devons répondre en l'espèce puisque, si elle est acceptée, la thèse du ministère aurait pour effet de faire de la victime l'auteure de l'infraction.

[9] La majorité de la Cour d'appel (le juge Goepel s'exprimant en son nom et en celui du juge Lowry) a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre la déclaration de culpabilité pour bestialité et elle l'a acquitté de ce chef d'accusation (2015 BCCA 169, 371 B.C.A.C. 51). La majorité a conclu que, suivant le sens qui a été donné au terme « bestialité » en common law, la pénétration est un élément essentiel de l'infraction de bestialité. Selon les juges majoritaires, l'historique législatif de l'infraction au Canada ne démontre pas que le législateur a voulu s'écarter de

dismissed the appeal. He found that penetration was not an element of bestiality under the Canadian offence brought into force in 1955. The Crown appeals to this Court as of right by virtue of that dissent.

[10] The only issue is whether the majority of the Court of Appeal was wrong to conclude that penetration is an essential element of the offence of bestiality in s. 160(1) of the *Code*.

III. Analysis

A. *The Parties' Positions*

[11] The Crown's position is, first, that the term "bestiality" does not have a well-established and well-understood meaning in common law. In the early days of Canada's *Criminal Code*, sexual activity with an animal was criminalized, in the English version, as buggery, an offence which, in the Crown's submission, related only to anal intercourse, whether between humans or between a human and an animal. Next, the Crown submits that when the term "bestiality" was first used in the English version of the *Code* in the 1955 revisions, Parliament intended to separate it from the common law conception of buggery and give it its own meaning. Further, the argument goes that additional amendments to the *Code* effective in 1988 show that Parliament must have assumed that the term "bestiality" encompassed sexual activity of any kind between a human and an animal.

[12] The respondent, on the other hand, submits that when the term "bestiality" was introduced into the English version of the *Code* in 1955, that term had a specific, well-established and well-known legal meaning: vaginal or anal penetration between a human and an animal. Parliament, when it employed the term without further definition, must have intended its normal legal sense. None of the amendments on which the Crown relies affected the definition of the elements of the offence; Parliament simply continued to use the term without statutory definition.

ce sens. Le juge en chef Bauman, dissident, aurait rejeté l'appel. Il a conclu que la pénétration n'était pas un élément constitutif de l'infraction canadienne de bestialité qui est entrée en vigueur en 1955. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant la Cour en raison de cette dissidence.

[10] La seule question en litige est de savoir si la majorité de la Cour d'appel a eu tort de conclure que la pénétration est un élément essentiel de l'infraction de bestialité prévue au par. 160(1) du *Code*.

III. Analyse

A. *Les thèses des parties*

[11] Le ministère public soutient d'abord que le terme « bestialité » n'a pas une signification bien établie et définie en common law. Le *Code criminel* du Canada a d'abord assimilé — si l'on se réfère à la version anglaise — le fait de se livrer à des activités sexuelles avec un animal au crime de sodomie, qui concernait uniquement, selon le ministère public, les relations anales entre êtres humains ou entre un être humain et un animal. Le ministère public fait valoir ensuite que, lorsque le terme « *bestiality* » a été utilisé pour la première fois dans la version anglaise du *Code* lors de la révision de 1955, le législateur voulait distinguer la bestialité de la notion de sodomie en common law et lui donner sa propre signification. Toujours selon le ministère public, d'autres modifications apportées au *Code* en 1988 montrent que le législateur doit avoir tenu pour acquis que le terme « bestialité » englobe toute activité sexuelle entre un être humain et un animal.

[12] L'intimé, pour sa part, fait valoir que, lorsque le terme « *bestiality* » a été introduit dans la version anglaise du *Code* en 1955, il avait une signification précise, bien établie et bien connue en droit : la pénétration vaginale ou anale impliquant un être humain et un animal. Le législateur doit avoir voulu utiliser ce terme dans son sens juridique habituel lorsqu'il l'a employé sans le définir. Aucune des modifications sur lesquelles s'appuie le ministère public n'a eu d'incidence sur la définition des éléments de l'infraction; le législateur a simplement continué d'utiliser le terme sans le définir dans la loi.

B. *The Analytical Approach*

[13] The debate in this Court concerns whether the term “bestiality” has a well-understood legal meaning in the common law and, if so, whether Parliament intended to depart from that meaning when it used the word without further definition in the English version of the *Code*. At the root of the issue, therefore, is the question of how the common law and the statutory offences in the *Code* interact. This is an important question of principle that has implications far beyond this particular offence.

[14] The common law “forms an important and complex part of the context in which legislation is enacted and operates and in which it must be interpreted”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §17.1. Nowhere in our law is this observation more apt than in relation to our *Code*.

[15] As I mentioned at the outset, criminal offences in Canada since 1955 have been entirely statutory (with the exception of criminal contempt). However, the common law continues to play an important role in defining criminal conduct. Defining the elements of statutory offences often requires reference to common law concepts: *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 930. Those concepts continue not only to illuminate the definition of statutory offences but also to give “content to the various principles of criminal responsibility those definitions draw from”: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 736. Many of the “basic premises” of the criminal law — the necessary conditions for criminal liability — are left to the common law: Law Reform Commission of Canada, Report 31, *Report on Recodifying Criminal Law* (1987), at p. 17.

[16] To take one obvious example, the mental element of many crimes is not specified in the *Code*.

B. *La méthode d'analyse*

[13] Le débat devant la Cour porte sur la question de savoir si le terme « *bestiality* » a un sens juridique bien défini en common law et, dans l'affirmative, si le législateur a voulu s'écarter de cette signification lorsqu'il a utilisé le terme sans le définir dans la version anglaise du *Code*. Le point de savoir comment interagissent la common law et les infractions prévues par le *Code* est donc au cœur du litige. Il s'agit d'une question de principe importante dont les ramifications vont bien au-delà de l'infraction de bestialité.

[14] La common law [TRADUCTION] « constitue une partie importante et complexe du contexte dans lequel les lois sont adoptées et s'appliquent, et dans lequel elles doivent être interprétées » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §17.1). Cette observation n'est plus juste nulle part ailleurs en droit canadien qu'à l'égard de notre *Code*.

[15] Comme je l'ai mentionné d'entrée de jeu, depuis 1955, les infractions criminelles au Canada sont entièrement créées par la loi (sauf l'outrage criminel au tribunal). Toutefois, la common law continue de jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un comportement criminel. En effet, il faut souvent recourir à des notions de common law pour définir les éléments d'une infraction créée par la loi (*United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 930). Ces notions continuent non seulement d'éclairer la définition des infractions créées par la loi mais elles donnent également « substance aux divers principes de responsabilité criminelle dont ces définitions s'inspirent » (*R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 736). Bon nombre des « prémisses fondamentales » du droit criminel — les conditions nécessaires à la responsabilité criminelle — relèvent de la common law (Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 31, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987), p. 17).

[16] À titre d'exemple évident, l'élément moral de nombreux crimes n'est pas précisé dans le *Code*.

Yet, absent a contrary indication, Parliament is presumed to intend that true crimes have a subjective fault component. This is presumed because Parliament is taken to know that under the common law the act is not guilty unless the mind is guilty (*actus non facit reum nisi mens sit rea*): see, e.g., *R. v. A.D.H.*, 2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269, at paras. 20-23. Of course, Parliament can provide otherwise, but where it does not, the common law principle is applied.

[17] The question of how the common law interacts with statutory criminal law is not a new one. It is addressed, for example, by several pages of Sir James Fitzjames Stephen's *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, at pp. 187-92. He concluded that there are four main ways in which criminal statutes may relate to the common law. The statute law may simply assume the continuing existence of some general principles and definitions of certain crimes. The statutes, in some instances, provide that some of those offences, aggravated or modified in particular ways, are subject to special punishments. In other instances, the statutes create offences unknown to the common law and, in a few cases, alter the principles and clarify the definitions of the common law. Determining which of these sorts of interactions applies in a particular offence is a matter of statutory interpretation.

[18] A number of principles guide statutory interpretation in this sort of case. The three most important are these. First, when Parliament uses a legal term with a well-understood legal meaning, it is presumed that Parliament intended to incorporate that legal meaning into the statute. Second, any departure from that legal meaning must be clear, either by express language or necessary implication from the statute. Finally, apart from criminal contempt, there can be no liability for common law crimes. Creating and defining crimes is for Parliament; the courts must not expand the scope of criminal liability beyond that established by Parliament.

Pourtant, sauf indication contraire, le législateur est présumé avoir voulu que les véritables crimes comportent un élément de faute subjectif. Il en est ainsi parce que le législateur est censé savoir que, selon la common law, un acte ne rend pas son auteur coupable à moins que ce dernier ait une intention coupable (*actus non facit reum nisi mens sit rea*) (voir, p. ex., *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269, par. 20-23). Bien sûr, le législateur peut en disposer autrement, mais s'il ne le fait pas, le principe de common law s'applique.

[17] La question de savoir comment la common law interagit avec la législation criminelle ne date pas d'hier. Par exemple, Sir James Fitzjames Stephen en traite sur plusieurs pages dans son ouvrage intitulé *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, p. 187-192. Il conclut que les lois criminelles peuvent interagir avec la common law de quatre principales façons. D'abord, il arrive que les lois tiennent simplement pour acquis que des définitions et principes généraux relatifs à certains crimes subsistent. Il arrive aussi parfois qu'elles rendent passibles de peines spéciales certains de ces crimes, sous une forme aggravée ou modifiée de façon particulière. Dans d'autres cas, les lois créent des infractions qui n'existent pas en common law et, dans certains cas, elles modifient les principes et clarifient les définitions de la common law. Déterminer laquelle de ces interactions entre en jeu dans le cas d'une infraction donnée est une question d'interprétation législative.

[18] Un certain nombre de principes guident l'interprétation des textes de loi dans un cas de ce genre, dont voici les trois principaux. Premièrement, lorsque le législateur utilise un terme juridique au sens juridique bien défini, on présume qu'il a voulu incorporer cette signification juridique dans la loi. Deuxièmement, toute dérogation au sens juridique doit découler clairement des termes exprès de la loi ou s'en dégager par déduction nécessaire. Enfin, nul ne peut être tenu responsable d'un crime de common law, sauf l'outrage criminel au tribunal. Il revient au législateur de créer et de définir les crimes; les tribunaux ne doivent pas élargir la portée de la responsabilité criminelle au-delà de celle établie par le législateur.

[19] As I will explain, applying these principles leads me to the following conclusions. The term “bestiality” has a well-established legal meaning and refers to sexual intercourse between a human and an animal. Penetration has always been understood to be an essential element of bestiality. Parliament adopted that term without adding a definition of it and the legislative history and evolution of the relevant provisions show no intent to depart from the well-understood legal meaning of the term. Moreover, the courts should not, by development of the common law, broaden the scope of liability for this offence, as the trial judge did. Any expansion of criminal liability for this offence is within Parliament’s exclusive domain. In short, this case falls within Stephen’s first category: our *Code* assumes the continuing existence of the common law definition of this crime.

C. *The Accepted Legal Meaning of “Bestiality”*

(1) Parliament Intends the Legal Meaning of Legal Terms

[20] When Parliament uses a term with a legal meaning, it intends the term to be given that meaning. Words that have a well-understood legal meaning when used in a statute should be given that meaning unless Parliament clearly indicates otherwise. This principle has been applied in a number of cases such as *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915, at paras. 29-30; *Townsend v. Kroppmanns*, 2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315, at para. 9; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)*, 2007 SCC 42, [2007] 3 S.C.R. 217, at paras. 8-23 and 48-49. Most recently in *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, the Court noted that “Parliament is presumed to know the legal context in which it legislates” and that it is “inconceivable” that Parliament would intend to disturb well-settled law without “explicit language” or by “relying on inferences that could possibly be drawn from the order of certain provisions in the *Criminal Code*”: paras. 55-56.

[19] Comme je vais l’expliquer, l’application de ces principes m’amène à tirer les conclusions suivantes. Le terme « bestialité » a un sens juridique bien établi et il s’entend des rapports sexuels entre un être humain et un animal. La pénétration a toujours été considérée comme un élément essentiel de la bestialité. Le législateur a adopté ce terme sans le définir, et l’historique et l’évolution des dispositions pertinentes ne démontrent pas qu’il avait l’intention de s’écarter de sa signification juridique bien définie. De plus, les tribunaux ne devraient pas, en faisant évoluer la common law, élargir la portée de la responsabilité afférente à cette infraction, comme l’a fait le juge du procès. Tout élargissement de la responsabilité criminelle liée à cette infraction relève de la compétence exclusive du législateur. En bref, la présente espèce entre dans la première catégorie mentionnée par Sir Fitzjames Stephen : notre *Code* tient pour acquis que la définition donnée par la common law à ce crime subsiste.

C. *Sens juridique reconnu de « bestialité »*

(1) Le législateur entend utiliser les termes juridiques dans leur sens juridique

[20] Lorsque le législateur utilise un terme comportant un sens juridique, il veut lui donner ce sens. Lorsqu’ils sont utilisés dans une loi, les mots qui ont une signification juridique bien définie devraient recevoir cette signification, sauf si le législateur indique clairement autre chose. Ce principe a été appliqué dans plusieurs arrêts tels que *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915, par. 29-30; *Townsend c. Kroppmanns*, 2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315, par. 9; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42, [2007] 3 R.C.S. 217, par. 8-23 et 48-49. Plus récemment, dans *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, la Cour a fait remarquer que « le législateur est présumé connaître le contexte juridique dans lequel il légifère » et qu’il est « inconcevable » qu’il ait voulu modifier une règle de droit bien établie sans le faire de « manière explicite » ou en « s’en remettant [. . .] à des inférences susceptibles d’être tirées de l’ordre d’apparition de certaines dispositions dans le *Code criminel* » (par. 55-56).

[21] There is also the related principle of stability in the law. Absent clear legislative intention to the contrary, a statute should not be interpreted as substantially changing the law, including the common law: see, generally, Sullivan, at §17.5; P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at paras. 1793 ff. This principle, if applied too strictly, may lead to refusal to give effect to intended legislative change. But it nonetheless reflects the common sense idea that Parliament is deemed to know the existing law and is unlikely to have intended any significant changes to it unless that intention is made clear: *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214, at p. 219; *Nadeau v. Gareau*, [1967] S.C.R. 209, at p. 218; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at p. 764. This principle is reflected in ss. 45(2) and 45(3) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provide that the amendment of an enactment does not imply any change in the law and that the repeal of an enactment does not make any statement about the previous state of the law.

[22] While these interpretative principles are easy to state, how they apply in particular cases may be controversial. Sometimes, the controversy concerns the state of the common law when Parliament acted: in other words, the debate is about whether the term used had a clearly understood legal meaning when it was incorporated into the statute. For example, that was the source of the disagreement between the majority and minority in *A.Y.S.A.* More often, though, the difficult issue is whether Parliament has indicated an intention to depart from the accepted legal meaning.

[23] Both of these types of dispute arise in this case, and so I turn to the first question: Did the term “bestiality” have a clear legal meaning when Parliament used that term without further definition in the English version of the 1955 *Code*?

[21] Il y a aussi le principe connexe de la stabilité du droit. En l’absence d’une intention contraire exprimée clairement par le législateur, une loi ne devrait pas être interprétée de façon à modifier substantiellement le droit, y compris la common law (voir, de façon générale, Sullivan, §17.5; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1793 et suiv.). Ce principe, s’il est appliqué de façon trop stricte, peut mener au refus de donner effet à une modification que le législateur a souhaité faire. Cependant, il traduit l’idée, conforme au bon sens, que le législateur est censé connaître le droit existant et qu’il n’a probablement pas voulu y apporter de changements importants à moins de l’indiquer clairement (*Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214, p. 219; *Nadeau c. Gareau*, [1967] R.C.S. 209, p. 218; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, p. 764). Ce principe est exprimé aux par. 45(2) et (3) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, qui disposent que la modification d’un texte ne suppose pas un changement des règles de droit et que son abrogation ne constitue pas une déclaration sur l’état antérieur du droit.

[22] Bien que ces principes d’interprétation soient faciles à énoncer, la façon de les appliquer dans un cas particulier peut prêter à controverse. Parfois la controverse porte sur l’état de la common law au moment où le législateur a agi : autrement dit, le débat porte alors sur la question de savoir si le terme utilisé avait un sens juridique bien défini lorsqu’il a été introduit dans la loi. À titre d’exemple, tel était le point de désaccord entre la majorité et la minorité dans *A.Y.S.A.* Le plus souvent toutefois, la question qui pose problème consiste à savoir si le législateur a manifesté l’intention de s’écarter du sens juridique reconnu.

[23] Ces deux types de litige sont présents en l’espèce. Je passe donc à l’examen de la première question : Le terme « *bestiality* » avait-il un sens juridique clair lorsque le législateur l’a utilisé sans le définir dans la version anglaise du *Code* de 1955?

(2) Bestiality Meant Buggery With an Animal and Required Penetration(a) *Introduction*

[24] The ancient offence of sexual intercourse with an animal was, at various times, referred to as a type of sodomy, a type of buggery and as bestiality. As we shall see, whatever it was called, the offence required penetration.

[25] The first Canadian offence of buggery with an animal was taken almost word for word from the English *Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100 (“1861 Act”), s. 61. The offence in substantially that form was carried over into the first English version of the Canadian *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29 (“1892 Code”), and continued to be in force until the offence called bestiality was introduced into the English version of the *Code* in the 1955 revisions: s. 147. It follows that our starting place in developing an understanding of the Canadian law is the English law from which it derived.

(b) *English Offence*

[26] Although bestiality was often subsumed in terms such as sodomy or buggery, penetration was the essence — “the defining act” — of the offence. It was clear that to secure a conviction, the prosecution had to prove that “penetration of an animal, or, in the case of women, penetration by an animal, had occurred”: C. Thomas, “‘Not Having God Before his Eyes’: Bestiality in Early Modern England” (2011), 26 *The Seventeenth Century* 149, at p. 153. This was true from at least the mid-16th century: Thomas, at p. 154; see also A. F. Niemoeller, *Bestiality and the Law: A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present* (1946); and H. Miletski, “A history of bestiality”, in A. M. Beetz and A. L. Podberscek, eds., *Bestiality and Zoophilia: Sexual Relations with Animals* (2005), 1.

(2) La bestialité s’entendait d’un acte de sodomie avec un animal et exigeait une pénétrationa) *Introduction*

[24] L’ancienne infraction consistant à avoir des rapports sexuels avec un animal a été à différentes époques considérée comme un type de sodomie et un acte de bestialité. Comme nous le verrons, quel que soit le nom qu’on lui donnait, l’infraction exigeait qu’il y ait eu pénétration.

[25] La première infraction canadienne de sodomie avec un animal a été tirée presque mot pour mot de la loi d’Angleterre intitulée *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100 (la « *Loi de 1861* »), art. 61. L’infraction a été importée essentiellement sous cette forme dans la première version anglaise du *Code criminel, 1892* canadien, S.C. 1892, c. 29 (« *Code de 1892* »), et elle est demeurée en vigueur jusqu’à ce que l’infraction appelée *bestiality* soit introduite dans la version anglaise du *Code* lors de la révision de 1955 (art. 147). Il faut donc, pour arriver à saisir le droit canadien, prendre comme point de départ le droit anglais d’où il prend sa source.

b) *L’infraction anglaise*

[26] Bien que la bestialité ait souvent été désignée par le terme « sodomie », la pénétration constituait l’élément essentiel — « l’acte définitoire » — de l’infraction. Il ne faisait aucun doute que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la poursuite devait établir qu’[TRADUCTION] « un acte de pénétration avait été commis sur un animal ou, dans le cas d’une femme, que l’acte de pénétration avait été commis par un animal » (C. Thomas, « “Not Having God Before his Eyes” : Bestiality in Early Modern England » (2011), 26 *The Seventeenth Century* 149, p. 153). Il en a été ainsi au moins à partir du milieu du seizième siècle (Thomas, p. 154; voir aussi A. F. Niemoeller, *Bestiality and the Law : A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present* (1946); et H. Miletski, « A history of bestiality », dans A. M. Beetz et A. L. Podberscek, dir., *Bestiality and Zoophilia : Sexual Relations with Animals* (2005), 1).

[27] Originally under the authority of the Church Courts, “buggery comyttid with mankynde or beaste” became a felony in 1533: *An Acte for the punysshement of the vice of Buggerie* (Eng.), 25 Hen. 8, c. 6. It was typically men who were prosecuted for the crime because it was necessary to prove penetration to establish the commission of the offence. Women were therefore “unlikely offenders”: Thomas, at p. 158. There were nevertheless some prosecutions of women for the offence and men were prosecuted for penetrating both male and female animals: Thomas, at p. 158. Edward Coke described buggery as including carnal knowledge (i.e. penetration) between a man or a woman and an animal: *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1797, first published 1644), at p. 59.

[28] The statute from Henry’s time was repealed in 1553 but reinstated in 1562 and remained in that form until it was confirmed in 1828: *An Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person* (U.K.), 9 Geo. 4, c. 31 (the “1828 statute”). That statute of 1828 clarified that “actual Emission of Seed” was not an essential element of the offence, and further that “carnal Knowledge” would be “deemed complete upon Proof of Penetration only”: s. 18; see G. Parker, “Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime”, in L. A. Knafla, ed., *Crime, Police and the Courts in British History* (1990), 285, at pp. 292-93.

[29] All of the other old sources that I have reviewed confirm that penetration was an essential element of the offence and that buggery with an animal was not restricted to anal intercourse: see, e.g., M. Hale, *Pleas of the Crown: A Methodical Summary* (1678), at p. 117; M. Hale, *Historia Placitorum Coronae* (1736), vol. I, at p. 669; E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. I, at p. 480. (I pause to note that, contrary to Justice Abella’s understanding, there was no uncertainty

[27] Relevant au départ des tribunaux ecclésiastiques, l’[TRADUCTION] « acte de sodomie commis avec un être humain ou un animal » est devenu un crime en 1533 (*An Acte for the punysshement of the vice of Buggerie* (Angl.), 25 Hen. 8, c. 6). C’était habituellement des hommes qui faisaient l’objet de poursuites parce qu’il était nécessaire de prouver qu’il y avait eu pénétration pour établir que l’infraction avait été commise. Les femmes étaient donc des [TRADUCTION] « auteures improbables de l’infraction » (Thomas, p. 158). Il arrivait tout de même parfois que des femmes soient poursuivies pour cette infraction, et des hommes faisaient l’objet de poursuites pour avoir pénétré des animaux mâles et femelles (Thomas, p. 158). Edward Coke indique que la sodomie comprend la connaissance charnelle (c.-à-d. la pénétration) entre un homme ou une femme et un animal (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1797, publié pour la première fois en 1644), p. 59).

[28] La loi adoptée à l’époque d’Henri VIII a été abrogée en 1553, mais rétablie en 1562, et elle est demeurée en vigueur sous cette forme jusqu’à ce qu’elle soit confirmée en 1828 (*An Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person* (R.-U.), 9 Geo. 4, c. 31 (la « Loi de 1828 »)). La Loi de 1828 précisait que [TRADUCTION] « l’émission de semence » n’était pas un élément essentiel de l’infraction, et que la « connaissance charnelle » serait « réputée complète sur preuve de la pénétration seule » (art. 18; voir G. Parker, « Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime », dans L. A. Knafla, dir., *Crime, Police and the Courts in British History* (1990), 285, p. 292-293).

[29] Toutes les autres sources anciennes que j’ai étudiées confirment que la pénétration était un élément essentiel de l’infraction et qu’un acte de sodomie commis avec un animal ne se limitait pas à une relation sexuelle anale (voir, p. ex., M. Hale, *Pleas of the Crown : A Methodical Summary* (1678), p. 117; M. Hale, *Historia Placitorum Coronae* (1736), vol. I, p. 669; E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. I, p. 480). (Je signale que, contrairement à ce que pense la juge

about whether penetration was required. Neither the Crown nor the dissenting judge in the Court of Appeal thought that there was any lack of clarity about the fact that penetration was required before the 1955 revisions.)

[30] This was the state of the law when the English *1861 Act* was enacted. Under the title “Unnatural Offences” and with the marginal note “Sodomy and Bestiality”, the *1861 Act* provided:

61. Whosoever shall be convicted of the abominable Crime of Buggery, committed either with Mankind or with any Animal, shall be liable, at the Discretion of the Court, to be kept in Penal Servitude for Life or for any Term not less than Ten Years.

The *1861 Act* in s. 63 also continued the 1828 clarifications that emission of seed was not required but that penetration was.

[31] The fifth edition of *Russell on Crime* deals with the s. 61 offence under the heading “sodomy”, making it clear that that term included buggery “with any animal”: W. O. Russell, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (5th ed. 1877), at p. 879. The author goes on to state that the s. 61 offence “consists in a caranal knowledge committed against the order of nature [i.e. *per anum*] by man with man; or in the same unnatural manner with woman; or by man or woman in any manner with beast”: *ibid.* (emphasis added). “[C]arnal knowledge” meant penetration: *ibid.*, at pp. 879-80. That penetration was required was made explicit in the English 1878 Draft Code: s. 101(a). This is also the case in the Draft Code appended to the *Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences* (1879) (the “1879 Draft Code”), s. 144 (Appendix, at p. 95). That Draft Code tracked the language of the *1861 Act* by providing that “[e]very one shall be guilty of an indictable offence . . . who commits buggery either with a human being or with any other living creature”: *ibid.* The provision went on to specify that the offence was complete upon penetration. In their commentary on the 1879 Draft Code, the Commissioners did not note any change

Abella, il n’y avait aucune incertitude quant à savoir si la pénétration était nécessaire. Ni le ministère public, ni le juge dissident, de la Cour d’appel ne croyaient qu’il y avait de la confusion à cet égard avant la révision de 1955.)

[30] Tel était l’état du droit lorsque la *Loi de 1861* de l’Angleterre a été adoptée. Sous le titre [TRADUCTION] « Infractions contre nature », l’art. 61, auquel était accolé la note marginale « Sodomie et bestialité », était libellé comme suit :

[TRADUCTION] **61.** Quiconque est reconnu coupable du crime abominable de sodomie, commis soit avec un être humain, soit avec un animal, est passible, à la discrétion de la Cour, de travaux forcés à perpétuité ou d’une peine minimale de dix ans.

À l’instar de la *Loi de 1828*, la *Loi de 1861*, à l’art. 63, précisait que l’émission de semence n’était pas requise, mais que la pénétration l’était.

[31] La cinquième édition de *Russell on Crime* traite de l’infraction prévue à l’art. 61 sous la rubrique [TRADUCTION] « sodomie », ce qui indique clairement que le terme englobe un acte de sodomie commis « avec un animal » (W. O. Russell, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (5^e éd. 1877), p. 879). L’auteur ajoute que cette infraction « consiste en une connaissance charnelle contre nature [c.-à-d. anale] entre deux hommes ou une telle connaissance charnelle entre homme et femme, ou toute connaissance charnelle entre un homme ou une femme et un animal » (*ibid.* (je souligne)). Le terme « connaissance charnelle » signifiait pénétration (*ibid.*, p. 879-880). L’exigence de pénétration a été mentionnée expressément dans le *Draft Code* anglais de 1878 (al. 101(a)). Il en est de même dans le *Draft Code* annexé au *Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences* (1879) (le « *Draft Code* de 1879 »), art. 144 (annexe, p. 95). Ce projet de code reprend le libellé de la *Loi de 1861* : [TRADUCTION] « [e]st coupable d’un acte criminel quiconque [. . .] commet un acte de sodomie soit avec un être humain, soit avec tout autre être vivant » (*ibid.*). La disposition précisait en outre que l’infraction était complète dès lors qu’il y avait

from the previous law with respect to the elements of the offence: pp. 21-22.

[32] The requirement for penetration is reflected in Sir James Fitzjames Stephen's *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)* (1878), art. 168, at p. 115. (Remember that since the 1828 statute, it had been clear that the "actual Emission of Seed" was not required and that "carnal Knowledge" would be "deemed complete upon Proof of Penetration only": s. 18.)

[33] The old case law is not abundant, but what there is supports the view that penetration was an essential element of the offence. In *R. v. Cozins* (1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272, a case of bestiality with a ewe, Park J. directed the jury that if there was penetration, even though there had been no emission, the offence was complete.

[34] This understanding of the offence continued in England for many years. Later commentators are almost uniformly of the view that buggery with an animal required penetration. I have already referred to *Russell on Crime*. In 1957, in *Sexual Offences: A Report of the Cambridge Department of Criminal Science*, at p. 345, the director of the department, Leon Radzinowicz, commented on s. 12(1) of the *Sexual Offences Act, 1956* (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, which made it a felony for a person to commit buggery with another person or with an animal. This section is virtually identical to the version of the offence found in the *1861 Act* and therefore to the English version of the Canadian offence up until 1955. The report explains that

[t]he crime consists of carnal knowledge, or sexual intercourse, by man with man *per anum*, man with woman *per anum*, or man or woman with beast in any manner. The word 'sodomy' is frequently used to indicate the

eu pénétration. Dans leurs commentaires concernant le *Draft Code* de 1879, les commissaires n'ont relevé aucune modification du texte législatif antérieur en ce qui concerne les éléments constitutifs de l'infraction (p. 21-22).

[32] L'exigence de pénétration trouve écho dans l'ouvrage de Sir James Fitzjames Stephen intitulé *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)* (1878), art. 168, p. 115 (rappelons que depuis l'adoption de la *Loi de 1828*, il était clair que « l'émission de semence » n'était pas requise et que la « connaissance charnelle » serait « réputée complète sur preuve de la pénétration seule » (art. 18)).

[33] La jurisprudence ancienne est peu abondante, mais celle dont nous disposons permet d'affirmer que la pénétration était un élément essentiel de l'infraction. Dans *R. c. Cozins* (1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272, une décision portant sur un acte de bestialité commis avec une brebis, le juge Park a précisé au jury que s'il y avait eu pénétration, l'infraction était complète même s'il n'y avait pas eu émission de semence.

[34] Cette conception de l'infraction a perduré en Angleterre pendant de nombreuses années. Les auteurs plus contemporains sont presque tous d'avis que l'infraction de sodomie avec un animal exigeait la pénétration. J'ai déjà fait référence à *Russell on Crime*. En 1957, dans *Sexual Offences: A Report of the Cambridge Department of Criminal Science*, p. 345, le directeur du département, Leon Radzinowicz, a commenté le par. 12(1) de la *Sexual Offences Act, 1956* (R.-U.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, suivant lequel commettait un crime quiconque se livrait à un acte de sodomie avec une autre personne ou un animal. Cette infraction est pratiquement identique à celle que l'on retrouve dans la *Loi de 1861* et, par le fait même, à la version anglaise de l'infraction canadienne jusqu'en 1955. Le rapport explique que

[TRADUCTION] [l]e crime consiste en une connaissance charnelle ou des rapports sexuels anaux entre deux hommes ou entre un homme et une femme, ou tout rapport sexuel entre un homme ou une femme et un animal.

offence when committed with mankind, and ‘bestiality’ when committed with an animal. [p. 345]

[35] The 1965 edition of the English criminal law treatise by J. C. Smith and B. Hogan described the elements of buggery at common law as an “intercourse *per anum* by a man with a man or woman; or intercourse *per anum* or *per vaginam* by a man or a woman with an animal”: *Criminal Law* (1965), at p. 321 (footnotes omitted).

[36] The later case law is also consistent with this view. In *R. v. Bourne* (1952), 36 Cr. App. R. 125, in upholding convictions of a husband for aiding and abetting his wife to commit buggery with a dog, Lord Chief Justice Goddard stated that “if a woman has connection with a dog, or allows a dog to have connection with her, that is the full offence of buggery”: p. 128. The court noted that the offence was “commonly called bestiality”: p. 127.

(c) *Canadian Offence*

[37] In Canada, as in England, the early history of the offence shows that what was commonly called “bestiality” was subsumed under the offences named sodomy or buggery and that penetration was one of its essential elements.

[38] The English *1861 Act* was adopted, almost word for word, by the first English version of the Canadian codification of the offence in 1869: *An Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20, s. 63. With the marginal note “[s]odomy and bestiality”, the following offence appears:

63. Whosoever is convicted of the abominable crime of buggery committed either with mankind or with any

On utilise souvent le terme « sodomie » pour désigner l’infraction lorsqu’elle est commise avec un être humain, et le terme « bestialité » lorsqu’elle est commise avec un animal. [p. 345]

[35] L’édition de 1965 du traité de droit criminel anglais de J. C. Smith et de B. Hogan décrit en ces termes les éléments constitutifs de la sodomie en common law : [TRADUCTION] « une relation sexuelle anale entre deux hommes ou entre un homme et une femme ou une relation sexuelle anale ou vaginale entre un homme ou une femme et un animal » (*Criminal Law* (1965), p. 321 (notes de bas de page omises)).

[36] La jurisprudence plus récente s’accorde également avec ce point de vue. Dans *R. c. Bourne* (1952), 36 Cr. App. R. 125, le lord juge en chef Goddard a dit ce qui suit lorsqu’il a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre un mari pour avoir aidé et encouragé sa femme à commettre un acte de sodomie avec un chien : [TRADUCTION] « . . . si une femme a des rapports sexuels avec un chien, ou permet qu’un chien ait une relation sexuelle avec elle, l’infraction de sodomie est complète » (p. 128). La cour a en outre relevé que l’infraction était « communément appelée “bestialité” » (p. 127).

c) *L’infraction canadienne*

[37] Au Canada, tout comme en Angleterre, il ressort des origines de l’infraction que ce que l’on appelait communément « bestialité » était compris dans l’infraction appelée sodomie et que la pénétration était l’un de ses éléments essentiels.

[38] Le libellé de la *Loi de 1861* de l’Angleterre a été repris pratiquement tel quel dans la première version anglaise de la codification de l’infraction au Canada en 1869 (*An Act respecting Offences against the Person (Acte concernant les offenses contre la Personne)*, S.C. 1869, c. 20, art. 63). L’infraction suivante y figure, accompagnée de la note marginale « [s]odomy and bestiality » (sodomie et bestialité) :

63. Whosoever is convicted of the abominable crime of buggery committed either with mankind or with any

animal, shall be liable to be imprisoned in the Penitentiary for life, or for any term not less than two years.

[39] The French version of this provision, with the marginal note “[s]odomie” reads as follows:

63. Quiconque est convaincu du crime abominable de sodomie, commis soit avec un être humain, soit avec un animal, sera passible de l’incarcération dans le pénitencier pour la vie, ou pour un terme de pas moins de deux ans.

[40] In 1874, Henri Elzéar Taschereau (later a judge of this Court) published *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, with Notes, Commentaries, Precedents of Indictments, &c.* He confirms that the offence of sodomy or buggery with an animal is committed by carnal knowledge by mankind or by womankind with “brute beast” and that “[a]s in the case of rape, penetration alone is sufficient to constitute the offence”: pp. 344-45. He also provides a model indictment for both buggery by a human and for buggery with an animal, referring to the latter as bestiality: p. 345.

[41] The 1869 provision, with minor amendments in 1886, was incorporated into the first Canadian *Criminal Code* in 1892: *An Act respecting Offences against Public Morals and Public Convenience*, R.S.C. 1886, c. 157, s. 1; *1892 Code*, s. 174. This version of the offence remained in force until the 1955 revisions: *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, s. 202; *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 202. It is worth noting that while the English version continued to refer to “buggery . . . with any other living creature”, the French version used the word “*bestialité*” to express this part of the English version of the offence. The word “*bestialité*” has been used consistently since the 1886 Act and in all French versions of the *Code* since 1892. The English version read:

174. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life who commits buggery,

animal, shall be liable to be imprisoned in the Penitentiary for life, or for any term not less than two years.

[39] La version française de la disposition précitée, accompagnée de la note marginale « [s]odomie », est ainsi libellée :

63. Quiconque est convaincu du crime abominable de sodomie, commis soit avec un être humain, soit avec un animal, sera passible de l’incarcération dans le pénitencier pour la vie, ou pour un terme de pas moins de deux ans.

[40] En 1874, Henri Elzéar Taschereau (plus tard juge de la Cour) a publié *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, with Notes, Commentaries, Precedents of Indictments, &c.* Il confirme que l’infraction de sodomie avec un animal est commise lorsqu’il y a connaissance charnelle entre un homme ou une femme et une [TRADUCTION] « bête brute » et que « [t]out comme dans le cas du viol, la pénétration est suffisante à elle seule pour constituer l’infraction » (p. 344-345). Il propose également un modèle d’acte d’accusation pour la sodomie pratiquée par un être humain et la sodomie avec un animal, qu’il appelle bestialité (p. 345).

[41] La disposition de 1869, à laquelle des modifications mineures ont été apportées en 1886, a été intégrée au premier *Code criminel* canadien en 1892 (*Acte concernant les crimes et délits contre les mœurs et la tranquillité publiques*, S.R.C. 1886, c. 157, art. 1; *Code de 1892*, art. 174). Cette version de l’infraction est demeurée en vigueur jusqu’à la révision de 1955 (*Code criminel*, S.R.C. 1906, c. 146, art. 202; *Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36, art. 202). Il vaut la peine de signaler que, même si la version anglaise renfermait toujours l’expression « *buggery [. . .] with any other living creature* », le terme « bestialité » était employé dans la version française pour exprimer cette partie de la version anglaise de l’infraction. Le terme « bestialité » a été employé invariablement depuis la loi de 1886 et dans toutes les versions françaises du *Code* depuis 1892. Voici le texte de la version anglaise :

174. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life who commits buggery,

either with a human being or with any other living creature.

[42] The French version was as follows:

174. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

[43] As in England, the English language version of the Canadian statutes simply provided that buggery with an animal (i.e. “any other living creature”) was an offence, but did not further define it. However, the French version equivalent of “buggery . . . with any other living creature” being “*bestialité*” shows that buggery with an animal and bestiality were the same thing. Thus, the use of these legal words without statutory definition puts this provision into Stephen’s first category of how the statute and the common law interact: the statute assumes “in the reader a previous knowledge . . . of the common law definitions of certain crimes which the Act punishes but does not define”: J. F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England* (2nd ed. 1890), at p. 109; see also Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, at pp.188-91. Professor Sullivan refers to this legislative technique as “incorporation”: a legal term (in this case, buggery with an animal/*la bestialité*) is incorporated into the legislation with the legislative intent that it will continue to bear its common law meaning (§17.1).

[44] Sources just before and contemporaneous with the *1892 Code* confirm that this offence required penetration.

[45] Before the *1892 Code*, George Wheelock Burbidge defines the crime of sodomy, in part, as consisting of carnal knowledge (i.e. sexual penetration) of any animal: *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)* (1890), at p. 161 (art. 213). After the *Code*, H. E. Taschereau’s 1893 annotated *Criminal Code* (i.e., commentaries, annotations and precedents on the *1892 Code*) states in relation to the buggery with an animal offence

either with a human being or with any other living creature.

[42] Voici le texte de la version française :

174. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

[43] Tout comme en Angleterre, la version de langue anglaise des lois canadiennes prévoyait simplement que la sodomie avec un animal (soit « *any other living creature* » (tout autre être vivant)) était une infraction, mais elle ne l’a pas définie davantage. Or, comme l’équivalent français de « *buggery* [. . .] *with any other living creature* » est « *bestialité* », cela démontre que « *buggery with an animal* » et « *bestialité* » désignent la même chose. Ainsi, l’utilisation de ces termes juridiques en l’absence de définition dans la loi place cette disposition dans la première catégorie d’interaction entre la loi et la common law décrite par Sir Stephen : la loi tient pour acquis que [TRADUCTION] « le lecteur connaît déjà [. . .] les définitions que donne la common law de certains crimes que la Loi sanctionne mais ne définit pas » (J. F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England* (2^e éd. 1890), p. 109; voir également Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, p. 188-191). La professeure Sullivan appelle cette technique législative l’« incorporation » : un terme juridique (en l’occurrence, la *bestialité/buggery with an animal*) est intégré à la loi dans le but qu’il conserve le sens qu’il a en common law (§17.1).

[44] La doctrine publiée juste avant l’adoption du *Code de 1892* ou à la même époque confirme que l’infraction susmentionnée exigeait une pénétration.

[45] Avant le *Code de 1892*, George Wheelock Burbidge indique que le crime de sodomie s’entend entre autres de la connaissance charnelle (c.-à-d. la pénétration) avec un animal (*A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)* (1890), p. 161 (art. 213)). Après le *Code*, le *Criminal Code* annoté de 1893 de H. E. Taschereau (commentaires, annotations et précédents concernant le *Code de 1892*) mentionne, en ce qui concerne l’infraction

found in s. 174 that “[a]s in the case of rape, penetration alone is sufficient to constitute the offence”: *The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c.* (1893), at p. 117.

[46] The pre-1955 case of *Henry v. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL) (C.A.), is also consistent with the view that penetration was required. The court said that “there was penetration to some extent, and even if the penetration was to a very slight degree, the offence of bestiality would be thereby committed”: para. 2. In *R. v. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129 (B.C.C.A.), the court relied on the English decision of *Bourne*, which I have referred to earlier and which stated that penetration was required.

[47] In my view, there can be no serious dispute that the Canadian offence of buggery with an animal/*la bestialité* in the 1892 Code, which continued to be in force until the 1955 revisions, had a widely and generally understood meaning: the offence required sexual penetration between a human and an animal. It is also clear, in my view, that the term “bestiality” was understood to mean sodomy or buggery with an animal.

[48] The Crown made much of the paucity of case law authoritatively settling the elements of the offence. But respectfully that is beside the point. The question is not whether there was binding authority from the House of Lords or the Judicial Committee of the Privy Council setting out the elements of the offence. The question is whether the offence of buggery with an animal had a well-understood legal meaning when it was used by Parliament without further definition in the 1892 Code. The contemporary sources make it overwhelmingly clear that it did. Any lawyer who was asked in 1892 whether the offence of buggery with an animal required penetration would have replied in the affirmative. Parliament, by using that term without further definition, intended to adopt that well-understood legal meaning.

de sodomie avec un animal prévue à l’art. 174, que [TRADUCTION] « [t]out comme dans le cas du viol, la pénétration est suffisante à elle seule pour constituer l’infraction » (*The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c.* (1893), p. 117).

[46] L’arrêt *Henry c. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL) (C.A.), rendu avant la révision de 1955, concorde lui aussi avec le point de vue selon lequel il devait y avoir pénétration. La cour a indiqué qu’[TRADUCTION] « il y avait eu pénétration dans une certaine mesure, et même s’il s’agissait d’une très légère pénétration, l’infraction de bestialité serait de ce fait commise » (par. 2). Dans *R. c. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129 (C.A. C.-B.), la cour s’est appuyée sur l’arrêt anglais *Bourne*, que j’ai mentionné précédemment et qui indique qu’il devait y avoir pénétration.

[47] À mon avis, il est impossible de mettre sérieusement en doute le fait que l’infraction canadienne de bestialité/*buggery with an animal* prévue au Code de 1892 qui est demeurée en vigueur jusqu’à la révision de 1955 avait un sens généralement reconnu : l’infraction exigeait une pénétration sexuelle impliquant un être humain et un animal. Il est également clair, à mon avis, que le terme anglais « *bestiality* » visait la sodomie entre un être humain et un animal.

[48] Le ministère public a fait grand cas de la rareté des précédents qui établissent péremptoirement les éléments constitutifs de l’infraction. Toutefois, avec égards, là n’est pas la question. Il ne s’agit pas de savoir s’il existait un arrêt de la Chambre des lords ou du Comité judiciaire du Conseil privé ayant force de précédent en la matière. Il faut plutôt se demander si l’infraction de sodomie avec un animal avait un sens juridique bien défini lorsqu’elle a été utilisée par le législateur sans être définie dans le Code de 1892. Il ressort sans l’ombre d’un doute des sources de cette époque que tel était le cas. Tout avocat auquel on aurait demandé en 1892 si l’infraction de sodomie avec un animal exigeait la pénétration aurait répondu par l’affirmative. En utilisant ce terme sans le définir, le législateur voulait retenir son sens juridique bien défini.

[49] The Crown also noted that there may be some room for debate about whether buggery with an animal/*la bestialité* was limited to cases of anal penetration, as discussed by Bauman C.J.B.C. in his dissenting reasons. That view is supported by at least one legal dictionary, P. G. Osborn, *A Concise Law Dictionary* (4th ed. 1954), at p. 61, “buggery”, and by *Kenny’s Outlines of Criminal Law* (19th ed. 1966), at p. 205. However, as I have reviewed earlier, all other commentators, including Stephen himself, the Court of Criminal Appeal in *Bourne* and detailed studies of prosecutions in England from the mid-1500s to the late 1800s support the view that buggery with an animal required penetration, be it vaginal or anal. In any case, the Crown’s position is somewhat beside the point we have to decide here. On any view of the law, the 1892 Canadian offence required penetration of some kind. There is no support — none — for the view that penetration of some kind was not required.

(d) *Conclusion on the First Question*

[50] We can conclude that, at least until 1955, the offence of buggery with animals/*la bestialité* continued to have the same elements that it had in the English *1861 Act*, a provision carried forward in virtually identical terms in the Canadian Act of 1869 and into our first *Code* in 1892. Thus, penetration continued to be an element of the offence. We may also conclude that the term “bestiality” was understood to mean buggery with an animal.

[51] That brings us to the next step in the analysis, which is to determine whether Parliament explicitly or by necessary implication changed this well-understood legal meaning.

[49] Le ministère public a en outre fait remarquer qu’il y a peut-être lieu de débattre la question de savoir si la bestialité/*buggery with an animal* vise uniquement la pénétration anale, comme l’a mentionné le juge en chef Bauman dans ses motifs dissidents. Ce point de vue trouve appui dans au moins un dictionnaire juridique (P. G. Osborn, *A Concise Law Dictionary* (4^e éd. 1954), p. 61, « buggery », et dans l’ouvrage *Kenny’s Outlines of Criminal Law* (19^e éd. 1966), p. 205). Toutefois, comme je l’ai déjà signalé, tous les autres auteurs, y compris Sir Fitzjames Stephen lui-même, la Cour d’appel en matière criminelle dans *Bourne*, et des études approfondies des poursuites intentées en Angleterre entre le milieu des années 1500 et la fin des années 1800 étaient l’opinion que la sodomie avec un animal requérait une pénétration, qu’elle soit vaginale ou anale. En tout état de cause, la thèse du ministère a peu à voir avec la question à trancher en l’espèce. Quel que soit l’angle sous lequel on examine le droit applicable, l’infraction canadienne de 1892 exigeait une forme de pénétration. Rien — absolument rien — n’appuie l’opinion selon laquelle une quelconque pénétration n’était pas nécessaire.

d) *Conclusion sur la première question*

[50] Nous pouvons conclure qu’au moins jusqu’en 1955, l’infraction de bestialité/*buggery with an animal* comportait les mêmes éléments que ceux qu’elle avait dans la *Loi de 1861* d’Angleterre, dont la disposition en cause a été reprise pratiquement mot pour mot dans la loi canadienne de 1869 et dans notre premier *Code* en 1892. La pénétration est donc restée un élément de l’infraction. Nous pouvons aussi conclure que le terme « bestialité » s’entendait de la sodomie avec un animal.

[51] Cela nous amène à la deuxième étape de l’analyse, qui consiste à déterminer si le législateur a modifié explicitement ou par déduction nécessaire le sens juridique bien défini du terme « bestialité ».

(3) There Is No Express or Implied Legislative Intent to Depart From the Legal Meaning of the Term “Bestiality”

(a) *The Crown’s Position: The Elements of the Offence Changed in 1955 and This Change Was Confirmed by Amendments in 1988*

[52] The Crown points to two legislative changes which it submits show a clear intention to expand the offence of sexual intercourse between a human and an animal to an offence proscribing all human-animal sexual activity. The first occurred in 1955 and the intention to make this change was confirmed by amendments in 1988. However, as I see it, the legislative history, on which the Crown relies, in fact supports the respondent’s position that bestiality continued to require penetration as one of its elements.

[53] To explain why I have reached this conclusion, I will first turn to the applicable principles of statutory interpretation and then look at the two amendments in more detail.

(b) *Principles of Interpretation*

(i) Clear Language Is Required to Change the Law, Particularly Where the Change Takes Away Liberty

[54] As Professor Sullivan says, “The stability of law is enhanced by rejecting vague or inadvertent change while certainty and fair notice are promoted by requiring legislatures to be clear and explicit about proposed changes”: §15.50. Stability and certainty are particularly important values in the criminal law and significant changes to it must be clearly intended. As the Court put it in *T. (V.)*, “it is open to Parliament to change the law in whatever way it sees fit, [but] the legislation in which it chooses to make these alterations known must be drafted in

(3) Le législateur n’a pas voulu, de manière expresse ou implicite, s’écarter du sens juridique du terme « bestialité »

a) *La thèse du ministère public : les éléments de l’infraction ont été modifiés en 1955, et ce changement a été confirmé par les modifications de 1988*

[52] Le ministère public signale deux modifications législatives qui, selon lui, montrent que le législateur a manifestement voulu élargir l’infraction de rapports sexuels entre un être humain et un animal de manière à ériger en infraction toutes les activités sexuelles entre êtres humains et animaux. La première date de 1955 et l’intention d’apporter ce changement a été confirmée par les modifications de 1988. Or, selon moi, l’historique législatif sur lequel s’appuie le ministère public renforce en fait la thèse de l’intimé selon laquelle la pénétration demeure l’un des éléments de l’infraction de bestialité.

[53] Pour expliquer les raisons qui m’ont amené à tirer cette conclusion, je vais d’abord examiner les principes d’interprétation législative applicables, puis me pencherai plus en détail sur les deux modifications.

b) *Principes d’interprétation*

(i) Il faut s’exprimer en termes clairs pour modifier le droit, surtout lorsque la modification porte atteinte à la liberté

[54] Comme l’affirme la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]a stabilité du droit est accrue par le rejet des modifications vagues ou effectuées par inadvertance alors que la certitude et le principe de l’avertissement raisonnable se trouvent renforcés du fait qu’on oblige les législateurs à s’exprimer en termes clairs et exprès sur les modifications proposées » (§15.50). La stabilité et la certitude sont des valeurs qui revêtent une importance particulière en droit criminel et les changements importants qui y sont apportés doivent avoir été clairement voulus.

such a way that its intention is in no way in doubt”:
p. 764 (emphasis added).

[55] A related principle is that enactments which take away the liberty of the subject should be clear and any ambiguity resolved in favour of the subject. “It is unnecessary to emphasize the importance of clarity and certainty when freedom is at stake. . . . If one is to be incarcerated, one should at least know that some Act of Parliament requires it in express terms, and not, at most, by implication”: *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115.

[56] There is no express statutory provision expanding the scope of the bestiality offence as the Crown asks us to do. And, as we shall see, there is nothing in the legislative evolution and history that supports any parliamentary intent to bring about such a change by implication. The required “clarity and certainty” are entirely lacking.

(ii) Parliament, Not the Judiciary, May Expand Criminal Liability

[57] Parliament, not the judiciary, may expand the scope of criminal liability. As Cartwright J. (as he then was) said in *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517:

. . . if any course of conduct is now to be declared criminal, which has not up to the present time been so regarded, such declaration should be made by Parliament and not by the Courts. [p. 530]

[58] This was not a new idea when Cartwright J. wrote these words in 1950. The principle was reflected in the English 1879 Draft Code. Its s. 5 provided that there would be no prosecutions for crimes at common law. The Commissioners noted that the

Ainsi que la Cour l’a dit dans *T. (V.)*, « il [. . .] est loisible [au législateur] [. . .] de modifier la loi de la façon qu’il juge appropriée, mais le texte législatif qui comporte ces modifications doit être rédigé de telle sorte que son intention ne fasse aucun doute » (p. 764 (je souligne)).

[55] Selon un principe connexe, les lois qui privent un individu de sa liberté doivent être claires et toute ambiguïté doit être résolue en faveur de ce dernier. « Il n’est pas nécessaire d’insister sur l’importance de la clarté et de la certitude lorsque la liberté est en jeu. [. . .] Si quelqu’un doit être incarcéré, il devrait au moins savoir qu’une loi du Parlement le requiert en des termes explicites, et non pas, tout au plus, par voie de conséquence » (*Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, p. 115).

[56] Aucune disposition légale n’élargit expressément la portée de l’infraction de bestialité de la manière dont le ministère public nous demande de le faire. Et, comme nous le verrons, l’évolution et l’historique législatifs ne permettent aucunement de conclure que le législateur a voulu faire implicitement une telle modification. La « clarté et la certitude » requises sont totalement absentes.

(ii) Il appartient au législateur et non aux tribunaux d’élargir la responsabilité criminelle

[57] Il appartient au législateur et non aux tribunaux d’élargir la portée de la responsabilité criminelle. Comme le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) l’a dit dans *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517 :

[TRADUCTION] . . . la tâche de déclarer criminelle une conduite qui, jusqu’à ce jour, ne l’était pas, revient au Parlement et non aux tribunaux. [p. 530]

[58] L’idée n’était pas nouvelle lorsque le juge Cartwright a tenu ces propos en 1950. Le principe trouvait écho dans le *Draft Code* anglais de 1879. Son article 5 disposait qu’aucune poursuite ne serait engagée pour un crime de common law.

purpose and effect of this provision would be to put an end to the power of judges to create new common law crimes. They added that even if the Draft Code and other statutes overlooked some common law offences, they thought “better to incur the risk of giving a temporary immunity to the offender than to leave any one liable to a prosecution for an act or omission which is not declared to be an offence by the Draft Code itself or some other Act of Parliament”: p. 10. The same thinking was explicitly adopted in the 1955 revisions of our *Code*. It provided (in what was then s. 8; now s. 9) that “no person shall be convicted . . . of an offence at common law”, subject to the power of judges to punish for contempt of court. The *Report of Royal Commission on the Revision of Criminal Code* (1954) had proposed a similar provision, observing that all of the offences which should be adopted from the common law were incorporated into the 1878 Draft Code: p. 6.

[59] In accordance with this principle, the courts have refrained from developing the common law meanings of legal terms used in the *Code* so as to extend the scope of criminal liability. Courts will only conclude that a new crime has been created if the words used to do so are certain and definitive: *Marcotte*, at p. 115; *R. v. McLaughlin*, [1980] 2 S.C.R. 331, at p. 335; and *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 38-39. This approach not only reflects the appropriate respective roles of Parliament and the courts, but the fundamental requirement of the criminal law that people must know what constitutes punishable conduct and what does not, especially when their liberty is at stake: see, e.g., *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 14. As McLachlin J. (as she then was) cautioned:

Clear language is required to create crimes. Crimes can be created by defining a new crime, or by redefining the elements of an old crime. When courts approach the definition of elements of old crimes, they must be cautious

Les commissaires ont souligné que cette disposition aurait pour objet et effet de mettre un terme au pouvoir des juges de créer de nouveaux crimes de common law. Ils ont ajouté que, même si le *Draft Code* et d’autres lois passent sous silence certaines infractions de common law, ils jugeaient [TRADUCTION] « préférable de courir le risque d’offrir une immunité temporaire à l’auteur de l’infraction que d’exposer quiconque à des poursuites pour une omission ou un acte qui n’est pas déclaré criminel dans le *Draft Code* lui-même ou une autre loi du Parlement » (p. 10). Le même raisonnement a été explicitement adopté lors de la révision de notre *Code* en 1955. Il disposait (dans ce qui était alors l’art. 8 et maintenant l’art. 9) que « nul ne peut être déclaré coupable [. . .] d’une infraction en *common law* », sous réserve du pouvoir des juges de sanctionner l’outrage au tribunal. Le *Rapport de la Commission royale pour la révision du Code criminel* (1954) avait proposé l’insertion d’une disposition similaire après avoir fait observer que toutes les infractions qui devraient être tirées de la common law avaient été intégrées au *Draft Code* de 1878 (p. 6).

[59] Conformément à ce principe, les tribunaux se sont abstenus de faire évoluer les définitions données en common law aux termes juridiques utilisés dans le *Code* de façon à élargir le champ de la responsabilité criminelle. Les tribunaux ne concluront à la création d’un nouveau crime que si les mots utilisés pour ce faire sont sûrs et définitifs (*Marcotte*, p. 115; *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331, p. 335; et *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 38-39). Cette approche tient compte non seulement des fonctions revenant à bon droit respectivement au législateur et aux tribunaux, mais également de l’exigence fondamentale en droit criminel que les gens sachent ce qui constitue une conduite punissable et ce qui ne l’est pas, surtout lorsque leur liberté est en jeu (voir, p. ex., *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 14). Comme l’a précisé la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) :

La création d’un crime doit être exprimée en termes clairs. Il peut s’agir de la définition d’un nouveau crime ou de la redéfinition des éléments d’un ancien crime. Quand les tribunaux abordent la définition des éléments

not to broaden them in a way that in effect creates a new crime. Only Parliament can create new crimes and turn lawful conduct into criminal conduct. It is permissible for courts to interpret old provisions in ways that reflect social changes, in order to ensure that Parliament's intent is carried out in the modern era. It is not permissible for courts to overrule the common law and create new crimes that Parliament never intended. [Emphasis added.]

(*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 34)

[60] *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, is an example of this principle at work. The question was whether an appellate court had erred on a sentence appeal by overturning the sentence imposed at first instance in part on the basis of a judicially created category of offences to which were attached starting point sentences. The majority of this Court found that the appellate court had erred. In reaching that conclusion, the Court relied on the principle that it is not for judges to create criminal offences: by creating a category of offence within a statutory offence for the purposes of sentencing, the appellate court had “effectively created an offence” contrary to the spirit if not the letter of that principle (para. 33).

[61] The same underlying principle is at work in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. The Court had to determine whether the definition of the scientific term “*Cannabis sativa* L.” should refer to its meaning at the time the statute was passed or at the time the infraction was committed. The Court adopted the former approach. The Court noted that not all terms in all statutes must always be confined to their original meanings. Broad statutory categories are often held to include things unknown when the statute was enacted and words in constitutional documents must be capable of growth and development to meet changing circumstances. However, that interpretative approach is most often taken when the statutory language is broad or open-textured. But where Parliament has used “specific scientific or technical”

d'un ancien crime, ils doivent prendre garde de ne pas les élargir au point de créer un nouveau crime. Seul le législateur peut créer de nouveaux crimes et transformer une conduite légale en une conduite criminelle. Il est permis aux tribunaux de donner à d'anciennes dispositions une interprétation reflétant des changements sociaux, afin d'assurer que l'intention du législateur continue d'être réalisée à l'époque contemporaine. Il est inacceptable qu'ils écartent la common law pour créer de nouveaux crimes que le législateur n'a jamais voulu créer. [Je souligne.]

(*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 34)

[60] Ce principe a notamment été appliqué dans l'arrêt *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la cour d'appel avait commis une erreur dans le cadre d'un appel portant sur la peine en annulant la peine infligée en première instance sur le fondement, entre autres, d'une catégorie d'infractions créée par les tribunaux à laquelle étaient associées des peines servant de point de départ. Notre Cour a conclu à la majorité que la cour d'appel avait fait erreur. Pour tirer cette conclusion, la Cour s'est fondée sur le principe qu'il n'appartient pas aux juges de créer des infractions criminelles : en créant une catégorie d'infractions dans le cadre d'une infraction prévue par la loi aux fins de détermination de la peine, la cour d'appel avait « effectivement créé une infraction » contrairement à l'esprit, voire même à la lettre, de ce principe (par. 33).

[61] Ce même principe fondamental est en cause dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. La Cour devait décider si la définition du terme scientifique « *Cannabis sativa* L. » devait recevoir le sens qu'il avait à l'époque de l'adoption de la loi ou celui qu'il avait lorsque l'infraction a été commise. La Cour a retenu le premier sens. Elle a fait observer que ce ne sont pas tous les termes de toutes les lois qui doivent toujours se limiter à leur sens original. Des catégories générales contenues dans des lois sont souvent considérées comme regroupant des choses inconnues au moment de l'adoption de la loi et les termes des documents constitutionnels doivent pouvoir évoluer pour s'adapter aux changements de circonstances. Cependant, cette méthode d'interprétation est employée le plus souvent dans le cas d'un

terms, it would “do violence to Parliament’s intent to give a new meaning to that term”: p. 265.

[62] I will refer finally to *Gralewicz v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 493. One of the issues in the case was what constitutes an “unlawful purpose” as an element of the offence of conspiracy to effect an unlawful purpose. The majority of the Court held that to be an unlawful purpose in this context, the purpose must be prohibited by federal or provincial legislation: p. 509. The majority found no clear basis in Canadian law to support the view that the offence extended to other sorts of unlawful purposes. The Court relied on the principle that it is not open to the courts to create new offences or to widen existing offences as to make punishable conduct of a type not previously subject to punishment: p. 508. Chouinard J. for the majority put it this way:

It is difficult for me to see how the mere enactment of conspiracy as a statutory offence would have the effect of extending its scope beyond what it had been held to extend to at common law by the Canadian courts prior to its becoming a statutory offence while at the same time Parliament enacted s. 8 [now s. 9] to exclude common law offences from the ambit of the criminal law of Canada. [p. 509]

[63] These kinds of cases must be distinguished from ones in which Parliament had enacted statutory definitions and the question was how much, if at all, the common law should supplement them. No such question arises here. For example, in *Jobidon* and *Cuerrier*, Parliament had legislated quite extensively in relation to the meaning of “consent” and the issue was whether the statutory provisions were exhaustive or should be supplemented by the common law. However, in the present case, there is not, and has never been in Canada, any statutory definition — exhaustive or otherwise — of the elements of bestiality.

texte législatif général. Or, lorsque le législateur a utilisé des termes « scientifique[s] ou technique[s] précis », ce serait « faire violence à l’intention du législateur que de donner un sens nouveau à un tel terme » (p. 265).

[62] Je vais parler en dernier lieu de l’arrêt *Gralewicz c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493. Dans cette affaire, la Cour était notamment appelée à déterminer ce qui constituait un « dessein illicite » comme élément de l’infraction de complot en vue d’accomplir un dessein illicite. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que, pour qu’il s’agisse d’un dessein illicite dans ce contexte, le dessein devait être interdit par une loi fédérale ou provinciale (p. 509). Ils ont jugé que le droit canadien n’était pas clairement le point de vue selon lequel l’infraction visait d’autres types de desseins illicites. La Cour s’est appuyée sur le principe qu’il n’est pas loisible aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ou d’élargir les infractions existantes afin de rendre punissable une conduite d’un type qui, jusqu’alors, ne l’était pas (p. 508). Le juge Chouinard a formulé ainsi ce principe au nom de la majorité :

Je vois mal comment le simple fait de consacrer le complot par un texte de loi peut avoir comme résultat d’élargir sa portée au-delà des limites que les tribunaux canadiens lui ont imposées en *common law* avant sa consécration législative alors que le Parlement a adopté l’art. 8 [maintenant l’art. 9] qui vise à exclure les infractions de *common law* du champ d’application du droit criminel canadien. [p. 509]

[63] Les affaires de ce genre doivent être distinguées de celles où le législateur avait adopté des définitions dans une loi et où la question était de savoir dans quelle mesure l’on doit, si tant est que cela soit possible, recourir à la common law pour les compléter. Cette question ne se pose pas en l’espèce. À titre d’exemple, dans *Jobidon* et *Cuerrier*, le législateur avait légiféré de façon passablement détaillée en ce qui concerne la signification de « consentement » et il s’agissait de savoir si les dispositions de la loi étaient exhaustives ou si la common law devait les compléter. Cependant, en l’espèce, il n’y a au Canada aucune définition dans une loi, et il n’y en a jamais eu, — exhaustive ou autre — portant sur les éléments de l’infraction de bestialité.

[64] For the sake of completeness, I should note that the courts have taken a less restrictive approach with respect to developing common law defences, excuses and justifications. In this context, the Court has been willing to allow the common law to evolve and develop rather than treating it as having been frozen in time by statutory adoption. The Court has confirmed the availability of, for example, the common law defences of necessity and duress to further develop them: *Perka*, at p. 245; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, at paras. 32-34; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at paras. 56-67. This approach is consistent with what Laskin C.J. said in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487, that the *Code* should not be seen “as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences”: p. 496.

[65] However, common law defences, excuses and justifications stand on an entirely different footing under the *Code* than does the definition of offences. While prosecution for common law crimes is explicitly prohibited (s. 9), the *Code* expressly preserves common law defences, excuses and justifications: s. 8(3). The approach to the common law in those areas is thus not relevant to the question of how the courts should approach the definition of elements of offences.

[66] The Crown’s position in this case directly implicates the principle that it is for Parliament and not the courts to expand the scope of criminal liability. The Crown invites the Court to develop the common law definition of bestiality so as to expand the scope of criminal liability for that offence. If we accept the Crown’s position, the offence will fundamentally change from one relating to sexual intercourse between a human and an animal to one proscribing and punishing any touching of a sexual nature between a human and an animal. As I will explain, there is no clear statutory mandate to do

[64] Par souci d’exhaustivité, je souligne que les tribunaux ont adopté une approche moins restrictive en ce qui concerne le développement des moyens de défense, des excuses et des justifications reconnus en common law. Dans ce contexte, la Cour s’est montrée disposée à ce que la common law évolue et se développe plutôt que de juger qu’elle était figée dans le temps par l’adoption d’une loi. La Cour a confirmé la possibilité d’invoquer, par exemple, les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et la contrainte en vue de les faire évoluer davantage (*Perka*, p. 245; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 32-34; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 56-67). Cette approche cadre avec ce que le juge en chef Laskin a dit dans *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, à savoir qu’il ne faudrait pas considérer que le *Code* « interdi[t] aux tribunaux d’étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense » (p. 496).

[65] Toutefois, le sort réservé par le *Code* aux moyens de défense, excuses et justifications reconnus en common law est tout à fait différent de celui qu’il réserve à la définition des infractions. Alors qu’il est expressément interdit d’engager des poursuites pour des crimes de common law (art. 9), le *Code* préserve explicitement les moyens de défense, les excuses et les justifications reconnus en common law (par. 8(3)). La façon de les aborder n’est donc pas pertinente lorsqu’il s’agit de décider comment les tribunaux devraient aborder la définition des éléments constitutifs d’une infraction.

[66] La position du ministère public dans le présent pourvoi met directement en jeu le principe qu’il revient au législateur et non aux tribunaux d’élargir la portée de la responsabilité criminelle. Le ministère public invite la Cour à faire évoluer la définition de bestialité en common law de façon à élargir la portée de la responsabilité criminelle liée à cette infraction. Si nous acceptons la thèse du ministère public, cela changera fondamentalement l’infraction, en la faisant passer d’une infraction relative à des rapports sexuels entre un être humain et un animal à une infraction interdisant et

so. And, to accept that invitation would be to exceed the proper role of the courts in defining criminal liability.

[67] The trial judge's analysis was flawed because it gave no weight to this principle and did not take into consideration that the French version of the offence in the *Code* has remained substantively unchanged from 1892 to 1988. He reasoned that the courts should interpret the elements of the offence of bestiality so that they would "reflect current views on what constitutes prohibited sexual acts": para. 315. This, respectfully, was a fundamental legal error. Absent clear parliamentary intent to depart from the clear legal definition of the elements of the offence, it is manifestly *not* the role of the courts to expand that definition.

[68] We should bear in mind that there are important questions of policy involved in broadening the offence of bestiality as the Crown urges us to do. That change, as we see from the trial judge's reasons, could turn a person such as the victim in this case into a co-perpetrator. Recall that, if we accept the trial judge's reasoning (an issue that I need not finally decide here), the complainant is the principal offender and the respondent is liable as having aided and abetted her commission of the offence. In other words, a victim became a co-perpetrator. This, in itself, should make us hesitate. Justice Abella is of the view that the Crown would never charge anyone in the position of this complainant and I hope that she is right. But this faith in prosecutorial discretion misses the point. It does not provide any comfort to those who, like me, are concerned that the trial judge's approach, if adopted, would mean that in law this complainant would be an uncharged principal offender. That legal conclusion should give us pause.

sanctionnant tout attouchement de nature sexuelle entre un être humain et un animal. Comme je vais l'expliquer, il ne ressort pas de la loi que le législateur a voulu confier cette tâche aux tribunaux. Et accepter l'invitation du ministère public reviendrait à outrepasser le rôle que doivent jouer les tribunaux lorsque vient le temps de définir la responsabilité criminelle.

[67] L'analyse du juge du procès était erronée parce qu'il n'a attaché aucune importance à ce principe et n'a pas tenu compte du fait que la version française de l'infraction prévue au *Code* était demeurée inchangée sur le fond de 1892 à 1988. Selon lui, les tribunaux doivent interpréter les éléments de l'infraction de bestialité de façon à ce qu'ils [TRADUCTION] « reflètent ce qui est considéré de nos jours comme des actes sexuels prohibés » (par. 315). Avec égards, il s'agit là d'une erreur de droit fondamentale. En l'absence d'une intention claire du législateur de s'écarter de la définition juridique claire des éléments de l'infraction, il n'appartient manifestement *pas* aux tribunaux d'élargir cette définition.

[68] Il faut garder à l'esprit qu'étendre l'infraction de bestialité comme le ministère public nous presse de le faire soulèverait d'importantes questions de politique générale. Ainsi qu'il appert des motifs du juge du procès, ce changement pourrait faire d'une personne comme la victime en l'espèce une coauteure de l'infraction. Rappelons que, si nous acceptons le raisonnement du juge du procès (une question que je n'ai pas à trancher de manière définitive en l'espèce), la plaignante est l'auteure principale de l'infraction et l'intimé, quant à lui, est responsable de l'avoir aidée et encouragée à la commettre. Autrement dit, la victime devient une coauteure de l'infraction. Cela devrait suffire en soi à nous faire hésiter. La juge Abella est d'avis que le ministère public n'accuserait jamais une personne se trouvant dans la situation de la plaignante en l'espèce et j'espère qu'elle a raison. Mais cette foi dans le pouvoir discrétionnaire du ministère public passe à côté de la question. Elle ne rassure aucunement ceux qui, comme moi, craignent que l'approche du juge du procès, si elle était retenue, ferait de la plaignante, en droit, une auteure principale non inculpée de l'infraction. Cette conclusion de droit devrait nous donner matière à réflexion.

[69] There are also significant policy debates about what the focus of this sort of offence ought to be. Commentators have suggested that the focus should move away from understanding bestiality as an offence against public morals and towards seeing it as a type of animal abuse. Consistent with this view, the Law Reform Commission of Canada recommended in 1978 that the offence be repealed, being of the view that the offence would still be covered by the various laws for the protection of animals enacted by the provinces or contained in the *Code*: Working Paper 10, *Report on Sexual Offences* (1978), at p. 30. And as the intervener, Animal Justice, submitted in this Court, the fundamental values at stake in this debate include the protection of vulnerable animals from the risks posed by improper human conduct and the wrongfulness of sexual conduct involving the exploitation of non-consenting participants.

[70] My point is not to take sides in the policy debate. The point, as I see it, is that these are important points of penal and social policy. And they are matters for Parliament to consider, if it so chooses. Parliament may wish to consider whether the present provisions adequately protect children and animals. But it is for Parliament, not the courts, to expand the scope of criminal liability for this ancient offence.

[71] With these principles in mind, I turn to examine in more detail the text, legislative evolution and history and contemporary commentary on the 1955 and 1988 revisions.

(c) *The 1955 Revisions*

[72] As discussed, the English version of the *Code* did not use the term “bestiality” until 1955, but the French version did. Immediately before the 1955 revisions, the respective versions provided:

[69] Le point de savoir sous quel angle ce type d’infraction devrait être analysé fait également l’objet d’importants débats en matière de politique générale. Les auteurs ont laissé entendre qu’il faut cesser de considérer la bestialité comme une infraction portant atteinte à la moralité publique et la voir plutôt comme un type de mauvais traitement envers les animaux. Adoptant cet avis, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé en 1978 d’abolir l’infraction de bestialité, étant donné qu’elle continuerait de relever des diverses mesures législatives de protection des animaux adoptées par les provinces ou contenues dans le *Code* (Document de travail 10, *Rapport sur les infractions sexuelles* (1978), p. 32). Et comme l’intervenante Animal Justice l’a fait valoir devant la Cour, les valeurs fondamentales en jeu dans ce débat comprennent la protection d’animaux vulnérables contre les risques que posent une activité humaine inappropriée et le caractère répréhensible des comportements sexuels impliquant l’exploitation de participants non consentants.

[70] Je ne cherche pas à prendre parti dans le débat de politique générale. Il s’agit, selon moi, d’importantes questions de politique pénale et sociale. Or, il revient au législateur de les examiner, s’il le juge à propos. Le législateur peut vouloir se demander si les dispositions actuelles protègent adéquatement les enfants et les animaux. Il appartient cependant au législateur, et non aux tribunaux, d’élargir la portée de la responsabilité criminelle liée à cette vieille infraction.

[71] En gardant ces principes à l’esprit, j’examine maintenant plus en détail le texte, l’évolution et l’historique législatifs ainsi que la doctrine de l’époque sur les révisions de 1955 et de 1988.

c) *La révision de 1955*

[72] Comme je l’ai déjà dit, le terme « *bestiality* » ne figurait pas dans la version anglaise du *Code* avant 1955, mais on retrouvait son équivalent « *bestialité* » dans la version française. Tout juste avant la révision de 1955, les deux versions étaient rédigées ainsi :

[Buggery]

202. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life who commits buggery, either with a human being or with any other living creature.

202. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

(R.S.C. 1927, c. 36)

[73] In the 1955 revisions, the word bestiality was first introduced into the English version of the *Code* and the reference to “buggery . . . with any other living creature” was deleted, but with no definition of either the term “buggery” or “bestiality”. The new section read:

[Buggery or bestiality]

147. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

[74] Apart from modifying the sentencing range, the French version of s. 147 in the 1955 *Code* remained the same as before the 1955 revisions. Indeed, the new section read:

147. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque commet la sodomie ou bestialité.

[75] As in the *1892 Code*, the elements of the offence are not specified. The Crown says that the introduction of the offence under that name shows a parliamentary intent to differentiate the offence from the old offence of buggery and that the use of the new language was intended to modernize the historical offence of buggery committed with animals. I cannot agree.

[Sodomie]

202. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

202. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life who commits buggery, either with a human being or with any other living creature.

(S.R.C. 1927, c. 36)

[73] Lors de la révision de 1955, le terme « *bestiality* » a été introduit pour la première fois dans la version anglaise du *Code*, et le passage « *buggery [. . .] with any other living creature* » a été supprimé, mais on n'a défini ni le terme « *buggery* » (sodomie), ni celui de « *bestiality* ». La nouvelle disposition était ainsi libellée :

[Buggery or bestiality]

147. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

[74] Mis à part la modification apportée à la fourchette des peines, la version française de l'art. 147 dans le *Code* de 1955 est restée la même qu'avant la révision de 1955. En effet, le nouvel article était rédigé en ces termes :

147. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque commet la sodomie ou bestialité.

[75] Tout comme dans le *Code de 1892*, les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas précisés. Le ministère public affirme que l'introduction de l'infraction sous cette désignation démontre l'intention du législateur de différencier cette infraction de l'ancienne infraction de sodomie et que l'utilisation de la nouvelle expression visait à moderniser l'ancienne infraction de sodomie commise avec des animaux. Je ne saurais être d'accord.

(i) Text, Legislative Evolution and History

[76] I turn first to the text and the legislative evolution and history of the 1955 provisions.

[77] The text of the 1955 revisions does not suggest that any significant change in the law was intended. In fact, quite the opposite is the case. The word “bestiality” was substituted for the words “buggery . . . with any other living creature” in the English version of the offence, but the French version of the offence remained unchanged. This appears to be simply the substitution of a more precise legal term in the English version for the previous more general expression. The absence of a statutory definition of either term is consistent only with the intent to adopt the accepted legal meanings of both terms. And the absence of change to the French version undermines the Crown’s position that any substantive change was intended by the amendment of the English version. Unlike Justice Abella, I cannot see in this amendment that the two offences were “rendered asunder from each other”. That reasoning cannot be accepted in the face of the fact that the French version of the *Code* had always used different words for the human buggery and the animal buggery offence in this section. The change to the English version in 1955 to more closely match the French cannot bear the interpretative weight that the Crown and Justice Abella attach to it. And the suggestion that this minor change to the English version is somehow linked to amendments to the animal cruelty offence has no foundation in the principles of statutory interpretation or, as we shall see, in the legislative evolution and history.

[78] We should note that the term “bestiality” was used in the law before it was introduced into the *Code* in 1955. I have already referred to the use of the word in the marginal note to the *1861 Act* and to the case of *Bourne* in which Lord Chief Justice Goddard observed that the offence of buggery with

(i) Le texte ainsi que l’évolution et l’historique législatifs

[76] Je me penche d’abord sur le texte ainsi que sur l’évolution et l’historique des dispositions de 1955.

[77] Le texte de la révision de 1955 ne porte pas à croire que le législateur a voulu changer le droit de façon substantielle. En fait, c’est plutôt le contraire. Dans la version anglaise, le terme « *bestiality* » a remplacé le passage « *buggery [. . .] with any other living creature* », mais la version française de l’infraction est demeurée inchangée. Il semble s’agir là du simple remplacement de l’ancienne expression plus générale dans la version anglaise par un terme juridique plus précis. L’absence de définition de l’un ou l’autre des termes dans la loi ne s’accorde qu’avec l’intention d’adopter le sens juridique reconnu des deux termes. Et l’absence de changement à la version française affaiblit la thèse du ministère public selon laquelle la modification de la version anglaise se voulait un changement de fond. Contrairement à la juge Abella, je ne crois pas que cette modification « scinde » les deux infractions. Le raisonnement de la juge Abella ne saurait être accepté compte tenu du fait que la version française du *Code* a toujours employé à cet article des mots différents pour désigner l’infraction de sodomie avec un être humain et celle de sodomie avec un animal. Le changement apporté à la version anglaise en 1955 pour qu’elle corresponde davantage à la version française ne peut se voir attribuer l’importance que lui accordent le ministère public et la juge Abella au chapitre de l’interprétation. Et la prétention selon laquelle ce changement mineur à la version anglaise a un quelconque rapport avec les modifications à l’infraction de cruauté envers un animal ne repose ni sur les principes d’interprétation des lois ni, comme nous le verrons, sur l’évolution et l’historique législatifs.

[78] Il convient de souligner que le terme « *bestiality* » a été utilisé en droit avant qu’il ne soit introduit dans la version anglaise du *Code* en 1955. J’ai déjà relevé l’utilisation du mot dans la note marginale de la *Loi de 1861* et dans l’arrêt *Bourne*, où le lord juge en chef Goddard a fait remarquer

an animal was “commonly called bestiality”: p. 127. There is also the use of the term “bestiality” by Taschereau in relation to his model indictment in relation to buggery with an animal: Taschereau (1874), at p. 345; see also Thomas, at p. 154; and A. K. Gigeroff, *Sexual Deviations in the Criminal Law* (1968), at p. 105. And of course there is the use of the French word “*bestialité*” in the *Code* from 1892 on.

[79] There is nothing in the text of the 1955 revisions to suggest that any change in the elements of the offence was intended. The absence of revision to the text of the French version makes clear that no substantive change was intended. Contrary to the view expressed by Justice Abella, there is no ambiguity in this provision. It is a simple incorporation of a legal term with a meaning that had been well understood for centuries.

[80] If Parliament intended the significant change in the law as the Crown contends, it would surely have been noticed either in parliamentary debates or by commentators. But so far as counsel or I can determine, no notice of the alleged change can be found in either.

[81] The legislative evolution and history of the sexual offences in the 1955 revisions are exhaustively reviewed in Gigeroff, at pp. 69 ff. From the initial introduction of the draft bill in the House of Commons and the Senate in 1952, until Royal Assent in June 1954, there was no change in and no discussion of the bestiality section. An explanatory note added by the Senate Standing Committee on Banking and Commerce, to which the initial bill was referred, indicated that the new s. 147 was *a change in form only* from the previous *Code*'s s. 202: Gigeroff, at p. 76. There is thus nothing in the legislative history and evolution of s. 147 to support the Crown's position that the 1955 revisions brought about a significant change in the elements of the offence. The use of a word with a legal meaning without further definition and the explanatory note that the section was changed in form

que l'infraction de sodomie avec un animal était [TRADUCTION] « communément appelée bestialité » (p. 127). Le terme « *bestiality* » a également été utilisé par H. E. Taschereau relativement à son modèle d'acte d'accusation concernant la sodomie avec un animal (Taschereau (1874), p. 345; voir également Thomas, p. 154; et A. K. Gigeroff, *Sexual Deviations in the Criminal Law* (1968), p. 105). Et, bien sûr, le mot français « *bestialité* » est employé dans le *Code* depuis 1892.

[79] Rien dans le libellé de la révision de 1955 ne porte à croire qu'un changement aux éléments de l'infraction était souhaité. L'absence de révision du texte de la version française indique clairement qu'aucun changement de fond n'était souhaité. Contrairement à ce qu'affirme la juge Abella, la disposition en cause ne souffre d'aucune ambiguïté. Il s'agit simplement de l'insertion d'un terme juridique dont le sens est bien défini depuis des siècles.

[80] Si le législateur avait voulu modifier le droit de façon substantielle comme le prétend le ministère public, ce changement aurait sûrement été signalé dans les débats parlementaires ou par des auteurs. Or, à ma connaissance et à celle des avocats, le changement allégué n'a été relevé ni dans les débats ni par les auteurs.

[81] L'évolution et l'historique législatifs des infractions d'ordre sexuel dans la révision de 1955 sont examinés en profondeur dans Gigeroff, p. 69 et suiv. Du dépôt initial du projet de loi à la Chambre des communes et au Sénat en 1952 jusqu'à la sanction royale en juin 1954, l'article sur la bestialité n'a fait l'objet d'aucun changement ni d'aucune discussion. Une note explicative ajoutée par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, auquel le projet de loi initial avait été soumis, indiquait que le nouvel art. 147 n'était qu'une *modification de forme* de l'ancien art. 202 du *Code* (Gigeroff, p. 76). Par conséquent, l'évolution et l'historique de l'art. 147 n'appuient d'aucune manière la thèse du ministère public selon laquelle la révision de 1955 a modifié de façon importante les éléments de l'infraction. L'utilisation d'un terme ayant un sens juridique sans être par ailleurs défini et la note explicative

only support the opposite view that no substantive change was intended. As Gigeroff observes:

In the narrow field of sex offences, the major effort of the commissioners was to bring all of the sexual offences under one part of the code, but the offences themselves remained virtually unchanged, with the single exception of gross indecency, which was expanded in a way which has been open to much criticism. [Emphasis added; p. 81.]

[82] We should not forget that one of the purposes of the 1955 revisions, as I discussed earlier, was to make the *Code* truly exhaustive. The intent was, in a sense, to “freeze” the definition of criminal liability. To read into the use of the English word “bestiality”, used without further statutory definition, something other than its widely accepted meaning would be fundamentally at odds with that purpose. This is doubly so when the French word “*bestialité*” remained unchanged.

[83] There is no support for the Crown’s position in the text, legislative history and evolution of the 1955 revisions. These in fact only support the opposite view.

(ii) Commentators

[84] The commentators are also uniformly against the Crown’s position.

[85] I will start with the work of J. C. Martin. Mr. Martin was the editor of the 1955 *Criminal Code of Canada: With Annotations and Notes* and he served as research counsel to the Royal Commission to Revise the *Criminal Code*, 1947-1952. The Commission’s work resulted in the draft bill that led to the 1955 revisions of the *Code*. There is no sign in his comments on the revised *Code* of 1955 that there was any substantive change to the bestiality offence.

[86] In his introduction to the 1955 edition of the *Code*, Mr. Martin lists 52 of the principal changes:

indiquant que l’article a été modifié dans sa forme uniquement appuient le point de vue contraire selon lequel aucun changement de fond n’était souhaité. Comme le fait observer M. Gigeroff :

[TRADUCTION] Dans le domaine restreint des infractions d’ordre sexuel, les commissaires se sont surtout employés à regrouper toutes ces infractions dans une partie du code, mais les infractions elles-mêmes sont demeurées pratiquement inchangées, à l’exception de l’infraction de grossière indécence, dont la portée a été élargie d’une façon qui prêtait beaucoup le flanc à la critique. [Je souligne; p. 81.]

[82] Comme je l’ai déjà mentionné, il ne faudrait pas oublier que l’un des objectifs de la révision de 1955 était de rendre le *Code* véritablement exhaustif. Dans un sens, on voulait « figer dans le temps » la définition de la responsabilité criminelle. Donner au mot anglais « *bestiality* », utilisé sans être défini dans la loi, un autre sens que celui largement reconnu serait fondamentalement incompatible avec cet objectif. Il en est doublement ainsi car le mot français « bestialité » est resté tel quel.

[83] Le texte ainsi que l’évolution et l’historique de la révision de 1955 n’étaient pas la thèse du ministère public. En fait, ils n’étaient que le point de vue contraire.

(ii) Auteurs

[84] Les auteurs sont aussi tous défavorables à la thèse du ministère public.

[85] Je me pencherai d’abord sur les travaux de J. C. Martin. Il était le rédacteur du *Criminal Code of Canada : With Annotations and Notes* de 1955 et a travaillé comme avocat chercheur pour la Commission royale pour la révision du *Code criminel* de 1947 à 1952. Les travaux de la Commission ont débouché sur le projet de loi ayant mené à la révision de 1955 du *Code*. Ses commentaires sur le *Code* révisé de 1955 n’indiquent aucunement qu’un changement de fond était apporté à l’infraction de bestialité.

[86] Dans son introduction de l’édition de 1955 du *Code*, M. Martin énumère 52 des principaux

Martin, at pp. 9-15. He makes no mention of the bestiality offence, suggesting that he did not view that provision as one of the principal changes worthy of special mention. He adds in the introduction that this list does not refer to all of the changes made and that others are referred to in the notes to the relevant sections. When we look there, it is clear that Mr. Martin saw no substantive change to the offence. Under the amended section (s. 147), the editor states simply that

[t]his is the former s. 202. It was s. 174 in the Code of 1892 and s. 144 in the E.D.C. [1879 Draft Code] whence it was taken from the *Offences against the Person Act, 1861*. [p. 248]

The only changes noted are that the maximum punishment has been reduced from life to 14 years and that the offence has been listed in s. 661, opening the way to a sentence of preventive detention upon conviction. In other words, the new provision in the 1955 revisions is the same in substance as the English offence in the *1861 Act*.

[87] Mr. Martin's note refers the reader to s. 3(6) which provides that "sexual intercourse is complete upon penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted" and, for the meaning of the terms used, to *R. v. Jacobs* (1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830. That case stands for the proposition that oral sexual activity did not constitute sodomy. All of this, of course, is inconsistent with the Crown's submission that there had been any substantive change in the law or that penetration was not an element of the offence. Otherwise, the references to s. 3(6) and to *Jacobs* would be irrelevant.

[88] I turn to other commentators. In 1957, Irénée Lagarde, in *Nouveau Code Criminel Annoté*, at p. 102, explains that [TRANSLATION] "[b]estiality is unnatural coitus [i.e. sexual intercourse] between a man or a woman and an animal".

changements (Martin, p. 9-15). Il ne mentionne pas l'infraction de bestialité, ce qui donne à penser qu'il ne voyait pas cette disposition comme l'un des principaux changements dignes d'être soulignés. Il ajoute dans son introduction que la liste ne recense pas tous les changements apportés et que d'autres modifications sont relevées dans les notes annexées aux dispositions pertinentes. Un examen de ces notes révèle clairement que M. Martin n'a vu aucun changement de fond à l'infraction. Sous la disposition modifiée (l'art. 147), le rédacteur affirme simplement ce qui suit :

[TRADUCTION] Il s'agit de l'ancien art. 202. C'était l'art. 174 du Code de 1892 et l'art. 144 du E.D.C. [*Draft Code de 1879*], tiré de la *Offences against the Person Act, 1861*. [p. 248]

Les seuls changements relevés sont les suivants : la peine maximale est passée de l'emprisonnement à perpétuité à 14 ans d'emprisonnement et il a été fait mention de l'infraction à l'art. 661, ce qui ouvrirait la voie à une peine de détention préventive sur déclaration de culpabilité. Autrement dit, la nouvelle disposition prévue par la révision de 1955 correspond essentiellement à l'infraction anglaise prévue dans la *Loi de 1861*.

[87] La note de M. Martin renvoie le lecteur au par. 3(6), qui prévoit que « les rapports sexuels sont complets s'il y a pénétration même au moindre degré et bien qu'il n'y ait pas émission de semence » et, pour le sens des termes utilisés, à *R. c. Jacobs* (1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830. Cette décision permet d'affirmer que les activités sexuelles orales ne constituaient pas de la sodomie. Bien entendu, tout cela ne cadre pas avec l'argument du ministère public selon lequel un changement de fond a été apporté à la loi ou que la pénétration n'était pas un élément de l'infraction. Sinon, les renvois au par. 3(6) et à la décision *Jacobs* n'auraient aucune raison d'être.

[88] Je me penche maintenant sur les propos d'autres auteurs. En 1957, Irénée Lagarde explique à la p. 102 du *Nouveau Code Criminel Annoté* que la « bestialité est le coït contre nature entre un homme ou une femme et un animal ».

[89] In *Droit pénal canadien* (1962), at p. 34, the same author stated:

[TRANSLATION] . . . bestiality may occur between a male person (active agent) and a female animal or between a female person (passive agent) and a male animal. Bestiality may be coital or anal. But in each of these cases, there must be “penetration” by the male organ to the degree indicated above. [Emphasis added.]

[90] Similarly, the 1959 edition of *Crankshaw’s Criminal Code of Canada* (7th ed.), at p. 208, provides the following definition of buggery:

Buggery, also called sodomy, is the carnal copulation against nature by human beings with each other or with a beast . . . [C]arnal knowledge in any manner by a man or woman with a beast is bestiality. The word “buggery” comprehends both. . . .

. . . .

Carnal knowledge is complete upon penetration to any, even the slightest degree

[91] The 1964 edition of *Tremear’s Annotated Criminal Code: Canada* (6th ed.) also provides a definition of bestiality under which penetration — vaginal or anal — is required:

This offence, also called sodomy, is defined in 1 Bishop, Cr. Law, p. 380, as carnal copulation against nature by human beings with each other or with a beast. Since it is a form of carnal knowledge, there must, under s. 3(6), as well as at common law, be penetration to some degree, and, where the offence is committed between humans, the penetration must be *per anum*; a penetration of the mouth is not sodomy: *R. v. Jacobs* (1817) R. & R. 331, 168 E.R. 830 (C.A.) . . . [p. 216]

[92] This understanding of bestiality was also shared by the Law Reform Commission of Canada in its Working Paper 22, *Criminal Law: Sexual Offences* (1978). Bestiality is said to refer to “sexual intercourse between a human and an animal”: p. 35. Notably, the Commission did not believe that elements of bestiality had been changed in 1955. It also did not recommend to extend these elements. It

[89] Dans le *Droit pénal canadien* (1962), le même auteur a dit ce qui suit à la p. 34 :

. . . il peut y avoir bestialité entre une personne du sexe masculin (agent actif) et un animal femelle ou entre une personne du sexe féminin (agent passif) et un animal mâle. La bestialité peut se pratiquer par un coït ou par l’anus. Mais dans chacun de ces cas, il doit y avoir « pénétration » par l’organe mâle au degré ci-dessus indiqué. [Je souligne.]

[90] De même, l’édition de 1959 du *Crankshaw’s Criminal Code of Canada* (7^e éd.), p. 208, donne la définition suivante de la sodomie :

[TRADUCTION] La sodomie est une copulation contre nature entre des êtres humains ou entre un être humain et un animal [. . .] [T]oute connaissance charnelle entre un homme ou une femme et un animal s’appelle la bestialité. Le terme « sodomie » englobe les deux. . .

. . . .

La connaissance charnelle est complète s’il y a pénétration même au moindre degré . . .

[91] L’édition de 1964 du *Tremear’s Annotated Criminal Code : Canada* (6^e éd.) donne également une définition de la bestialité selon laquelle il doit y avoir pénétration, vaginale ou anale :

[TRADUCTION] Cette infraction, appelée également sodomie, est définie dans 1 Bishop, Cr. Law, p. 380, comme une copulation contre nature entre des êtres humains ou entre un humain et un animal. Comme il s’agit d’une forme de connaissance charnelle, il doit y avoir, selon le par. 3(6) ainsi que la common law, pénétration à un certain degré et, lorsque l’infraction est commise entre des humains, la pénétration doit être anale; une pénétration orale n’est pas de la sodomie : *R. c. Jacobs* (1817), R. & R. 331, 168 E.R. 830 (C.A.) . . . [p. 216]

[92] La Commission de réforme du droit du Canada a également fait sienne cette conception de la bestialité dans son Document de travail 22, *Droit pénal : infractions sexuelles* (1978). Il est indiqué que la bestialité désigne « les rapports sexuels entre un être humain et un animal » (p. 37). Fait à signaler, la Commission ne croyait pas que les éléments de la bestialité avaient été modifiés en 1955.

rather proposed, as I mentioned earlier, that the offence be repealed, with animal cruelty offences and provincial animal welfare legislation addressing any public policy concerns: *Report on Sexual Offences*, at p. 30.

[93] To sum up on this point, the work of the commentators on the revised *Code* does not support the Crown's position. Their comments overwhelmingly support the view that the 1955 revisions did not bring about any substantive change in the elements of the offence.

(iii) The Crown's Position Is Not Supported by the Principles of Interpretation on Which It Relies

[94] The Crown relies on the interpretative principles that Parliament does not speak in vain and that every word in an enactment must be given a meaning. But this reliance is misplaced.

[95] The Crown says that the amendment using the word bestiality must be understood as having some purpose. But, as Professor Sullivan points out, the presumption that amendments are purposeful is much less strong in relation to the question of whether they change the substantive law. She notes that making formal improvements to the Canadian statute book is a "minor industry" and that the purpose of amendments may be to clarify the meaning or to correct a mistake rather than to change the law: §23.23. She also notes that s. 45(2) of the *Interpretation Act*, which provides that an amendment should not be taken as a declaration that Parliament considered that the amendment changed the law, should serve as a reminder to the courts that amendments do not necessarily intend to bring about substantive change: §23.24. And, as Doherty J.A. noted in *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, at para. 94, while there is a presumption that when Parliament changes legislation it does so for a purpose, that purpose may be simply to give effect to "benign housekeeping concerns". Adopting a comment from the 5th edition of

Elle n'a pas non plus recommandé d'élargir ces éléments. Comme je l'ai déjà dit, elle a plutôt proposé d'abolir l'infraction puisque les infractions de cruauté envers les animaux et la législation provinciale en matière de protection des animaux répondaient à toute préoccupation de politique générale (*Rapport sur les infractions sexuelles*, p. 32).

[93] Pour résumer ce point, les travaux des auteurs sur le *Code* révisé n'appuient pas la thèse du ministère public. Leurs commentaires étayaient en très grande majorité l'opinion selon laquelle la révision de 1955 n'a pas modifié sur le fond les éléments de l'infraction.

(iii) La thèse du ministère public n'est pas étayée par les principes d'interprétation sur lesquels il s'appuie

[94] Le ministère public se fonde sur les principes d'interprétation voulant que le législateur ne parle pas pour ne rien dire et qu'il faille donner un sens à chaque mot d'un texte législatif. Or, c'est à tort qu'il invoque ces principes.

[95] Selon le ministère public, il faut considérer que l'ajout du mot « *bestiality* » dans la version anglaise avait une raison d'être. Mais comme le souligne la professeure Sullivan, la présomption que les modifications ont une raison d'être est beaucoup moins solide lorsqu'il s'agit de savoir si elles ont eu pour effet de modifier le droit substantiel. Elle signale que les améliorations de forme des recueils de lois canadiennes sont [TRADUCTION] « légion » et que les modifications peuvent viser à clarifier le sens ou à corriger une erreur plutôt qu'à modifier le droit (§23.23). Elle indique également que le par. 45(2) de la *Loi d'interprétation*, selon lequel une modification ne constitue pas une déclaration portant que le législateur considérait que la modification a changé les règles de droit, devrait rappeler aux tribunaux que les modifications ne visent pas forcément à apporter un changement de fond (§23.24). De plus, comme le juge Doherty l'a indiqué dans l'arrêt *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, par. 94, bien que le législateur soit présumé modifier la loi pour une raison, son objectif est peut-être simplement de donner effet à des [TRADUCTION] « préoccupations mineures

Sullivan on the Construction of Statutes (2008), at p. 585, he adds that when an older statute is given a major overhaul as the *Code* was in 1955, “it may be clear that even dramatic changes in wording are meant to simplify or otherwise modernize the style rather than to change the substance of the provision”: para. 94.

[96] Here, there is no evidence that any substantive change was intended; quite the opposite. The fact that no substantive change occurred in the French version of the offence leads us to conclude almost inevitably that the change in terminology in the English version was simply intended to give the offence a clearer, more modern wording which would be more consistent with its French equivalent.

[97] Moreover, after the substitution of the word “bestiality” for the words “buggery . . . with any other living creature” every word in the new enactment has meaning. No words are used in vain. Justice Abella reasons that the addition of the offence of bestiality must have been intended to mean something different from buggery. But the offence of bestiality was not added; the word “bestiality” was substituted for the words “buggery . . . with any other living creature”. And of course, as Justice Abella writes, bestiality meant something different than buggery in the amended provision. Given the simple substitution of the word “bestiality” for the former words “buggery . . . with any other living creature”, buggery in the amended version referred to the offence in relation to human beings. It may be that the amendment made it more clear in the English version that the offence in relation to animals was not limited to anal penetration but included vaginal penetration as well. In any event, there is nothing in this tweak to the English version of the *Code* to support the view that any substantive change to the elements of the offence was intended.

[98] The Crown also relies on the reasoning of the dissenting judge in the Court of Appeal that interpreting bestiality as a subset of buggery gives the

d’ordre administratif ». Souscrivant à un commentaire tiré de la cinquième édition de *Sullivan on the Construction of Statutes* (2008), p. 585, il ajoute que, lorsqu’une loi plus ancienne fait l’objet d’une refonte majeure, comme le *Code* en 1955, « il est parfois évident que même les modifications de libellé les plus draconiennes visent à simplifier ou à moderniser autrement le style plutôt qu’à modifier le contenu de la disposition » (par. 94).

[96] En l’espèce, rien ne prouve qu’un changement de fond était souhaité, bien au contraire. L’absence de modification de fond à la version française de l’infraction nous amène à conclure presque inévitablement que le changement de terminologie dans la version anglaise ne visait qu’à donner à l’infraction une formulation plus claire et plus moderne qui concorderait mieux avec son équivalent français.

[97] De plus, après le remplacement du passage « *buggery [. . .] with any other living creature* » par le mot « *bestiality* », chacun des mots du nouveau texte de loi a un sens. Aucun mot n’est utilisé pour rien. Selon la juge Abella, l’infraction de *bestiality* ajoutée devait sûrement vouloir dire autre chose que celle de *buggery*. Or, l’infraction de *bestiality* n’a pas été ajoutée; le mot « *bestiality* » a été substitué à l’expression « *buggery [. . .] with any other living creature* ». Et bien sûr, comme l’écrit la juge Abella, la *bestiality* avait un sens différent de celui du terme « *buggery* » dans la disposition modifiée. Vu le simple remplacement de l’ancienne expression « *buggery [. . .] with any other living creature* » par le mot « *bestiality* », le terme « *buggery* » figurant dans la version modifiée désigne l’infraction commise avec un être humain. Il se peut que la modification ait précisé dans la version anglaise que l’infraction commise avec des animaux visait non seulement la pénétration anale, mais aussi la pénétration vaginale. Quoi qu’il en soit, cette modification mineure de la version anglaise du *Code* ne permet aucunement d’affirmer qu’un changement de fond des éléments de l’infraction était souhaité.

[98] Le ministère public se fonde aussi sur le raisonnement du juge dissident de la Cour d’appel selon lequel considérer la bestialité comme une

offence an illogical scope because it would restrict it to anal penetration of or by animals: para. 53. However, for the reasons set out earlier, I reject the factual premise of this argument: bestiality was not restricted to anal penetration with animals but included sexual intercourse between humans and animals.

(iv) Conclusion

[99] The text, read in both of its official versions, the legislative history and evolution, all of the commentators and the applicable principles of statutory interpretation provide no support for the Crown's position. They in fact support the opposite view. I conclude that the 1955 revisions to the *Code* did not expand the elements of the bestiality offence and that penetration between a human and an animal was the essence of the offence.

(d) *The 1988 Revisions*

[100] The Crown also relies on the 1988 revisions to the *Code* as "confirming" Parliament's intent to change the scope of the bestiality offence in 1955 so that it included all sexual activity between humans and animals. For the reasons that I have just set out at length, I reject the premise of this submission. There is *nothing* in the 1955 revisions to support the view that Parliament intended any change in the scope of the bestiality offence. *All* the indications are to the opposite effect.

[101] I will nonetheless examine the 1988 revisions to see if they shed additional light on Parliament's intention. Although I will refer to these as the 1988 revisions, the legislative history is somewhat more complicated. What is often referred to as Bill C-15 was enacted as *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, which came into force on January 1, 1988. The sections that are most relevant to this case were renumbered in *An Act to amend the Criminal Code*

sous-catégorie de la sodomie donne à l'infraction une portée illogique puisque cela limiterait cette infraction à la pénétration anale d'un animal ou par un animal (par. 53). Toutefois, pour les motifs exposés précédemment, je rejette la prémisse factuelle de cet argument : la bestialité ne visait pas uniquement la pénétration anale avec un animal; elle englobait aussi les rapports sexuels entre humains et animaux.

(iv) Conclusion

[99] Le texte, lu dans ses deux versions officielles, l'évolution et l'historique législatifs, les propos de tous les auteurs ainsi que les principes applicables en matière d'interprétation législative n'étaient aucunement la thèse du ministère public. En fait, ils étaient le point de vue contraire. Je conclus que la révision de 1955 du *Code* n'a pas élargi les éléments de l'infraction de bestialité et que la pénétration impliquant un être humain et un animal était l'essence même de l'infraction.

d) *La révision de 1988*

[100] Toujours selon le ministère public, la révision de 1988 du *Code* « confirme » l'intention du législateur de changer la portée de l'infraction de bestialité en 1955 de façon à ce que cette infraction englobe toutes les activités sexuelles entre humains et animaux. Pour les motifs que je viens tout juste d'exposer en détail, je rejette la prémisse de cet argument. *Rien* dans la révision de 1955 n'étaye l'opinion selon laquelle le législateur a voulu modifier de quelque façon que ce soit la portée de l'infraction de bestialité. *Tout* indique le contraire.

[101] J'examinerai néanmoins la révision de 1988 pour voir si elle jette un éclairage additionnel sur l'intention du législateur. Bien que j'appelle ces modifications la révision de 1988, l'historique législatif est un peu plus complexe. Ce qui est souvent appelé le projet de loi C-15 a été adopté sous le nom de *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, c. 24, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988. Les dispositions les plus pertinentes en l'espèce ont été renumérotées dans la *Loi*

and the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.).

[102] Among other things, Bill C-15 repealed the former buggery offence and replaced it with the new offence of anal intercourse: s. 3, rep. & sub. s. 154, *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, now s. 159. The new anal intercourse offence did not apply to acts in private between husband and wife or between any two people each of whom was 18 years of age or more and who consented to the act: s. 154(2), now s. 159(2). Importantly, the elements of the new offence of anal intercourse were virtually identical to the former offence of buggery with a human: see *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at pp. 187-88. The use of the word “intercourse” in the offence meant that penetration was an essential element of the re-named anal intercourse offence as it had been with the buggery offence.

[103] A second change was that bestiality was given its own section (s. 155, now s. 160) and three new bestiality offences were created: compelling another person to commit bestiality, committing bestiality in the presence of a person under the age of 14 and inciting a person under the age of 14 to commit bestiality (s. 155(2) and (3), now s. 160(2) and (3)). The term “bestiality” was not defined. The s. 160(3) offence (committing bestiality in the presence of a child or inciting a child to commit bestiality) has been amended three times since its initial enactment: by increasing the relevant age from 14 to 16, by imposing mandatory minimum sentences and by increasing the maximum sentence for the offence: see *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, s. 54; *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 15, and *Tougher Penalties for Child Predators Act*, S.C. 2015, c. 23, s. 5. No definition of the elements of the offence has ever been enacted. The relevant *Code* provision now reads as follows:

modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.).

[102] Entre autres, le projet de loi C-15 a aboli l'ancienne infraction de sodomie et l'a remplacée par la nouvelle infraction de relations sexuelles anales (art. 3, qui a remplacé l'art. 154, *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, par l'actuel art. 159). La nouvelle infraction de relations sexuelles anales ne s'appliquait pas aux actes commis, avec leur consentement respectif, dans l'intimité par les époux ou par deux personnes âgées d'au moins 18 ans (par. 154(2), maintenant le par. 159(2)). Fait important, les éléments de la nouvelle infraction de relations sexuelles anales étaient pratiquement identiques à ceux de l'ancienne infraction de sodomie entre humains (voir *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, p. 187-188). L'utilisation de l'expression « relations sexuelles » dans le texte créant l'infraction signifiait que la pénétration était un élément essentiel de l'infraction de relations sexuelles anales comme cela l'était pour l'infraction de sodomie.

[103] Une deuxième modification a fait en sorte que la bestialité a fait l'objet d'une disposition distincte (l'art. 155, maintenant l'art. 160) et que trois nouvelles infractions de bestialité ont été créées : forcer une autre personne à commettre un acte de bestialité, commettre un acte de bestialité en présence d'une personne âgée de moins de 14 ans et inciter une personne âgée de moins de 14 ans à commettre un acte de bestialité (par. 155(2) et (3), maintenant les par. 160(2) et (3)). Le terme « bestialité » n'a pas été défini. L'infraction prévue au par. 160(3) (commettre un acte de bestialité en présence d'un enfant ou inciter un enfant à commettre un acte de bestialité) a été modifiée trois fois depuis son adoption initiale : en augmentant l'âge applicable de 14 à 16 ans, en imposant une peine minimale obligatoire et en augmentant la peine maximale (voir la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, art. 54; la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 15, et la *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*, L.C. 2015, c. 23, art. 5). Les éléments de l'infraction n'ont jamais été définis. La disposition applicable du *Code* est maintenant rédigée comme suit :

Bestiality

160. (1) Every person who commits bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Compelling the commission of bestiality

(2) Every person who compels another to commit bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Bestiality in presence of or by child

(3) Despite subsection (1), every person who commits bestiality in the presence of a person under the age of 16 years, or who incites a person under the age of 16 years to commit bestiality,

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

[104] The Crown submits that the 1988 revisions confirm that not only did Parliament intend, in 1955, to give the term “bestiality” a separate meaning apart from “buggery”, but it also meant to give bestiality a broad interpretation not restricted to penetrative conduct. Otherwise, the Crown argues, the changes brought about by the 1988 revisions, as part of a legislative package to protect children from the harm caused by all forms of sexual abuse, would not give full effect to the underlying purpose of the legislation. I cannot accept these submissions.

(i) Context

[105] It will be helpful to begin the analysis by placing the 1988 revisions in the context of the very significant reform of the sexual offences that unfolded in Canada in the 1980s.

Bestialité

160. (1) Est coupable soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de dix ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, quiconque commet un acte de bestialité.

Usage de la force

(2) Est coupable soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de dix ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui en force une autre à commettre un acte de bestialité.

Bestialité en présence d’un enfant ou incitation de celui-ci

(3) Malgré le paragraphe (1), toute personne qui commet un acte de bestialité en présence d’une personne âgée de moins de seize ans ou qui l’incite à en commettre un est coupable :

a) soit d’un acte criminel passible d’un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de un an;

b) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois.

[104] D’après le ministère public, la révision de 1988 confirme que non seulement le législateur a voulu, en 1955, donner au terme « *bestiality* » un sens distinct de celui de « *buggery* », mais qu’il a également voulu lui donner une interprétation large qui ne se limite pas à la pénétration. Sinon, affirme le ministère public, les modifications apportées en 1988 dans le cadre d’un dispositif législatif visant à protéger les enfants contre le tort causé par toute forme d’abus sexuel n’auraient pas donné plein effet à l’objectif sous-jacent de la loi. Je ne saurais accepter ces arguments.

(i) Contexte

[105] Il est utile de commencer l’analyse en situant la révision de 1988 dans le contexte de la réforme très importante des infractions d’ordre sexuel qui a eu lieu au Canada dans les années 1980.

[106] There was a virtually complete overhaul of sexual offences against the person in 1983: *Criminal Law Amendment Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, in force January 1983 (often referred to as Bill C-127). These changes were followed by the 1988 revisions which were focused on enhancing the protection of children against sexual abuse. Through all of these many changes, changes which included fundamental revision of the definition of several sexual offences and the repeal of others, the *Code* continued to make bestiality an offence without further defining it. The fact that Parliament made no change to the definition of bestiality in the midst of this comprehensive revision of the sexual offences supports only the conclusion that it intended to retain its well-understood legal meaning.

(ii) The 1983 Revisions

[107] To return to Bill C-127, one of its main purposes was to make a clear statement that a sexual offence is primarily an act of violence, although it has a sexual component: statement by the Honourable Flora MacDonald during the debates on Bill C-127, *House of Commons Debates*, vol. XVII, 1st Sess., 32nd Parl., August 4, 1982, at p. 20041. As a result, a number of sexual offences were taken out of Part IV of the *Code*, dealing with sexual offences, public morals and disorderly conduct, and new offences were created and added to Part VI, dealing with offences against the person and reputation.

[108] Three of the most significant changes made to the structure of sexual offences were these. Penetration was not an element of the new sexual assault offences. Sexual assaults became gender neutral and could be committed by a person of either sex against another person of either sex. Finally, spousal immunity, which had previously protected husbands from being charged with raping their wives, was removed: C. L. M. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at pp. 46-47.

[106] Les infractions sexuelles contre la personne ont fait l'objet d'une refonte pratiquement complète en 1983 (*Loi modifiant le droit criminel*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125; en vigueur en janvier 1983 (souvent appelée le projet de loi C-127)). La révision de 1988, qui visait à mieux protéger les enfants contre l'abus sexuel, a suivi. Tout au long de ces nombreuses modifications, qui comprenaient une révision de fond en comble de la définition de plusieurs infractions d'ordre sexuel et l'abrogation de certaines autres, le *Code* a continué de criminaliser la bestialité sans la définir. Le fait que le législateur n'a pas modifié la définition de la bestialité au milieu de cette révision exhaustive des infractions d'ordre sexuel étaye uniquement la conclusion selon laquelle il a voulu que le terme « bestialité » conserve son sens juridique bien défini.

(ii) La révision de 1983

[107] Revenons au projet de loi C-127. L'un de ses principaux objectifs était de déclarer clairement qu'une infraction d'ordre sexuel est avant tout un acte de violence, même si elle a une composante sexuelle (déclaration de l'honorable Flora MacDonald durant les débats sur le projet de loi C-127, *Débats de la Chambre des communes*, vol. XVII, 1^{re} sess., 32^e lég., 4 août 1982, p. 20041). Par conséquent, bon nombre d'infractions d'ordre sexuel ont été retirées de la partie IV du *Code*, qui portait sur les infractions de ce genre, les actes contraires à la moralité publique et l'inconduite, et de nouvelles infractions ont été créées et ajoutées à la partie VI, qui portait sur les infractions contre la personne et la réputation.

[108] Trois des plus importantes modifications apportées à la structure des infractions d'ordre sexuel étaient les suivantes. La pénétration n'était pas un élément des nouvelles infractions d'agression sexuelle. Les agressions sexuelles pouvaient désormais être commises par un homme ou une femme contre une autre personne du même sexe ou du sexe opposé. Enfin, l'immunité des époux, qui empêchait auparavant les maris d'être accusés de viol envers leur femme, a été supprimée (C. L. M. Boyle, *Sexual Assault* (1984), p. 46-47).

[109] A number of other changes were also made, such as the repeal of certain sexual offences, including rape and sexual intercourse with the “feeble-minded”, and a number of evidentiary changes, including repeal of the statutory requirement for corroboration for certain offences and abrogation of the rule concerning recent complaint: Boyle, at pp. 49-51.

[110] However, a number of the pre-existing sexual offences remained in force after the enactment of Bill C-127: sexual intercourse with females under the age of 14; sexual intercourse with females of previous chaste character; incest; seduction offences; sexual intercourse with children, wards and employees; gross indecency; and, most relevant to our case, buggery and bestiality (see D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), at pp. 87-91). It is worth noting that although the offence of rape was abolished and the new sexual assault offence provisions did not have penetration as one of their essential elements, the remaining offences, apart from gross indecency, expressly provide that “sexual intercourse” is an element. Sexual intercourse was defined in s. 3(6) as being “complete upon penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted”: now s. 4(5); see Watt, at p. 91. This, of course, is the definition of penetration (or “carnal knowledge”) that had been settled for centuries. Thus, the notion remained that penetration was an essential element of several of the retained offences.

[111] Also noteworthy is that the offences of buggery and bestiality remained undefined. As Mr. (now Justice) Watt noted in his text, these offences, “also known as sodomy, may be described as carnal copulation against nature by human beings with each other or with a beast. Some degree of penetration is required and, in the event that both participants are human, the penetration must be *per anum*”: pp. 90-91 (footnotes omitted).

[109] Plusieurs autres modifications ont été apportées, telle l’abolition de certaines infractions d’ordre sexuel, notamment le viol et les rapports sexuels avec une personne « faible d’esprit », et de certaines règles de preuve, dont l’abrogation de l’exigence législative de corroboration pour certaines infractions et l’abrogation de la règle concernant la plainte immédiate (Boyle, p. 49-51).

[110] Toutefois, plusieurs infractions d’ordre sexuel qui existaient déjà sont demeurées en vigueur après l’adoption du projet de loi C-127 : les rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans, les rapports sexuels avec une personne de sexe féminin de mœurs antérieurement chastes, l’inceste, les infractions de séduction, les rapports sexuels avec un enfant, un pupille ou un employé, la grossière indécence et, les plus pertinentes en l’espèce, la sodomie et la bestialité (voir D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), p. 87-91). Il vaut la peine de souligner que, bien que l’infraction de viol ait été abolie et que les nouvelles dispositions relatives à l’infraction d’agression sexuelle ne prévoyaient pas que la pénétration était un élément essentiel de celle-ci, les autres infractions, à l’exception de la grossière indécence, portaient expressément les « rapports sexuels » en tant qu’élément. Les rapports sexuels étaient définis au par. 3(6) comme étant « complets s’il y a pénétration même au moindre degré et bien qu’il n’y ait pas émission de semence » (actuel par. 4(5); voir Watt, p. 91). Bien entendu, il s’agit là de la définition de pénétration (ou de « connaissance charnelle ») qui est établie depuis des siècles. Ainsi, l’idée voulant que la pénétration soit un élément essentiel de plusieurs des infractions conservées a subsisté.

[111] Il importe également de souligner que les infractions de sodomie et de bestialité sont demeurées indéfinies. Comme D. Watt (maintenant juge) l’a fait observer dans son texte, ces infractions [TRADUCTION] « peuvent être décrites comme une copulation contre nature entre humains ou avec un animal. Une certaine pénétration est requise et, dans l’éventualité où les deux participants sont des humains, la pénétration doit être anale » (p. 90-91 (notes de bas de page omises)).

[112] In short, the move away from penetration as an element of the new sexual assault offences did not signal an end to penetration as an element of several other sexual offences retained by Bill C-127. And there is nothing in that legislation to suggest that the long-settled legal definition of bestiality had in any way changed.

(iii) The 1988 Revisions

[113] That brings us to the 1988 revisions. These amendments are found in a larger package of changes to the sexual offences in the *Code* in relation to children. It changed the law of consent in relation to young persons; introduced new, child-specific and gender-neutral offences not dependent on proof of penile penetration: sexual interference, invitation to sexual touching and sexual exploitation; and brought significant change to the rules of evidence applying at trials of sexual offences against children.

[114] Although the focus of the 1988 revisions was the protection of children, they also had features and objectives in common with the amendments of 1983. They intended to give equal protection to victims of sexual abuse, without regard to their sex: House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, at pp. 18-19 (Hon. Ramon John Hnatyshyn). They further modified the applicable evidentiary rules, so victims could more easily testify in court, by allowing a child to testify in court if he or she could be sworn or if the judge would determine that he or she could be heard on promising to tell the truth. They also created a broader range of sexual abuse offences, adding such offences as sexual interference, invitation to sexual touching and sexual exploitation.

[115] What does this legislative activity tell us about whether there was a parliamentary intent to expand the scope of criminal liability for bestiality? Before these amendments, as I have discussed

[112] Bref, le fait que la pénétration ne soit pas un élément des nouvelles infractions d'agression sexuelle ne signifie pas qu'elle n'est plus un élément de plusieurs autres infractions d'ordre sexuel maintenues par le projet de loi C-127. Et rien dans cette loi ne porte à croire que la définition juridique établie depuis longtemps de la bestialité avait changé de quelque façon que ce soit.

(iii) La révision de 1988

[113] Cela nous amène à la révision de 1988. Ces modifications s'inscrivent dans une réforme plus large des infractions d'ordre sexuel prévues au *Code* à l'égard des enfants. Cette révision a modifié le droit du consentement dans le cas des adolescents, a introduit de nouvelles infractions visant précisément les enfants et non fondées sur le sexe, qui ne dépendent pas d'une preuve de pénétration du pénis — contacts sexuels, incitation à des contacts sexuels et exploitation sexuelle — et a apporté des modifications importantes aux règles de preuve applicables dans les procès pour infractions sexuelles contre des enfants.

[114] La révision de 1988 était axée sur la protection des enfants, mais elle partageait aussi des caractéristiques et des objectifs avec les modifications de 1983. Elle visait à offrir une protection égale aux victimes d'abus sexuel, sans égard à leur sexe (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, n° 1, 2^e sess., 33^e lég., 27 novembre 1986, p. 18-19 (l'honorable Ramon John Hnatyshyn)). Elle a également modifié les règles de preuve applicables afin que les victimes puissent témoigner plus facilement en cour, en permettant à un enfant de témoigner s'il pouvait être assermenté ou si le juge décidait qu'il pouvait être entendu sur promesse de dire la vérité. Elle a également créé un éventail plus large d'infractions d'abus sexuel en ajoutant des infractions comme les contacts sexuels, l'incitation à des contacts sexuels et l'exploitation sexuelle.

[115] Que nous enseigne cette activité législative au sujet du point de savoir si le législateur voulait élargir la portée de la responsabilité criminelle en ce qui concerne la bestialité? Avant ces modifications,

in detail earlier, the offence of bestiality had a legal meaning as requiring penetration. That meaning was well known in 1985, as the commentary following the 1955 revisions shows: *Tremear's Annotated Criminal Code: Canada*, at p. 216; Lagarde, *Nouveau Code Criminel Annoté*, at p. 102; Watt, at pp. 90-91. Parliament continued to use the term “bestiality”, without further definition. The element of penetration was explicitly retained in the offence replacing buggery, namely anal intercourse. It is worth noting that with the exception of the offence of sexual intercourse with females under the age of 14, all of the sexual offences that still required penetration following the 1983 revisions and which were not repealed by the 1988 revisions (incest, anal intercourse) continued to require penetration after the 1988 revisions.

[116] It defies logic to think that Parliament would rename, redefine and create new sexual offences in a virtually complete overhaul of these provisions in 1983 and 1988 and yet would continue to use an ancient legal term with a well-understood meaning — bestiality — without further definition in order to bring about a substantive difference in the law. The new bestiality offences added in the 1988 revisions, while not changing the definition of the underlying offence, added protections for children in relation to that offence. There is nothing inconsistent with the purpose of these new provisions in the conclusion that the elements of bestiality remained unchanged. There is nothing “absurd” about protecting children from compulsion or exposure to this sort of sexual conduct. And, contrary to what Justice Abella writes, it does not follow that all sexually exploitative acts with animals that do not involve penetration are “perfectly legal”: para. 142. Section 160 is not the only protective provision. There were (and still are) other provisions in the *Code* which may serve to protect children (and others) from sexual activity that does not necessarily involve penetration: see, e.g., the current ss. 151, 153, 172 and 173.

comme je l’ai déjà expliqué en détail, l’infraction de bestialité exigeait, suivant son sens juridique, une pénétration. Ce sens était bien connu en 1985, comme le montrent les commentaires suivant la révision de 1955 (*Tremear's Annotated Criminal Code : Canada*, p. 216; Lagarde, *Nouveau Code Criminel Annoté*, p. 102; Watt, p. 90-91). Le législateur a continué d’utiliser le terme « bestialité », sans le définir. La pénétration est explicitement demeurée un élément de l’infraction qui a remplacé la sodomie, à savoir les relations sexuelles anales. Il vaut la peine de signaler qu’à l’exception de l’infraction consistant à avoir des rapports sexuels avec des filles âgées de moins de 14 ans, toutes les infractions d’ordre sexuel qui requéraient toujours la pénétration après la révision de 1983 et qui n’ont pas été abrogées par la révision de 1988 (l’inceste, les relations sexuelles anales) ont continué d’exiger la pénétration après cette dernière révision.

[116] Il est illogique de penser que le législateur renommerait ou redéfinirait des infractions existantes et créerait de nouvelles infractions d’ordre sexuel à l’occasion d’une refonte pratiquement complète des dispositions en cause en 1983 et 1988 et qu’il continuerait malgré tout d’utiliser un terme juridique ancien ayant un sens bien défini — bestialité — sans le définir afin de modifier substantiellement le droit. Bien qu’elles n’aient pas modifié la définition de l’infraction sous-jacente, les nouvelles infractions de bestialité ajoutées à la révision de 1988 ont prévu des mesures de protection supplémentaires pour les enfants relativement à cette infraction. Conclure que les éléments de la bestialité sont demeurés inchangés n’a rien d’incompatible avec l’objectif de ces nouvelles dispositions. Il n’y a rien d’« absurde » à protéger les enfants contre l’usage de la force ou l’exposition à ce type de comportement sexuel. Et, contrairement à ce qu’écrit la juge Abella, cela ne signifie pas que tous les actes d’exploitation sexuelle avec des animaux qui n’impliquent pas de pénétration sont « tout à fait légaux » (par. 142). L’article 160 n’est pas la seule disposition protectrice. Le *Code* contenait (et contient toujours) d’autres dispositions qui peuvent servir à protéger les enfants (et d’autres personnes) d’une activité sexuelle qui n’implique pas nécessairement de pénétration (voir, p. ex., les art. 151, 153, 172 et 173 actuels).

[117] The Crown relies on testimony in February 1987 by Richard Mosley, then Senior General Counsel, Criminal Law Policy Section before the Legislative Committee studying Bill C-15 which became *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act* (1987). He was asked a question about the punishment for inciting a young person to commit bestiality if bestiality were not actually committed after having been asked whether the compelling and inciting bestiality provisions were in fact duplicative of the law relating to parties to offences. He responded that inciting was covered and that the compulsion aspect was most likely covered by the party provisions but that there was some doubt. He then added that this doubt, combined with the question of what punishment should apply, were considerations in creating the new bestiality offences. They were not however, the complete reason. He continued:

The reason had more to do with modifying the offence of bestiality to conform more closely to the approach of the bill. It was concerned more with offences against children, primarily to bring in the notion of the offence of bestiality in the presence of or by a child. The compulsion and sighting [*sic*, read “inciting”] aspect of it was felt to round the application of that offence to any form of conduct involving sex with animals.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., February 17, 1987, at pp. 66-67)

[118] According to the Crown, this answer reveals Parliament’s intention to criminalize any type of sexual conduct with an animal, not only sexual acts involving penetration. But this is reading far too much into this isolated comment. The question being answered did not relate to the elements of the offence of bestiality, but was part of a series of questions about why the new compelling and inciting offences

[117] Le ministère public se fonde sur le témoignage livré en février 1987 par Richard Mosley, alors avocat général principal de la Section de la politique du droit en matière pénale, devant le comité législatif qui s’est penché sur le projet de loi C-15, devenu la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada* (1987). On lui a posé une question au sujet de la peine prévue pour incitation d’une jeune personne à commettre un acte de bestialité lorsque cet acte n’a pas été réellement commis, après qu’on lui ait demandé si les dispositions sur l’usage de la force et l’incitation à la bestialité faisaient en réalité double emploi avec les dispositions visant les participants aux infractions. Il a répondu que l’incitation était couverte et que l’usage de la force était fort probablement couvert par les dispositions visant les participants, mais qu’il y avait un doute à cet égard. Il a ensuite ajouté que ce doute, combiné à la question de la peine applicable, était un des facteurs dont on a tenu compte au moment de créer les nouvelles infractions de bestialité. Mais ce n’était pas là la seule et unique raison. Il a poursuivi en ces termes :

À la vérité, nous avons surtout tenu à ce que les articles concernant les actes de bestialité cadrent avec l’approche que nous avons suivie pour le reste du projet de loi. L’on vise surtout ici les infractions dont sont victimes les enfants, et c’est pourquoi l’on dit en marge « bestialité en présence d’enfants ou incitation de ceux-ci ». En parlant du fait d’être témoin et du fait d’être forcé de commettre un acte de bestialité, nous avons pensé étendre la définition et couvrir toutes les formes d’actes sexuels entrepris avec des animaux.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, n° 9, 2^e sess., 33^e lég., 17 février 1987, p. 66-67)

[118] Selon le ministère public, cette réponse révèle l’intention du législateur de criminaliser tout type de contact sexuel avec un animal, et pas seulement les actes sexuels impliquant la pénétration. Or, cela revient à interpréter beaucoup trop largement ce commentaire isolé. La question à laquelle il a répondu n’avait aucun lien avec les éléments de l’infraction de bestialité; elle faisait plutôt partie

were needed at all. The thrust of the answer is that the legislative package was concerned with sexual offences against children and therefore making it an offence to compel or incite children to commit the offence of bestiality was an appropriate addition. There is no hint in any of the parliamentary record that any substantive change to the elements of the offence of bestiality was intended.

[119] The Crown suggests that the French version of s. 160 supports a broader interpretation of bestiality because it uses the words “*un acte de bestialité*” for the English word “bestiality”. The Crown submits that this shows an intent to expand the offence beyond requiring penetration. However, this reads too much into the French version of the provision. If bestiality requires penetration, so does “*un acte de bestialité*” just as the English offence of “vagrancy” is not expanded by its French language equivalent “*un acte de vagabondage*”: see s. 179(1) and (2) of the *Code*. There is no difference between the meaning of the French and the English versions of these offences.

[120] I also note that authors remain of the view that penetration is an element of bestiality. In *The 2015 Annotated Tremear’s Criminal Code* (2014), at p. 337, the elements of s. 160(1) are described as follows:

In general, bestiality is committed where D, a human being, carries out intercourse, in any way, with a beast or bird. This form of unnatural sexual indulgence, as well as sodomy, is comprised under the general description “buggery”. [Emphasis deleted.]

[121] Similarly, the 2009 edition of *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed.) repeats the traditional legal definition of bestiality as intercourse *per anum* or *per vaginam* by a man or a woman with an animal: p. 931.

d’une série de questions visant à savoir pourquoi les nouvelles infractions d’usage de la force et d’incitation étaient nécessaires. La réponse indique essentiellement que le dispositif législatif portait sur les infractions d’ordre sexuel contre des enfants et que, par conséquent, criminaliser l’usage de la force ou l’incitation d’un enfant à commettre l’infraction de bestialité était un ajout opportun. Rien n’indique dans l’un des procès-verbaux parlementaires qu’un changement de fond des éléments de l’infraction de bestialité était souhaité.

[119] Le ministère public fait valoir que la version française de l’art. 160 étaye une interprétation plus large de la bestialité parce qu’on y utilise l’expression « un acte de bestialité » pour rendre le mot anglais « *bestiality* ». Toujours selon le ministère public, cela révèle l’intention d’élargir l’infraction au-delà de l’exigence qu’il y ait pénétration. Toutefois, le ministère public interprète ainsi trop largement la version française de la disposition. Si la bestialité exige la pénétration, il en va de même pour l’« acte de bestialité », tout comme la portée de l’infraction anglaise de « *vagrancy* » (vagabondage) n’est pas étendue par son équivalent français « un acte de vagabondage » (voir les par. 179(1) et (2) du *Code*). Il n’y a aucune différence de sens entre les versions anglaise et française de ces infractions.

[120] Je relève en outre que les auteurs demeurent d’avis que la pénétration est un élément de la bestialité. Dans *The 2015 Annotated Tremear’s Criminal Code* (2014), p. 337, les éléments du par. 160(1) sont décrits comme suit :

[TRADUCTION] En général, la bestialité est commise lorsque D, un être humain, a des rapports sexuels, de quelque façon que ce soit, avec une bête ou un oiseau. Cette forme de plaisir sexuel contre nature, tout comme la sodomie, est visée par le terme général « sodomie ». [Caractères gras omis.]

[121] De même, l’édition de 2009 de *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4^e éd.) réitère que la bestialité est traditionnellement définie en droit comme des relations sexuelles anales ou vaginales entre un homme ou une femme et un animal (p. 931).

[122] The Crown brings our attention to guilty pleas that have been entered in provincial courts on counts of bestiality, when no penetration had been established. This does not affect the above analysis as none of these cases provides any reasoning to support the view that bestiality does not require penetration. The view that penetration *is* required, has also equally been expressed in provincial courts: see *R. v. Ruvinsky*, [1998] O.J. No. 3621 (QL) (C.J.), at paras. 21-40; *R. v. Poirier*, C.Q. Chicoutimi, Nos. 150-01-001993-923 and 150-01-002026-921, February 2, 1993, cited in *M.G.*, at para. 42 (fn. 35). The Crown also cites *M.G.*, a case relied on by the trial judge in this case in support of his view that the courts should interpret the elements of offences to “reflect current views on what constitute prohibited sexual acts”: para. 315. For the reasons which I have set out at length earlier, this conclusion is wrong in law and the *M.G.* case should not be followed on this point.

D. *Conclusion*

[123] I respectfully agree with the conclusion of the majority of the Court of Appeal: the offence of bestiality under s. 160(1) of the *Code* requires sexual intercourse between a human and an animal.

IV. Disposition

[124] I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[125] ABELLA J. (dissenting) — This case is about statutory interpretation, a fertile field where deductions are routinely harvested from words and intentions planted by legislatures. But when, as in this case, the roots are old, deep, and gnarled, it is much harder to know what was planted.

[122] Le ministère public attire notre attention sur des plaidoyers de culpabilité enregistrés devant des tribunaux provinciaux relativement à des accusations de bestialité, alors que la pénétration n’avait pas été établie. Cela n’a aucune incidence sur l’analyse qui précède puisqu’aucun de ces cas ne fournit un raisonnement pour étayer l’opinion selon laquelle la bestialité n’exige pas de pénétration. L’avis suivant lequel il *doit* y avoir pénétration a également été exprimé par des tribunaux provinciaux (voir *R. c. Ruvinsky*, [1998] O.J. No. 3621 (QL) (C.J.), par. 21-40; *R. c. Poirier*, C.Q. Chicoutimi, n^{os} 150-01-001993-923 et 150-01-002026-921, 2 février 1993, citée dans *M.G.*, par. 42 (note de bas de page 35)). Le ministère public cite également *M.G.*, une décision sur laquelle s’est fondé le juge du procès en l’espèce pour affirmer que les tribunaux devraient interpréter les éléments des infractions de façon à ce qu’ils [TRADUCTION] « reflètent ce qui est considéré de nos jours comme des actes sexuels prohibés » (par. 315). Pour les motifs que j’ai précédemment exposés en détail, cette conclusion est erronée en droit et la décision *M.G.* ne doit pas être suivie sur ce point.

D. *Conclusion*

[123] Je souscris à la conclusion de la majorité de la Cour d’appel : l’infraction de bestialité prévue au par. 160(1) du *Code* exige qu’il y ait eu des rapports sexuels entre un être humain et un animal.

IV. Dispositif

[124] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[125] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur l’interprétation législative, un terreau fertile où des deductions sont récoltées de façon routinière des mots, et des intentions plantées par les législatures. Mais lorsque, comme en l’espèce, les racines sont anciennes, profondes et noueuses, il est beaucoup plus difficile de savoir ce qui a été planté.

[126] We are dealing here with an offence that is centuries old. I have a great deal of difficulty accepting that in its modernizing amendments to the *Criminal Code*, Parliament forgot to bring the offence out of the Middle Ages. There is no doubt that a good case can be made, as the majority has carefully done, that retaining penetration as an element of bestiality was in fact Parliament's intention.

[127] But I think a good case can also be made that by 1988, Parliament intended, or at the very least assumed, that penetration was irrelevant. This, in my respectful view, is a deduction easily justified by the language, history, and evolving social landscape of the bestiality provision.

Analysis

[128] When “buggery” first appeared as a statutorily prohibited act in 1869,¹ the provision stated that anyone convicted of the “abominable crime of buggery committed either with mankind or with any animal”, was liable to be imprisoned for life and for no less than two years.

[129] The next iteration was in 1886² when a conviction for buggery “either with a human being or with any other living creature”, attracted a penalty of life imprisonment.

[130] In 1892, in the first *Criminal Code*, the same language appeared, namely, everyone who committed “buggery, either with a human being or with any other living creature”, was liable to be imprisoned for life. The 1927 *Code* amendments retained this language, and with it the invidious equilateral combining of buggery with a person or with an animal.

¹ Section 63 of *An Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20.

² *An Act respecting Offences against Public Morals and Public Convenience*, R.S.C. 1886, c. 157, s. 1.

[126] Nous sommes saisis d'une infraction vieille de plusieurs siècles. J'ai beaucoup de difficulté à accepter que, dans les modifications modernisatrices qu'il a apportées au *Code criminel*, le Parlement a oublié de sortir l'infraction du Moyen Âge. On peut sans doute bien démontrer, comme l'a fait avec soin la majorité, que le Parlement voulait effectivement que la pénétration demeure un élément de la bestialité.

[127] Mais je crois que l'on peut tout aussi bien démontrer qu'en 1988, le Parlement voulait, ou supposait à tout le moins, que la pénétration ne soit pas pertinente. Cette déduction, avec égards, se justifie aisément par le libellé et l'historique de la disposition sur la bestialité ainsi que par l'évolution de sa réalité sociale.

Analyse

[128] Lorsque le terme « *buggery* » est apparu la première fois en tant qu'acte proscrit par la loi en 1869¹, la disposition prévoyait que toute personne reconnue coupable du « crime abominable de [*“buggery”*], commis soit avec un être humain, soit avec un animal », était passible de l'emprisonnement à perpétuité ou d'au moins deux ans d'emprisonnement.

[129] L'occurrence suivante apparaît en 1886², alors qu'une déclaration de culpabilité pour acte de *buggery*, soit avec un être humain, soit avec un animal, était punissable de l'emprisonnement à perpétuité.

[130] En 1892, on retrouvait dans le premier *Code criminel* la même formulation, à savoir que celui qui commet un acte de « *buggery* », soit avec un être humain, soit avec un animal, était passible de l'emprisonnement à perpétuité. Les modifications apportées au *Code* en 1927 ont conservé cette expression de même que l'appariement odieux, sur un même pied, entre l'acte de *buggery* commis avec un être humain et celui commis avec un animal.

¹ Article 63 de l'*Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, c. 20.

² *Acte concernant les crimes et délits contre les mœurs et la tranquillité publiques*, S.R.C. 1886, c. 157, art. 1.

[131] At no time was the offence of buggery defined, so we are left with the common law definition: *R. v. Summers*, [2014] 1 S.C.R. 575, at para. 55.

[132] The common law origins of the offence were ecclesiastical, and emerged in full moral force from the Church's hegemonic jurisdiction over sexual offences and its abhorrence for non-procreative sexual acts, which were condemned as being "unnatural".

[133] The Church's jurisdiction over sexual offences ended in 1533, but censorious attitudes did not, and death remained the penalty for "the detestable and abominable vice of Buggery committed with mankind or beast": John M. Murrin, "Things Fearful to Name": Bestiality in Colonial America" (1998), 65:Supp. *Pennsylvania History* 8, at pp. 8-9; William N. Eskridge, Jr., *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003* (2008), at p. 16; Doron S. Ben-Atar and Richard D. Brown, *Taming Lust: Crimes Against Nature in the Early Republic* (2014), at p. 17.

[134] The question whether these acts were criminal only when there was penetration is, however, far from clear: Graham Parker, "Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime", in Louis A. Knafla, ed., *Crime, Police and the Courts in British History* (1990), 285, at pp. 291-92. There are scarcely any cases dealing with the offence, let alone whether it required penetration. This may be because, as Prof. Parker observed:

... the courts seem remarkably reticent about describing sexual matters with any legal precision. Instead, they prefer to follow the example of James Fitzjames Stephen and decide cases on the basis of moral revulsion. For instance, in a gross indecency case Lord Chief Justice Goddard decided that actual touching did not have to be proved, and any reasonable person would decide that a criminally culpable and grossly indecent exhibition was going on [Footnotes omitted; p. 297.]

[131] Puisque l'infraction de *buggery* n'a jamais été définie, il ne nous reste que la définition établie en common law (*R. c. Summers*, [2014] 1 R.C.S. 575, par. 55).

[132] Les origines de l'infraction en common law sont ecclésiastiques et elles ont émergé, avec tout leur poids moral, de l'hégémonie qu'exerçait l'Église sur les infractions d'ordre sexuel et de l'aversion de celle-ci envers les actes sexuels non procréateurs, qui étaient jugés « contre nature ».

[133] La juridiction de l'Église sur les infractions d'ordre sexuel a pris fin en 1533, mais non ses attitudes critiques, et la peine capitale est demeurée la peine prévue pour [TRADUCTION] « le vice détestable et abominable de *buggery* commis avec un être humain ou un animal » (John M. Murrin, « "Things Fearful to Name": Bestiality in Colonial America » (1998), 65:Supp. *Pennsylvania History* 8, p. 8-9; William N. Eskridge, Jr., *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003* (2008), p. 16; Doron S. Ben-Atar et Richard D. Brown, *Taming Lust: Crimes Against Nature in the Early Republic* (2014), p. 17).

[134] Pour ce qui est de savoir si ces actes étaient criminels seulement quand il y avait pénétration, cela n'est, cependant, pas du tout clair (Graham Parker, « Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime », dans Louis A. Knafla, dir., *Crime, Police and the Courts in British History* (1990), 285, p. 291-292). Il n'y a pratiquement aucune décision portant sur l'infraction, encore moins sur le point de savoir si celle-ci exigeait une pénétration. Il en est peut-être ainsi parce que, comme l'a fait remarquer le professeur Parker :

[TRADUCTION] . . . les tribunaux semblent remarquablement réticents à décrire les actes de nature sexuelle avec une quelconque précision juridique. Ils préfèrent plutôt suivre l'exemple de James Fitzjames Stephen et trancher ces causes sous l'angle du dégoût moral. Par exemple, dans une affaire de grossière indécence, le lord juge en chef Goddard a décidé qu'il n'était pas nécessaire de prouver les attouchements en tant que tels et que toute personne raisonnable déciderait qu'il y avait eu exhibitionnisme grossièrement indécent de nature à engager la responsabilité criminelle . . . [Notes de bas de page omises; p. 297.]

[135] It is true that in the only two Canadian appellate cases where the offence was referred to — both involving dogs — penetration was found to have occurred: *Henry v. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL) (C.A.), and *R. v. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129 (B.C.C.A.). But this begs the question of whether penetration was *required* as an element of the offence. And this is especially pertinent if one considers that these two decisions were decided before the *Code* was amended in 1955.

[136] The new provision in the 1955 *Code*, s. 147, marked the beginning of a departure from the earlier offence of “buggery with any animal”. Section 147 was the first time the offence of “bestiality” was expressly named as such in the English version of the *Code*. Notably, unlike in the previous provisions, buggery and bestiality were now designated as two separate offences:

147. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

(*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51)

Having been rendered asunder from each other, these two offences were now free to consist of different constituent elements that more realistically reflected who or what was involved in the sexual conduct.

[137] What then did Parliament intend the constituent elements of bestiality to be in 1955, and did they include penetration?

[138] At the outset, it is self-evident that the provision is ambiguous, and that genuine ambiguities in enactments which have an impact on liberty should, where possible, be resolved in favour of the accused: *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §§15.24 and 15.25. But as this Court said in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, this “does not end the question”: p. 631. An interpretation more favourable

[135] Certes, dans les deux seules décisions d’appel canadiennes où il était question de l’infraction — les deux concernant des chiens —, les tribunaux concernés ont conclu qu’il y avait eu pénétration (*Henry c. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL) (C.A.), et *R. c. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129 (C.A. C.-B.)). Mais cela ne répond pas à la question de savoir si la pénétration était *requise* comme élément de l’infraction. Et cela est particulièrement pertinent si l’on considère que ces deux décisions ont été rendues avant que le *Code* ne soit modifié en 1955.

[136] La nouvelle disposition du *Code* de 1955, l’art. 147, marque le début de l’abandon de l’ancienne infraction anglaise de « *buggery with any animal* ». L’article 147 est la première disposition où l’infraction de « *bestiality* » a été expressément nommée telle quelle dans la version anglaise du *Code*. Signalons que, contrairement à ce que prévoyaient les anciennes dispositions, l’acte de *buggery* et l’acte de *bestiality* constituaient désormais deux infractions distinctes :

147. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

(*Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51)

Scindées, ces deux infractions pouvaient maintenant se composer d’éléments constitutifs différents indiquant de manière plus réaliste qui ou quoi était impliqué dans l’acte sexuel.

[137] Quels étaient donc les éléments constitutifs de la *bestiality* recherchés par le législateur en 1955, et la pénétration figurait-elle parmi eux?

[138] D’entrée de jeu, il va de soi que la disposition en litige est ambiguë et que les véritables ambiguïtés des textes de loi qui portent atteinte à la liberté devraient, dans la mesure du possible, être résolues en faveur de l’accusé (*Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, p. 115; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §15.24 et 15.25). Or, comme l’a affirmé la Cour dans *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, cela « ne règle [. . .] pas

to the accused should not be adopted if it is unreasonable “given the scheme and purpose of the legislation”: p. 631. This was explained in *R. v. Jaw*, [2009] 3 S.C.R. 26, by LeBel J. as follows:

. . . I have reservations about the proposition that any uncertainty in a charge *must*, as a matter of course, be resolved in favour of the accused. This proposition seems to be based on the strict constructionist approach to interpreting penal legislation that developed in the eighteenth century, when criminal law sanctions were especially severe. By the mid-1980s, however, the presumption of a restrictive interpretation of penal statutes had started to wear thin (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 472-74). A restrictive interpretation may be warranted where an ambiguity cannot be resolved by means of the usual principles of interpretation. But it is a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation [Underlining added; para. 38.]

(See also *R. v. White*, [2011] 1 S.C.R. 433, at paras. 83-84.)

[139] Applying those “usual principles of interpretation” requires reviewing related *Code* provisions and the context in which the bestiality provision was first introduced in 1955 (Sullivan, at §§13.6 and 13.7; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 874-75).

[140] As the intervener, Animal Justice, pointed out in its factum, 1955 was also the year amendments were made to the *Code*’s animal cruelty offence — s. 387(1)(a).³ Before s. 387(1)(a) was amended, the offence applied to “cattle, poultry, dog, domestic animal or bird, or wild animal or bird in captivity”. It also required proof that the accused caused harm “wantonly, cruelly or unnecessarily”.⁴ Parliament broadened the offence by expanding its scope to cover *all* species of birds and animals, and by lowering the threshold of cruelty to apply to anyone who “wilfully causes . . . unnecessary pain,

la question » (p. 631). Il ne convient pas de retenir une interprétation plus favorable à l’accusé si elle est déraisonnable « compte tenu du régime établi par le texte législatif en question et du but qu’il vise » (p. 631). Le juge LeBel l’a expliqué en ces termes dans *R. c. Jaw*, [2009] 3 R.C.S. 26 :

. . . j’ai des réserves à l’égard de l’affirmation selon laquelle toute incertitude que peut comporter un exposé *doit*, systématiquement, être résolue en faveur de l’accusé. Cette affirmation semble reposer sur le principe de l’interprétation stricte de la législation pénale qui a été élaboré au dix-huitième siècle, soit à une époque où les sanctions pénales étaient particulièrement sévères. Or, vers le milieu des années 1980, la présomption d’interprétation restrictive des lois pénales a commencé à s’effriter (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 472-474). L’interprétation restrictive peut être justifiée advenant une ambiguïté qui n’est pas susceptible d’être résolue par les principes d’interprétation habituels. Cependant, ce principe ne s’applique qu’en dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l’objet et le contexte . . . [Je souligne; par. 38.]

(Voir aussi *R. c. White*, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 83-84.)

[139] Pour appliquer ces « principes d’interprétation habituels », il faut examiner les dispositions connexes du *Code* et le contexte dans lequel la disposition sur la *bestiality* a vu le jour en 1955 (Sullivan, §§13.6 et 13.7; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 874-875).

[140] Comme l’a signalé l’intervenante Animal Justice dans son mémoire, c’est aussi en 1955 que le législateur a modifié l’infraction de cruauté envers les animaux prévue à l’al. 387(1)a) du *Code*³. Avant la modification de cet alinéa, l’infraction visait les « bestiaux, [l]es volailles, [l]e chien, [l]’animal ou [l]’oiseau domestique, ou [l]’animal ou [l]’oiseau sauvage en captivité ». De plus, elle exigeait la preuve que l’accusé avait causé un préjudice « [p]ar malice, par cruauté ou sans nécessité »⁴. Le législateur a élargi l’infraction en étendant sa portée à *toutes* les espèces d’oiseaux et d’animaux et en abaissant

³ Now s. 445.1(1)(a).

⁴ 1927 *Criminal Code*, s. 542(a).

³ Actuel al. 445.1(1)a).

⁴ *Code criminel* de 1927, al. 542a).

suffering or injury”. These changes reflected an increased recognition of the importance of protecting animal welfare. As Fraser C.J.A. noted in her dissenting reasons in *Reece v. Edmonton (City)* (2011), 513 A.R. 199 (C.A.), we moved “from a highly exploitive era in which humans had the right to do with animals as they saw fit”, to one “where some protection is accorded . . . based on an animal welfare model”: para. 54.

[141] It is in this transformed legal environment consisting of more protection for animals, that the offence of “bestiality” first appeared. Whatever the common law meaning of “buggery” with animals had been, the creation of a distinct offence of bestiality in the same year the animal cruelty provisions were expanded to protect more animals from more exploitive conduct reflected, in my respectful view, Parliament’s intention to approach the offence differently.

[142] It is hard to attribute to Parliament the inconsistent purpose that animal cruelty protection in the *Code* would now cover *all* birds and animals, but the sexual conduct with animals provision, bestiality, would be limited to those animals whose anatomy permitted penetration. Continuing to impose the penetrative component of buggery on bestiality technically leaves as perfectly legal all sexually exploitive acts with animals that do not involve penetration. And this, in turn, completely undermines the concurrent legislative protections from cruelty and abuse for animals.

[143] Moreover, if the elements of bestiality and buggery were the same, the addition of “bestiality” to the language of s. 147 was redundant and there was no need to change the provision from one prohibiting buggery, as it had for hundreds of years, to one prohibiting buggery *and* bestiality. No legislative

la norme de cruauté pour qu’elle s’applique à quiconque « volontairement cause [. . .] une douleur, souffrance ou blessure, sans nécessité ». Ces changements reflètent une reconnaissance accrue de l’importance d’assurer le bien-être des animaux. Comme l’a fait remarquer la juge en chef Fraser dans les motifs dissidents qu’elle a rédigés dans *Reece c. Edmonton (City)* (2011), 513 A.R. 199 (C.A.), nous sommes passés [TRADUCTION] « d’une époque de grands abus où les humains pouvaient faire des animaux ce qu’ils voulaient » à une ère « où une certaine protection est offerte [. . .] sur le fondement d’un modèle de bien-être des animaux » (par. 54).

[141] C’est dans cet environnement juridique transformé offrant une plus grande protection aux animaux que l’infraction de « *bestiality* » a vu le jour. Quel qu’ait été le sens de « *buggery* » avec un animal en common law, la création d’une infraction distincte de *bestiality* la même année que les dispositions relatives à la cruauté envers les animaux ont été étendues pour protéger plus d’animaux de l’exploitation montre, à mon humble avis, que le législateur voulait aborder l’infraction sous un autre angle.

[142] Il est difficile d’attribuer au Parlement les objectifs incompatibles que la protection offerte par le *Code* aux animaux contre la cruauté s’étende désormais à *tous* les oiseaux et animaux, mais que la disposition relative aux rapports sexuels avec des animaux, soit la *bestiality*, se limite aux animaux dont l’anatomie est susceptible de pénétration. Continuer d’exiger que l’infraction de *bestiality* comporte le même élément de « pénétration » que l’infraction de *buggery* rend, d’un point de vue technique, tout à fait légaux l’ensemble des actes d’exploitation sexuelle commis avec des animaux sans qu’il n’y ait de pénétration. Et cela sape entièrement les dispositions législatives concurrentes qui protègent les animaux contre la cruauté et l’abus.

[143] Qui plus est, si l’acte de *bestiality* et l’acte de *buggery* partageaient les mêmes éléments, l’ajout de la « *bestiality* » à la version anglaise de l’art. 147 était redondant et point n’était besoin de remplacer la disposition interdisant les actes de *buggery* depuis des centaines d’années par une disposition

provision should be interpreted “to render it mere surplusage”: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28; see also *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, at p. 188; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838. The addition of the offence of “bestiality”, therefore, must have been intended to mean something different from “buggery”.

[144] But if there was any doubt about what Parliament envisioned the scope of bestiality to be in 1955, its intention, it seems to me, is even clearer in light of the 1988 Amendments to the *Code*⁵ when buggery and bestiality were fully released from their Janus-like relationship into two separate provisions: ss. 159 and 160. This, to me, confirmed Parliament’s intent to see them as two separate offences.

[145] In s. 159, the term buggery was not used, and a new offence was set out:

Anal intercourse

159. (1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Exception

(2) Subsection (1) does not apply to any act engaged in, in private, between

(a) husband and wife, or

(b) any two persons, each of whom is eighteen years of age or more, both of whom consent to the act.

Idem

(3) For the purposes of subsection (2),

⁵ *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 3; *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, s. 3.

interdisant ces actes *et la bestiality*. Aucune disposition législative ne devrait être interprétée « de façon telle qu’elle devienne superfétatoire » (*R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28; voir aussi *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, p. 188; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). L’infraction de « *bestiality* » ajoutée devait donc avoir une signification différente de celle de « *buggery* ».

[144] Mais s’il persistait quelque doute que ce soit à propos de la manière dont le législateur envisageait la portée de l’infraction de *bestiality* en 1955, son intention me paraît encore plus claire à la lumière des modifications de 1988 au *Code*⁵, lorsqu’il a mis fin entièrement au lien antinomique entre la notion de *buggery* et celle de *bestiality* pour leur consacrer deux dispositions distinctes : les art. 159 et 160. Selon moi, cela confirme l’intention du législateur de les voir comme deux infractions distinctes.

[145] À l’article 159, le mot « *buggery* » n’était pas utilisé et une nouvelle infraction était édictée :

Relations sexuelles anales

159. (1) Quiconque a des relations sexuelles anales avec une autre personne est coupable soit d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de dix ans, soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Exceptions

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux actes commis, avec leur consentement respectif, dans l’intimité par les époux ou par deux personnes âgées d’au moins dix-huit ans.

Idem

(3) Les règles suivantes s’appliquent au paragraphe (2) :

⁵ *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. 19 (3^e suppl.), art. 3; *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, c. 24, art. 3.

(a) an act shall be deemed not to have been engaged in in private if it is engaged in in a public place or if more than two persons take part or are present; and

(b) a person shall be deemed not to consent to an act

(i) if the consent is extorted by force, threats or fear of bodily harm or is obtained by false and fraudulent misrepresentations respecting the nature and quality of the act, or

(ii) if the court is satisfied beyond a reasonable doubt that the person could not have consented to the act by reason of mental disability.

[146] In s. 160, bestiality was still undefined. Its reach was extended, however, to include those who compelled its commission or who committed it in the presence of a child:

Bestiality

160. (1) Every person who commits bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Compelling the commission of bestiality

(2) Every person who compels another to commit bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Bestiality in presence of or by child

(3) Notwithstanding subsection (1), every person who, in the presence of a person under the age of fourteen years, commits bestiality or who incites a person under the age of fourteen years to commit bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

[147] Section 160(3) is, in my respectful view, arguably a reflection of Parliament's purpose to protect children from witnessing, or being compelled

a) un acte est réputé ne pas avoir été commis dans l'intimité s'il est commis dans un endroit public ou si plus de deux personnes y prennent part ou y assistent;

b) une personne est réputée ne pas consentir à commettre un acte dans les cas suivants :

(i) le consentement est extorqué par la force, la menace ou la crainte de lésions corporelles, ou est obtenu au moyen de déclarations fausses ou trompeuses quant à la nature ou à la qualité de l'acte,

(ii) le tribunal est convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il ne pouvait y avoir consentement de la part de cette personne du fait de son incapacité mentale.

[146] À l'article 160, l'infraction de *bestiality* (bestialité) n'était toujours pas définie. Elle a cependant été étendue aux personnes qui ont forcé quelqu'un d'autre à la commettre ou qui l'ont commise en présence d'un enfant :

Bestialité

160. (1) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, quiconque commet un acte de bestialité.

Usage de la force

(2) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui en force une autre à commettre un acte de bestialité.

Bestialité en présence d'enfants ou incitation de ceux-ci

(3) Par dérogation au paragraphe (1), est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui commet un acte de bestialité en présence d'un enfant âgé de moins de quatorze ans ou qui incite celui-ci à en commettre un.

[147] Avec égards, le par. 160(3) témoigne sans aucun doute de l'objectif du Parlement d'empêcher que des enfants soient témoins d'un acte de bestialité

to commit, bestiality. If all Parliament intended was that children be protected from seeing or being made to engage in acts of *penetration* with animals, one could reasonably wonder what the point was of such an unduly restricted preoccupation. Since it is a “well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 27), surely what Parliament must have intended was protection for children from witnessing or being forced to participate in *any* sexual activity with animals, period.

[148] Parliament’s goal of protecting children from sexual conduct with animals in the new bestiality provision can also be inferred from the other changes to the *Code* in the 1988 Amendments. Parliament introduced the offences of sexual interference, sexual exploitation, and invitation to sexual touching, all of which protected minors and none which required penetration. It would be anomalous if no penetration was required for these offences, which focused on protecting children from sexual exploitation generally, but remained an essential element of s. 160(3), which protected children from sexual exploitation with animals.

[149] I do not see the absence of a requirement of penetration as broadening the scope of bestiality. I see it more as a reflection of Parliament’s common sense assumption that since penetration is physically impossible with most animals and for half the population, requiring it as an element of the offence eliminates from censure most sexually exploitative conduct with animals. Acts with animals that have a sexual purpose are inherently exploitative whether or not penetration occurs, and the prevention of sexual exploitation is what the 1988 Amendments were all about.

ou forcés d’en commettre un. Si tout ce que le Parlement souhaitait, c’était d’empêcher que des enfants voient des actes de *pénétration* commis avec des animaux ou soient forcés d’en commettre, l’on peut raisonnablement se demander quelle était l’utilité d’une préoccupation aussi indûment restrictive. Puisque selon un « principe bien établi en matière d’interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27), le Parlement devait certainement vouloir empêcher que des enfants soient témoins de *quelque* activité sexuelle *que ce soit* avec des animaux ou forcés d’y prendre part, point à la ligne.

[148] Le but du Parlement de mettre les enfants à l’abri de rapports sexuels avec des animaux dans la nouvelle disposition sur la bestialité peut également s’inférer des autres modifications de 1988 au *Code*. Le législateur a créé les infractions de contacts sexuels, d’exploitation sexuelle et d’incitation à des contacts sexuels, lesquelles visaient toutes à protéger les mineurs et aucune d’entre elles n’exigeait de pénétration. Il serait anormal que la pénétration ne soit pas exigée dans le cas de ces infractions, qui étaient axées sur la protection des enfants contre l’exploitation sexuelle en général, mais qu’elle demeure un élément essentiel du par. 160(3), qui protégeait les enfants de l’exploitation sexuelle avec des animaux.

[149] Je ne crois pas que l’absence d’exigence de pénétration élargit la portée de la bestialité. J’y vois plutôt un reflet de la supposition logique du Parlement que, comme il est physiquement impossible de pénétrer la plupart des animaux et comme la pénétration est un acte qui est physiquement impossible à accomplir par la moitié de la population, en faire un élément constitutif de l’infraction soustrait à la censure la plupart des actes d’exploitation sexuelle commis avec des animaux. Les actes de nature sexuelle commis avec des animaux relèvent intrinsèquement de l’exploitation, qu’il y ait ou non pénétration, et la prévention de l’exploitation sexuelle était la raison d’être des modifications de 1988.

[150] In fact, and unsurprisingly, after the 1988 Amendments, the elimination of the requirement of penetration appears to have been accepted: *R. v. K.D.H.* (2012), 546 A.R. 248 (Q.B.); *R. v. J.J.B.B.*, 2007 BCPC 426; and *R. v. Black* (2007), 296 Sask. R. 289 (Prov. Ct.)

[151] The majority expressed concerns that an interpretation of “bestiality” that does not require penetration could mean that the stepdaughter, who was not charged, was the principal offender and D.L.W. was a party to the offence. With respect, the fact that the trial judge was not satisfied beyond a reasonable doubt that D.L.W. had “compelled” bestiality, does not mean that interpreting the offence as including conduct that has a sexual purpose, regardless of whether there is penetration, leads to charges against a victim like the stepdaughter.

[152] She testified that these events began when she was only 15 or 16 years old, that she did not want to participate in sexual conduct with the dog or with her stepfather, and that there were reprisals whenever she refused or hesitated to engage in sexual activity with her stepfather. Her younger sister testified to receiving beatings with a two-by-four after refusing to participate in sexual acts with D.L.W. The trial judge found both sisters credible. Given these circumstances, it is inconceivable that bestiality charges would ever be laid against someone in D.L.W.’s stepdaughter’s circumstances.

[153] I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the conviction.

Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

[150] En fait, et ce qui n’est guère surprenant, la suppression de l’exigence de pénétration semble avoir été reconnue après les modifications de 1988 (*R. c. K.D.H.* (2012), 546 A.R. 248 (B.R.); *R. c. J.J.B.B.*, 2007 BCPC 426, et *R. c. Black* (2007), 296 Sask. R. 289 (C. prov.)).

[151] Les juges majoritaires ont dit craindre qu’interpréter la « bestialité » comme n’exigeant pas de pénétration signifie que la belle-fille, non inculpée, était l’auteure principale de l’infraction et que D.L.W. était un participant à l’infraction. Avec égards, le fait que le juge du procès n’était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que D.L.W. avait « forcé » sa belle-fille à commettre un acte de bestialité ne veut pas dire qu’interpréter l’infraction comme visant une conduite qui a une fin d’ordre sexuel, peu importe qu’il y ait eu ou non pénétration, entraîne le dépôt d’accusations contre une victime comme la belle-fille.

[152] La belle-fille a affirmé que ces événements avaient commencé quand elle n’avait que 15 ou 16 ans, qu’elle ne voulait pas participer à des actes sexuels avec le chien ou avec son beau-père et qu’elle était victime de représailles chaque fois qu’elle refusait de se livrer à une activité sexuelle avec son beau-père ou hésitait à le faire. Sa sœur cadette a dit avoir été battue avec un deux par quatre après avoir refusé de participer à des actes sexuels avec D.L.W. Le juge du procès a jugé les deux sœurs crédibles. Dans ces circonstances, il est inconcevable que des accusations de bestialité soient un jour déposées contre une personne se trouvant dans la situation de la belle-fille de D.L.W.

[153] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la décision de la Cour d’appel et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.

Procureur de l’appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Solicitor for the intervener: Animal Justice, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Procureur de l'intervenante : Animal Justice, Toronto.

Rogers Communications Inc. *Appellant*

v.

**City of Châteauguay and
Attorney General of Quebec** *Respondents*

- and -

Rogers Communications Inc. *Appellant*

v.

**City of Châteauguay and
Attorney General of Quebec** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Christina White, Federation of
Canadian Municipalities,
City of Toronto, Bell Mobilité Inc.,
TELUS Communications Inc.,
Vidéotron s.e.n.c. and Union des
municipalités du Québec** *Intervenors*

**INDEXED AS: ROGERS COMMUNICATIONS INC. v.
CHÂTEAUGUAY (CITY)**

2016 SCC 23

File No.: 36027.

2015: October 9; 2016: June 16.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Constitutional law — Division of powers — Radiocommunication — Pith and substance doctrine — Double aspect doctrine — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve is ultra vires city on basis that it relates in pith and substance to exclusive federal

Rogers Communications Inc. *Appelante*

c.

**Ville de Châteauguay et
procureure générale du Québec** *Intimées*

- et -

Rogers Communications Inc. *Appelante*

c.

**Ville de Châteauguay et
procureure générale du Québec** *Intimées*

et

**Procureur général du Canada,
Christina White, Fédération
canadienne des municipalités,
Ville de Toronto, Bell Mobilité Inc.,
TELUS Communications Inc.,
Vidéotron s.e.n.c. et Union des
municipalités du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ROGERS COMMUNICATIONS INC. c.
CHÂTEAUGUAY (VILLE)**

2016 CSC 23

N° du greffe : 36027.

2015 : 9 octobre; 2016 : 16 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine du caractère véritable — Théorie du double aspect — Avis d'imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d'un système d'antennes de radiocommunication sur son territoire — L'avis de réserve est-il ultra vires de la compétence de la ville parce que son caractère véritable

power — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Constitutional law — Division of powers — Radio-communication — Interjurisdictional immunity — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve inapplicable by reason of doctrine of interjurisdictional immunity — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Rogers Communications Inc. (“Rogers”), a Canadian corporation, offers various communication services everywhere in Canada. It holds a spectrum licence, which authorizes it to provide services in specified frequency ranges. This licence requires it to meet a number of obligations, one of which is to ensure an adequate network coverage in the geographic regions attributed to it. In the fall of 2007, Rogers decided to construct a new radiocommunication antenna system on the territory of the City of Châteauguay (“Châteauguay”) in order to fill gaps in its wireless telephone network. Pursuant to his powers under the *Radiocommunication Act*, the federal Minister of Industry authorized Rogers to install an antenna system on property located at 411 Boulevard Saint-Francis in Châteauguay. Châteauguay, arguing that the health and well-being of people living near such an installation would be at risk, adopted a municipal resolution authorizing the service of a notice of establishment of a reserve that prohibited all construction on the property in question for two years. A few days before the notice was due to lapse, it was renewed for two additional years. Rogers filed a motion to contest the notice of a reserve, arguing that the notice was unconstitutional because it constituted an exercise of the federal power over radiocommunication. Rogers also expressed the view that the notice was either inapplicable to it by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity or inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy.

The Superior Court, applying administrative law principles, found that Châteauguay had acted in bad faith, and annulled the notice of a reserve and its renewal, as well as the resolutions on which they were based. The Court of Appeal set aside the Superior Court’s judgment and also rejected Rogers’ constitutional arguments.

relève d’une compétence fédérale exclusive? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine de l’exclusivité des compétences — Avis d’imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d’un système d’antennes de radiocommunication sur son territoire — La doctrine de l’exclusivité des compétences rend-elle l’avis de réserve inapplicable? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Rogers Communications Inc. (« Rogers »), une société canadienne, offre divers services de communication sur l’ensemble du territoire canadien. Elle détient une licence de spectre qui l’autorise à exploiter ses services dans certaines gammes de fréquence. Cette licence lui impose plusieurs obligations, dont celle d’assurer une couverture de réseau adéquate dans les régions géographiques qui lui sont attribuées. À l’automne 2007, Rogers décide d’ériger un nouveau système d’antennes de radiocommunication sur le territoire de la Ville de Châteauguay (« Châteauguay ») afin de combler des lacunes dans son réseau de téléphonie sans fil. En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur la radiocommunication*, le ministre fédéral de l’Industrie a autorisé Rogers à installer un système d’antennes sur le terrain situé au 411, boulevard Saint-Francis (« 411 Saint-Francis ») à Châteauguay. Invoquant le risque pour la santé et le bien-être des citoyens qui résident à proximité d’une telle installation, Châteauguay a adopté une résolution municipale autorisant la signification d’un avis d’imposition de réserve qui interdit toute construction sur le terrain en question pour une période de deux ans. Quelques jours avant son expiration, cet avis fut renouvelé pour une période additionnelle de deux ans. Rogers dépose une requête pour contester l’avis et allègue que l’avis de réserve est inconstitutionnel puisqu’il constitue un exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication. Rogers estime en outre que l’avis lui serait inapplicable en raison de la doctrine de l’exclusivité des compétences, ou encore inopérant en application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

Appliquant les principes de droit administratif, la Cour supérieure conclut à la mauvaise foi de Châteauguay et annule l’avis de réserve et son renouvellement, ainsi que les résolutions à l’appui. La Cour d’appel infirme le jugement de première instance et rejette également les arguments d’ordre constitutionnel soulevés par Rogers.

Held: The appeal should be allowed. The notice of a reserve is unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté and Brown JJ.: The notice of a reserve is *ultra vires*, because it constitutes an exercise of the federal power over radiocommunication, which is an exclusive federal power. In analyzing the pith and substance of the notice of a reserve, a court must consider both its purpose and its effects. An analysis of the evidence in this regard leads to but one conclusion: the purpose of the notice of a reserve was to prevent Rogers from installing its radiocommunication antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis by limiting the possible choices for the system's location. The same conclusion applies with regard to the legal and practical effects of the notice of a reserve. Even if this measure addressed health concerns raised by certain residents, the fact remains that it would constitute a usurpation of the federal power over radiocommunication. The principle of co-operative federalism is of no assistance in this case, as it can neither override nor modify the division of powers itself. It cannot be seen as imposing limits on the valid exercise of legislative authority. Nor can it support a finding that an otherwise unconstitutional measure is valid.

The notice of a reserve does not have a double aspect. Because the pith and substance of the notice of a reserve is the choice of the location of radiocommunication infrastructure, there is no equivalence between the federal aspect, that is, the power over radiocommunication, and the provincial aspects, namely the protection of the health and well-being of residents living nearby and the harmonious development of the municipality's territory. A finding that the siting of radiocommunication infrastructure has a double aspect would imply that both the federal and provincial governments can legislate in this regard, which would contradict the precedent established by the Privy Council in *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304, to the effect that the federal jurisdiction over the siting of such infrastructure is exclusive.

Although the application of the pith and substance doctrine suffices to dispose of the appeal, the application of the doctrine of interjurisdictional immunity is also discussed in order to clarify the law. The application of this doctrine is generally reserved for situations that are already covered by precedent. There is a precedent that supports the application of interjurisdictional immunity in this situation, namely the Privy Council's decision in

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'avis de réserve est inconstitutionnel.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté et Brown : L'avis de réserve est *ultra vires* puisqu'il constitue l'exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication, une compétence fédérale exclusive. L'analyse du caractère véritable de l'avis de réserve requiert l'examen tant de son objet que de ses effets. L'analyse de la preuve à cet égard n'autorise qu'une conclusion : l'objet de l'avis de réserve est d'empêcher Rogers d'installer son système d'antennes de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint-Francis en circonscrivant le choix de l'emplacement de ce système. La même conclusion s'impose au regard des effets juridiques et pratiques de l'avis de réserve. Même si cette mesure répondait à des préoccupations de santé soulevées par certains citoyens, il n'en demeure pas moins qu'elle usurperait l'exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication. Le principe du fédéralisme coopératif n'est d'aucune assistance en l'espèce puisqu'il ne peut ni l'emporter sur le partage des compétences lui-même ni le modifier. Il ne peut être considéré comme imposant des limites à l'exercice valide d'une compétence législative. Il ne peut non plus être utilisé pour valider des mesures inconstitutionnelles.

L'avis de réserve ne jouit pas d'un double aspect. En effet, puisque le caractère véritable de l'avis de réserve est de choisir l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication, il n'y a pas d'équivalence entre l'aspect fédéral, soit sa compétence en matière de radiocommunication, et les aspects provinciaux, soit la protection de la santé et du bien-être des résidents à proximité et le développement harmonieux du territoire. Reconnaître un double aspect à l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication impliquerait que le fédéral et les provinces peuvent légiférer à cet égard, ce qui serait contraire au précédent établi par le Conseil privé dans *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304, selon lequel la compétence fédérale à l'égard de l'emplacement de telles infrastructures est exclusive.

Bien que l'application de la doctrine du caractère véritable suffise pour disposer du pourvoi, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences est également abordée afin de clarifier le droit. L'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences est généralement limitée à des situations déjà traitées par les tribunaux dans le passé. Il existe un précédent donnant ouverture à l'application de cette doctrine à la présente

Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada, [1905] A.C. 52, which suggests that the siting of telecommunications infrastructure is at the core of the federal power. Moreover, the evidence in the record favours such a finding as regards the siting of radiocommunication antenna systems, given that it is the appropriate and specific siting of antenna systems that ensures the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada. The siting of antenna systems is part of the core of the federal power over radiocommunication; any other conclusion would make it impossible for Parliament to achieve the purpose for which this power was conferred on it.

Thus, the notice of a reserve seriously and significantly impaired the core of the federal power over radiocommunication. The facts show that Rogers was unable to meet its obligation to serve the geographic area in question as required by its spectrum licence. The notice prevented Rogers from constructing its antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis for two successive two-year periods, and there was no alternative solution to which it could have turned on short notice. The notice of a reserve served on Rogers is therefore inapplicable by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity.

Per Gascon J.: Contrary to the opinion expressed by the majority, the notice of a reserve is *intra vires* Châteauguay, and the appeal should be resolved on the basis not of the pith and substance doctrine, but of the doctrine of interjurisdictional immunity.

The determination of a legislative measure's pith and substance is a delicate exercise of judgment that requires a court to consider and assess the impugned measure as a whole, weighing all its aspects. Although an overly general approach that would make the pith and substance analysis superficial is not recommended, the identification of the matter to which the measure relates requires the adoption of a flexible approach tailored to the modern conception of federalism, which allows for some overlapping and favours a spirit of co-operation. It is therefore necessary to consider the context of the adoption of the resolution authorizing the notice of a reserve and the purpose of issuing the notice while bearing in mind the presumption of validity of a provincial or municipal measure. The factual context supports the existence of another normative perspective that relates to provincial jurisdiction. The history and the preamble

situation, soit l'arrêt du Conseil privé *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52, qui suggère que l'emplacement des infrastructures dans le domaine des télécommunications relève du cœur de la compétence fédérale. Par ailleurs, la preuve présentée ici milite en faveur d'une telle conclusion dans le cas du choix de l'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication puisque c'est l'emplacement adéquat et précis des systèmes d'antennes qui permet d'assurer le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication au Canada. La détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes est au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication et il est absolument nécessaire qu'il en soit ainsi pour que le Parlement puisse réaliser l'objet pour lequel ladite compétence lui a été attribuée.

L'avis de réserve constitue donc une atteinte grave et importante au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication. Les faits démontrent que Rogers n'était pas en mesure de satisfaire à son obligation de desservir la région géographique en cause, telle que l'exigeait sa licence de spectre. Cet avis de réserve a empêché Rogers de construire son système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis pour deux périodes successives de deux ans, alors qu'il n'existait aucune solution de rechange à laquelle elle aurait pu recourir à brève échéance. Ainsi, la doctrine de l'exclusivité des compétences rend inapplicable l'avis de réserve signifié à Rogers.

Le juge Gascon : Contrairement à l'opinion exprimée par la majorité, l'avis de réserve est *intra vires* des pouvoirs de Châteauguay et le pourvoi doit se résoudre non pas en vertu de la doctrine du caractère véritable, mais en appliquant la doctrine de l'exclusivité des compétences.

Déterminer le caractère véritable d'une mesure législative demeure un délicat exercice de jugement qui commande d'évaluer et d'apprécier la mesure contestée dans son ensemble, en s'appesantissant toutes ses facettes. Sans préconiser une démarche trop générale qui rendrait l'analyse du caractère véritable superficielle, l'identification de la matière sur laquelle porte la mesure requiert l'adoption d'une approche souple, adaptée à la conception moderne du fédéralisme qui permet certains chevauchements et favorise un esprit de coopération. Il est donc nécessaire de tenir compte du contexte de l'adoption de la résolution autorisant l'avis de réserve et de l'objet de l'imposition de l'avis en gardant à l'esprit la présomption relative à la validité d'une mesure provinciale ou municipale. Le contexte factuel appuie l'existence d'une autre perspective normative qui relève de la compétence provinciale. L'historique et le préambule de la résolution

to the municipal resolution show that Châteauguay opposed the construction of a tower on the property at 411 Boulevard St-Francis not simply to control the siting of a radiocommunication system, but to respond to its residents' concerns about their health and well-being. These matters correspond to a valid municipal purpose and fall within the provincial heads of power provided for in s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*.

As regards the effects of the notice of a reserve, its legal effect must be distinguished from its practical effect. Although in practice, the effect of the notice is to prohibit Rogers from constructing its radiocommunication tower on the property at 411 Boulevard St-Francis, the notice's legal effect opens the way for Châteauguay to exercise its powers of expropriation, which falls within its jurisdiction to regulate the development of its territory in accordance with its needs and priorities. This more nuanced understanding of the effects of the notice is in line with a more flexible conception of the pith and substance doctrine that is more consistent with the guiding principles already set out and that favours a more accurate understanding of the matter to which the notice actually applies.

The effects of a municipal measure must be considered in conjunction with its purpose. The fact that such a measure affects a federal head of power does not on its own explain why the action was taken. However, the evidence in the record does clearly show what motivated it, which, moreover, appears to outweigh its effects. Thus, if the resolution's purposes and effects are considered as a whole in a comprehensive analysis of the pith and substance, the purposes that were pursued and achieved in establishing the land reserve were to ensure the harmonious development of the territory of Châteauguay, to allay its residents' concerns and to protect their health and well-being, despite the fact that there was clearly an effect on the siting of Rogers' radiocommunication tower. This approach tends to support a finding that the actions of the governments at both levels are valid and to favour the key principles underlying the division of powers, including subsidiarity and co-operative federalism.

On the basis of the doctrine of interjurisdictional immunity, the notice of a reserve nevertheless impairs the core of the federal power over radiocommunication. The choice of location or the siting of antenna systems is at the core of that power. By blocking the location decided on in accordance with the procedure provided for in the *Radiocommunication Act* and circular *CPC-2-0-03 — Radiocommunication and Broadcasting*

municipale font ressortir que Châteauguay ne s'est pas opposée à la présence d'une tour sur le 411 Saint-Francis simplement pour contrôler l'emplacement d'un système de radiocommunication, mais pour répondre aux préoccupations de ses résidents quant à leur santé et leur bien-être. Ces matières correspondent à une fin municipale valide et entrent dans les champs de compétence provinciaux des par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Quant aux effets de l'avis de réserve, il faut distinguer son effet juridique de son effet pratique. Bien qu'en pratique, l'effet de l'avis se traduit par une interdiction pour Rogers de bâtir sa tour de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint-Francis, son effet juridique ouvre la porte à un exercice par Châteauguay de ses pouvoirs d'expropriation, ce qui relève de sa compétence de réglementer l'aménagement de son territoire selon ses besoins et priorités. Cette vision plus nuancée des effets de l'avis s'inscrit dans une conception plus souple de la doctrine du caractère véritable qui concorde mieux avec les principes directeurs énoncés et qui favorise une conception plus juste de la matière réellement visée par l'avis.

Les effets d'une mesure municipale doivent être considérés en conjonction avec son objet. Le simple fait que la mesure municipale affecte un champ de compétence fédéral ne dit pas pourquoi le geste est entrepris. Or, la preuve retenue cerne bien cette motivation qui, du reste, apparaît dominante par rapport aux effets de la mesure. Ainsi, lorsque l'objet et les effets de la résolution sont considérés dans leur ensemble dans une analyse globale du caractère véritable, le but recherché et obtenu par l'imposition de la réserve foncière reste l'aménagement harmonieux du territoire de Châteauguay, l'apaisement des inquiétudes de ses résidents et la protection de leur santé et de leur bien-être, malgré l'existence d'un effet certain sur l'emplacement de la tour de radiocommunication de Rogers. L'adoption d'une approche semblable permet de favoriser la validité des gestes des deux ordres de gouvernement et de promouvoir des principes clés sous-tendant le partage des compétences, tels la subsidiarité et le fédéralisme coopératif.

En appliquant la doctrine de l'exclusivité des compétences, l'avis de réserve entrave néanmoins le cœur de la compétence fédérale sur les radiocommunications. Le choix ou la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes se situe au cœur de cette compétence. En faisant échec à l'emplacement déterminé selon le mécanisme prévu à la *Loi sur la radiocommunication* et à la circulaire *CPC-2-0-03 — Systèmes d'antennes de*

Antenna Systems, the notice intrudes significantly on a vital and essential aspect of the power.

Cases Cited

By Wagner and Côté JJ.

Distinguished: *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; **applied:** *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; **referred to:** *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. v. Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 S.C.R. 878; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Telus Communications Co. v. Toronto (City)* (2007), 84 O.R. (3d) 656.

By Gascon J.

Applied: *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; **referred to:** *Nova Scotia*

radiocommunications et de radiodiffusion, l'avis de réserve empiète de façon importante sur un élément du contenu vital et essentiel de la compétence.

Jurisprudence

Citée par les juges Wagner et Côté

Distinction d'avec l'arrêt : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; **arrêt appliqué :** *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; **arrêts mentionnés :** *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 R.C.S. 878; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Telus Communications Co. c. Toronto (City)* (2007), 84 O.R. (3d) 656.

Citée par le juge Gascon

Arrêt appliqué : *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; **arrêts**

Board of Censors v. McNeil, [1978] 2 S.C.R. 662; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1.
Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, ss. 29.4, 570.
Constitution Act, 1867, ss. 91 preamble, (29), 92(10)(a), (13), (16).
Expropriation Act, CQLR, c. E-24, ss. 69 et seq.
Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f).

Authors Cited

Canada. Health Canada. Consumer and Clinical Radiation Protection Bureau. *Limits of Human Exposure to Radiofrequency Electromagnetic Energy in the Frequency Range from 3 kHz to 300 GHz (Safety Code 6)*. Ottawa: Health Canada, 2009.

mentionnés : *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 (préambule), (29), 92(10)(a), (13), (16).
Loi sur l'expropriation, RLRQ, c. E-24, art. 69 et suiv.
Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., c. P-41.1.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)(f).
Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19, art. 29.4, 570.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Industrie Canada. Gestion du spectre et télécommunications. *CPC-2-0-03 — Systèmes d'antennes de radiocommunications et de radiodiffusion*, 4^e éd., juin 2007.

- Canada. Industry Canada. Spectrum Management and Telecommunications. *CPC-2-0-03 — Radiocommunication and Broadcasting Antenna Systems*, issue 4, June 2007.
- City of Châteauguay. Conseil municipal. Résolution n° 2010-904, adoptée lors de la séance ordinaire du 4 octobre 2010 (en ligne: www.ville.chateauguay.qc.ca/Proces-verbal-seance-2010-10-04).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).
- Lederman, W. R. “Classification of Laws and the British North America Act”, in W. R. Lederman, ed., *The Courts and the Canadian Constitution*. Toronto: McClelland and Stewart, 1964, 177.
- Lederman, W. R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
- Ryan, Michael H. “Telecommunications and the Constitution: Re-Setting the Bounds of Federal Authority” (2010), 89 *Can. Bar Rev.* 695.
- Canada. Santé Canada. Bureau de la protection contre les rayonnements des produits cliniques et de consommation. *Limites d'exposition humaine à l'énergie électromagnétique radioélectrique dans la gamme de fréquences de 3 kHz à 300 GHz (Code de sécurité 6)*, Ottawa, Santé Canada, 2009.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).
- Lederman, W. R. « Classification of Laws and the British North America Act », in W. R. Lederman, ed., *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart, 1964, 177.
- Lederman, W. R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas : Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*, Toronto, Butterworths, 1981.
- Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed., Toronto, Irwin Law, 2013.
- Ryan, Michael H. « Telecommunications and the Constitution : Re-Setting the Bounds of Federal Authority » (2010), 89 *R. du B. can.* 695.
- Ville de Châteauguay. Conseil municipal. Résolution n° 2010-904, adoptée lors de la séance ordinaire du 4 octobre 2010 (en ligne : www.ville.chateauguay.qc.ca/Proces-verbal-seance-2010-10-04).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Dutil and Léger JJ.A.), 2014 QCCA 1121, 113 L.C.R. 233, [2014] AZ-51078720, [2014] J.Q. n° 5163 (QL), 2014 CarswellQue 13182 (WL Can.), setting aside in part a decision of Perrault J., 2013 QCCS 3138, [2013] R.J.Q. 1177, 110 L.C.R. 81, [2013] AZ-50985779, [2013] J.Q. n° 7419 (QL), 2013 CarswellQue 8577 (WL Can.). Appeal allowed.

John B. Laskin, Nicholas Kennedy, Pierre Y. Lefebvre and Vincent Cérat Lagana, for the appellant.

Patrice Gladu and Sébastien Dorion, for the respondent the City of Châteauguay.

Benoît Belleau, Simon Larose and Hugo Jean, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Pierre Salois and François Joyal, for the intervenor the Attorney General of Canada.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Morissette, Dutil et Léger), 2014 QCCA 1121, 113 L.C.R. 233, [2014] AZ-51078720, [2014] J.Q. n° 5163 (QL), 2014 CarswellQue 5123 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Perrault, 2013 QCCS 3138, [2013] R.J.Q. 1177, 110 L.C.R. 81, [2013] AZ-50985779, [2013] J.Q. n° 7419 (QL), 2013 CarswellQue 7250 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

John B. Laskin, Nicholas Kennedy, Pierre Y. Lefebvre et Vincent Cérat Lagana, pour l’appelante.

Patrice Gladu et Sébastien Dorion, pour l’intimée la Ville de Châteauguay.

Benoît Belleau, Simon Larose et Hugo Jean, pour l’intimée la procureure générale du Québec.

Pierre Salois et François Joyal, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

No one appeared for the intervener Christina White.

Stéphane Émard-Chabot, for the intervener the Federation of Canadian Municipalities.

Darrel A. Smith and *Jared Wehrle*, for the intervener the City of Toronto.

Mathieu Quenneville, *Stephen Schmidt*, *Valérie Beaudin* and *Roudine Ishak*, for the interveners Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc. and Vidéotron s.e.n.c.

Marc-André LeChasseur, for the intervener Union des municipalités du Québec.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté and Brown JJ. delivered by

WAGNER AND CÔTÉ JJ. —

I. Introduction

[1] Wireless telephony now dominates the means by which Canadian individuals and businesses communicate with one another every day. The use of mobile telephones on this scale requires an efficient national radiocommunication network, the existence of which inevitably gives rise to regulatory difficulties. Although it is well established that Parliament has exclusive jurisdiction in the sphere of radiocommunication, this appeal raises the question whether a municipality may intervene in the siting of a radiocommunication antenna system. If the answer is yes, the scope of that intervention must be determined.

[2] Pursuant to his powers under the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, the Minister of Industry (“Minister”) authorized Rogers Communications Inc. (“Rogers”) to install an antenna system on property located at 411 Boulevard Saint-Francis in the municipality of Châteauguay for the purpose of improving its cellular telephone network. The

Personne n’a comparu pour l’intervenante Christina White.

Stéphane Émard-Chabot, pour l’intervenante la Fédération canadienne des municipalités.

Darrel A. Smith et *Jared Wehrle*, pour l’intervenante la Ville de Toronto.

Mathieu Quenneville, *Stephen Schmidt*, *Valérie Beaudin* et *Roudine Ishak*, pour les intervenantes Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc. et Vidéotron s.e.n.c.

Marc-André LeChasseur, pour l’intervenante l’Union des municipalités du Québec.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté et Brown a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET CÔTÉ —

I. Introduction

[1] La téléphonie sans fil occupe désormais une place prédominante parmi les moyens de communication utilisés quotidiennement au Canada tant par les citoyens que par les entreprises. Un tel recours aux téléphones mobiles est tributaire d’un réseau national efficace de radiocommunication, dont l’existence engendre inévitablement des difficultés sur le plan de la réglementation. S’il est bien établi que le législateur fédéral exerce une compétence exclusive dans le domaine des radiocommunications, le présent pourvoi soulève la question de savoir si une municipalité peut intervenir dans le choix de l’emplacement d’un système d’antennes de radiocommunication et, dans l’affirmative, celle de déterminer l’étendue de cette intervention.

[2] En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, c. R-2, le ministre de l’Industrie (« ministre ») a autorisé Rogers Communications Inc. (« Rogers ») à installer un système d’antennes sur le terrain situé au 411, boulevard Saint-Francis (« 411 Saint-Francis ») dans la municipalité de

City of Châteauguay (“Châteauguay”), arguing that the health and well-being of people living near such an installation would be at risk, adopted a municipal resolution authorizing the service of a notice of establishment of a reserve (“notice of a reserve”) that prohibited all construction on the property at 411 Boulevard Saint-Francis for two years pursuant to the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, and the *Expropriation Act*, CQLR, c. E-24. A few days before the reserve was due to lapse, it was renewed for two additional years.

[3] Rogers argues that the notice of a reserve is unconstitutional. In its opinion, the issuance of the notice constitutes an exercise of the federal power over radiocommunication and is therefore *ultra vires* the province. Rogers is also of the view that the notice is either inapplicable to it by reason of the doctrine of *interjurisdictional immunity* or inoperative by reason of the doctrine of *federal paramountcy*. Finally, Rogers contests the validity of the notice from the standpoint of municipal law.

[4] The respondents, Châteauguay and the Attorney General of Quebec (“AGQ”), counter that the notice of a reserve is *intra vires* the province, as its issuance constitutes a valid exercise of the provincial powers over property and civil rights in the province and generally all matters of a merely local or private nature. They also argue that the notice is neither inapplicable to Rogers nor inoperative by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity or that of federal paramountcy. Finally, they submit that, under municipal law, the issuance of the notice constitutes a valid exercise of powers delegated to Châteauguay.

[5] We are of the opinion that in light of the purpose and the effects of the notice of a reserve, its pith and substance is the siting of a radiocommunication antenna system, which represents an exercise of federal jurisdiction. The notice is therefore *ultra vires* the province. In the circumstances, the notice impairs the core of the federal power over

Châteauguay afin d’améliorer son réseau de téléphonie cellulaire. Invoquant le risque pour la santé et le bien-être des citoyens qui résident à proximité d’une telle installation, la Ville de Châteauguay (« Châteauguay ») a adopté une résolution municipale autorisant la signification d’un avis d’imposition de réserve (« avis de réserve ») interdisant toute construction sur le terrain situé au 411 Saint-Francis pour une période de deux ans en conformité avec la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, et la *Loi sur l’expropriation*, RLRQ, c. E-24. Quelques jours avant son expiration, cette réserve fut renouvelée pour une période additionnelle de deux ans.

[3] Rogers allègue que l’avis est inconstitutionnel. En effet, pour Rogers, l’avis de réserve constituerait un exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication et serait ainsi *ultra vires* des compétences provinciales. Rogers estime en outre que l’avis lui serait inapplicable en raison de la doctrine de l’*exclusivité des compétences*, ou encore inopérant en application de la doctrine de la *prépondérance fédérale*. Finalement, Rogers conteste la validité de l’avis de réserve sur le plan du droit municipal.

[4] Pour leur part, les intimées, Châteauguay et la procureure générale du Québec (« PGQ »), soutiennent que l’avis de réserve est *intra vires* des compétences provinciales, puisqu’il s’agit d’un exercice valide des compétences provinciales en matière de propriété et de droits civils dans la province et de généralement toutes les matières d’une nature purement locale ou privée. En outre, selon les intimées, les doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ne rendent l’avis ni inapplicable à Rogers ni inopérant. Elles font finalement valoir que l’avis constitue, eu égard au droit municipal, un exercice valide des pouvoirs délégués à Châteauguay.

[5] Nous sommes d’opinion qu’en raison de son objet et de ses effets le caractère véritable de l’avis de réserve est de déterminer l’emplacement d’un système d’antennes de radiocommunication, ce qui constitue l’exercice d’une compétence fédérale. L’avis de réserve est ainsi *ultra vires* des compétences provinciales. Au surplus, l’avis de réserve

radiocommunication in that it compromises the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada. In addition, it is inapplicable to Rogers by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity.

II. Facts

[6] Rogers, a Canadian corporation, offers various communication services — including that of wireless telephony, a form of radiocommunication — everywhere in Canada. It holds a spectrum licence, which authorizes it to provide services in specified frequency ranges. This licence requires it to meet a number of obligations, one of which is to ensure an adequate network coverage in the geographic regions attributed to it. To do this, Rogers must install and operate radio stations.

[7] In the fall of 2007, Rogers decided to construct a new radiocommunication antenna system on the territory of the city of Châteauguay in order to fill gaps in its wireless telephone network. For this, it identified an optimal “search area” within which there were a few sites that might enable it to ensure that its network provided adequate coverage.

[8] Rogers has no power of expropriation. To be able to construct its installation in the established search area, it must therefore reach an agreement with an owner of property located there. It is in this context that Rogers entered into a lease with the owner of the property at 411 Boulevard Saint-Francis in December 2007.

[9] Before installing its system, Rogers also had to obtain the Minister’s approval for a specific site under s. 5(1)(f) of the *Radiocommunication Act*. To do this, it had to submit to a 120-day public consultation process, as was required by circular CPC-2-0-03 — *Radiocommunication and Broadcasting Antenna Systems* (“Circular”), published by Industry Canada. The *Circular* required that both the public and the land-use authority (“LUA”) — Châteauguay in this case — be consulted. The purpose

empiète sur le cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication, puisqu’il compromet le développement ordonné et l’exploitation efficace des radiocommunications au Canada. Selon la doctrine de l’exclusivité des compétences, il est donc inapplicable à Rogers.

II. Faits

[6] Rogers, une société canadienne, offre divers services de communication — dont celui de téléphonie sans fil, une forme de radiocommunication — sur l’ensemble du territoire canadien. Elle détient une licence de spectre qui l’autorise à exploiter ses services dans certaines gammes de fréquence. Cette licence lui impose plusieurs obligations, dont celle d’assurer une couverture de réseau adéquate dans les régions géographiques qui lui sont attribuées. Pour ce faire, Rogers doit installer et exploiter des stations de radiocommunication.

[7] À l’automne 2007, Rogers décide d’ériger un nouveau système d’antennes de radiocommunication sur le territoire de la ville de Châteauguay afin de combler des lacunes dans son réseau de téléphonie sans fil. Elle identifie donc une « aire de recherche » optimale à l’intérieur de laquelle certains sites sont susceptibles de lui permettre d’assurer une couverture adéquate de son réseau.

[8] Rogers ne possède aucun pouvoir d’expropriation. Elle doit donc s’entendre avec le propriétaire d’un terrain situé dans l’aire de recherche établie pour pouvoir y aménager ses installations. C’est dans ce contexte que Rogers conclut, en décembre 2007, un bail avec le propriétaire du terrain situé au 411 Saint-Francis.

[9] Avant d’installer son système, Rogers doit en outre obtenir l’approbation du ministre pour un site spécifique, en application de l’al. 5(1)(f) de la *Loi sur la radiocommunication*. Pour ce faire, Rogers doit se soumettre à un processus de consultation publique d’une durée de 120 jours, tel que l’exige la circulaire CPC-2-0-03 — *Systèmes d’antennes de radiocommunications et de radiodiffusion* (« *Circulaire* »), publiée par Industrie Canada. Selon cette *Circulaire*, tant la population que l’autorité responsable

of this consultation was to identify concerns about the proposed installation and ensure that the licence holder reached an understanding with the LUA. Following the consultation process, the Minister had to decide whether the licence holder had met the requirements of the *Circular*. The Minister could also resolve any impasse reached in the discussions between the parties regarding the construction of the antenna system by making a final decision in that regard.

[10] In March 2008, Rogers notified Châteauguay of its intention to set up a radiocommunication system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis and initiated the consultation process required by the *Circular*.

[11] Châteauguay expressed its opposition to the project on April 28, 2008. It argued that the project would contravene the municipality's zoning by-law and would be visually disagreeable, and expressed a concern for a potential adverse impact on the health and safety of people living in an adjacent residential area. Châteauguay accordingly proposed three alternatives to Rogers: (1) to install another antenna on an existing site; (2) to increase the power of the signal from an existing antenna; or, as a last resort, (3) to construct the proposed antenna system on another lot located at 50 Boulevard Industriel.

[12] On August 28, 2008, Rogers advised Châteauguay that it had studied the proposed alternatives, but that the existing sites were inadequate and the property at 50 Boulevard Industriel was not available. It responded to Châteauguay's concerns regarding the health and safety of its residents by adding that its installation would comply with the standards of Health Canada's *Safety Code 6*.

[13] In September 2008, Châteauguay reiterated its disagreement with the installation of an antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. It nonetheless asked Rogers to identify measures that could be taken to mitigate the project's

de l'utilisation des sols (« ARUS ») — en l'espèce Châteauguay — doivent être consultées. Cette consultation vise à identifier les préoccupations relatives à l'aménagement projeté et à assurer que le titulaire de la licence s'entende avec l'ARUS. Au terme du processus de consultation, le ministre décide si le titulaire de la licence a satisfait aux exigences de la *Circulaire*. Le ministre peut également résoudre toute impasse, quelle qu'elle soit, dans les discussions entre les parties concernant la construction du système d'antennes en rendant une décision finale sur la question.

[10] En mars 2008, Rogers informe Châteauguay de son intention d'aménager un système de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint-Francis et entreprend le processus de consultation prescrit par la *Circulaire*.

[11] Le 28 avril 2008, Châteauguay s'oppose au projet. Elle fait valoir que ce dernier contreviendrait au règlement de zonage de la municipalité, qu'il aurait un aspect inesthétique, et elle s'inquiète des répercussions négatives potentielles sur la santé et la sécurité de la population vivant dans la zone résidentielle adjacente. Châteauguay propose donc trois solutions de rechange à Rogers : (1) installer une autre antenne sur un site existant; (2) augmenter la puissance du signal sur une antenne existante; ou, en dernier ressort, (3) construire le système d'antennes projeté sur un autre terrain situé au 50, boulevard Industriel (« 50 Industriel »).

[12] Le 28 août 2008, Rogers informe Châteauguay qu'elle a étudié les solutions de rechange proposées, mais que les sites existants sont inadéquats et que le terrain situé au 50 Industriel n'est pas disponible. En ce qui concerne les craintes exprimées par Châteauguay concernant la santé et la sécurité de ses résidents, Rogers ajoute que ses installations respectent les normes prévues au *Code de sécurité 6* édicté par Santé Canada.

[13] En septembre 2008, Châteauguay réitère son désaccord avec l'implantation d'un système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Elle demande néanmoins à Rogers d'identifier des mesures d'atténuation et d'améliorer l'esthétique

effects and improve its visual aspect. In February 2009, Châteauguay issued a building permit to Rogers for the property at 411 Boulevard Saint-Francis.

[14] After it had issued the permit, Châteauguay received a petition signed by more than a hundred residents who opposed the construction of the antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. They argued that, according to certain studies, such installations are harmful to health and to the environment. On May 19, 2009, Châteauguay's municipal council adopted a resolution that authorized Châteauguay to request that the project at 411 Boulevard Saint-Francis be halted and that the consultation process be resumed.

[15] In the summer of 2009, the Minister of Health advised Châteauguay that *Safety Code 6* provides adequate protection to the public. However, the Minister of Industry noted some flaws in Rogers' initial public consultation process and asked it to resume its negotiations with Châteauguay. Rogers submitted willingly to this request. The building permit issued to Rogers expired on August 18, 2009; at that time, the work had not yet begun.

[16] On September 21, 2009, the Minister determined that the second consultation process had been completed satisfactorily. The parties nevertheless tried to find an alternative site that would have less of an impact on residents. With this in mind, Châteauguay identified two possible lots located at 20 and 50 Boulevard Industriel. The owners of those lots showed little interest in doing business with Rogers, however.

[17] On December 15, 2009, Châteauguay proposed the property at 50 Boulevard Industriel as an alternative site for the new antenna system. It informed Rogers at that time that it intended to acquire that property either by mutual agreement or by way of expropriation. Rogers agreed to consider the property at 50 Boulevard Industriel on condition that the transaction take place no later than February 15, 2010. A few days later, the Minister confirmed that the consultation process conducted

du projet. En février 2009, elle délivre un permis de construction à Rogers pour le terrain situé au 411 Saint-Francis.

[14] Après la délivrance du permis, Châteauguay reçoit une pétition signée par plus d'une centaine de résidents qui s'opposent à la construction du système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Ils font valoir que, selon certaines études, de telles installations sont nocives pour la santé et l'environnement. Le 19 mai 2009, le conseil municipal de Châteauguay adopte une résolution autorisant Châteauguay à demander l'arrêt du projet sur le terrain situé au 411 Saint-Francis de même que la reprise du processus de consultation.

[15] À l'été 2009, le ministre de la Santé informe Châteauguay que le *Code de sécurité 6* protège adéquatement la population. Toutefois, le ministre de l'Industrie constate certaines lacunes dans le processus de consultation publique mené initialement par Rogers et demande à cette dernière de reprendre les négociations avec Châteauguay. Rogers s'y soumet de bonne grâce. Le 18 août 2009, le permis de construction délivré à Rogers expire, alors que les travaux n'avaient toujours pas commencé.

[16] Le 21 septembre 2009, le ministre juge que ce deuxième processus de consultation publique est complété de manière satisfaisante. Les parties tentent malgré tout de trouver un autre site où les impacts seraient moindres pour les résidents. Dans cette optique, Châteauguay identifie deux terrains potentiels situés respectivement au 20 et au 50 Industriel. Les propriétaires de ces terrains se montrent toutefois peu intéressés à transiger avec Rogers.

[17] Le 15 décembre 2009, Châteauguay propose le terrain situé au 50 Industriel comme site alternatif pour l'installation du nouveau système d'antennes. Elle avise alors Rogers de son intention d'acquérir le terrain situé au 50 Industriel de gré à gré ou par expropriation. Rogers accepte de considérer le terrain situé au 50 Industriel à la condition que la transaction ait lieu au plus tard le 15 février 2010. Quelques jours plus tard, le ministre confirme que le processus de consultation mené pour le terrain situé

for 411 Boulevard Saint-Francis also applied to 50 Boulevard Industriel.

[18] On January 18, 2010, Châteauguay's municipal council adopted a resolution authorizing the acquisition of the property at 50 Boulevard Industriel by mutual agreement or by way of expropriation. However, the intervener Christina White had purchased that property three days earlier, on January 15, 2010. The new owner was served with a notice of expropriation on February 16, 2010, and she responded by filing a motion to contest Châteauguay's right to expropriate the property.

[19] Representatives of Rogers, Châteauguay and the Minister met on April 15, 2010. Rogers asked the Minister, in particular, to exercise his powers under the *Circular* and to resolve the impasse, as it could no longer wait to construct its antenna system and was concerned that the expropriation proceeding would drag on.

[20] On July 26, 2010, the Minister confirmed that Rogers had met the consultation requirements, and resolved the impasse between the parties by approving the installation of the antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. Rogers therefore informed Châteauguay that it did not intend to locate its installation at 50 Boulevard Industriel and that it had decided to go ahead with the construction of the antenna system at 411 Boulevard Saint-Francis.

[21] On October 1, 2010, Châteauguay proposed to Rogers that the work be delayed until a decision was rendered in the expropriation proceeding. In exchange, Châteauguay undertook not to appeal any adverse decision in that proceeding and not to oppose the construction of the antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis if Rogers were unable to install one at 50 Boulevard Industriel by May 15, 2011.

[22] On October 4, 2010, before Rogers had even responded to Châteauguay's proposition, the municipal council adopted resolution No. 2010-904, which authorized steps to establish a reserve for

au 411 Saint-Francis vaut aussi pour le terrain situé au 50 Industriel.

[18] Le 18 janvier 2010, le conseil municipal de Châteauguay adopte une résolution autorisant l'acquisition de gré à gré ou par voie d'expropriation du terrain situé au 50 Industriel. L'intervenante Christina White avait toutefois acquis cet immeuble trois jours auparavant, soit le 15 janvier 2010. Le 16 février suivant, un avis d'expropriation est signifié à la nouvelle propriétaire qui dépose alors une requête en contestation du droit d'expropriation de Châteauguay.

[19] Des représentants de Rogers, de Châteauguay et du ministre se rencontrent le 15 avril 2010. Rogers demande notamment au ministre d'exercer les pouvoirs que lui confère la *Circulaire* et de dénouer l'impasse, puisqu'elle ne peut plus attendre pour construire son système d'antennes et craint que les procédures d'expropriation ne s'éternisent.

[20] Le 26 juillet 2010, le ministre confirme que Rogers a satisfait aux exigences de consultation, et dénoue l'impasse entre les parties en approuvant l'installation du système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Rogers informe donc Châteauguay qu'elle n'a pas l'intention de construire ses installations sur le terrain situé au 50 Industriel et qu'elle a décidé d'aller de l'avant avec l'aménagement de son système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis.

[21] Le 1^{er} octobre 2010, Châteauguay propose à Rogers de différer le début des travaux jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur la procédure d'expropriation. En contrepartie, Châteauguay s'engage à ne pas porter en appel une décision défavorable, le cas échéant, et à ne pas s'opposer à la construction du système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis si, au plus tard le 15 mai 2011, Rogers n'est pas en mesure de l'installer sur le terrain situé au 50 Industriel.

[22] Le 4 octobre 2010, avant même que Rogers ne réponde à la proposition de Châteauguay, le conseil municipal adopte la résolution n° 2010-904, qui autorise les démarches en vue d'imposer une

the purposes of a land reserve on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. Châteauguay justified this resolution by referring to concerns related to the interests and well-being of its residents, as well as to the development of its territory.

[23] A few days later, Rogers rejected Châteauguay's offer of October 1, 2010 and confirmed that it intended to begin installing the new antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. On October 12, Châteauguay served the notice of a reserve with respect to that property. Rogers then filed a motion to contest the notice and intervened in the expropriation proceeding between Châteauguay and Ms. White. On October 2, 2012, Châteauguay renewed the reserve for an additional two-year period.

III. Judgments of the Courts Below

A. *Superior Court, 2013 QCCS 3138, 110 L.C.R. 81*

[24] Perrault J. held that Châteauguay had acted to further a valid municipal purpose in expropriating the property at 50 Boulevard Industriel. She noted that it was reasonable and rational, given that the evidence disclosed that the question of radio-frequency energy is controversial, to believe that Châteauguay would ensure that an antenna system would be installed at a safe distance from nearby residences.

[25] Having said this, Perrault J. added that, in this case, the discretion conferred on a municipality to establish a reserve under the *Cities and Towns Act* and the *Expropriation Act* had been exercised in bad faith as regards the property at 411 Boulevard Saint-Francis and that Châteauguay's exercise of that discretion had thus constituted an abuse of power.

[26] Perrault J. was of the opinion that the act of issuing the notice of a reserve had been intended to harm Rogers or, at the very least, that it had been so inconsistent with the legislative context in which it

réserve pour fins de réserve foncière relativement au terrain situé au 411 Saint-Francis. Châteauguay justifie l'adoption de la résolution en question en référant à des préoccupations liées à l'intérêt et au bien-être de ses résidents, de même qu'à l'aménagement de son territoire.

[23] Quelques jours plus tard, Rogers rejette l'offre que lui a soumise Châteauguay le 1^{er} octobre 2010 et lui confirme son intention de débiter les travaux d'installation du nouveau système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Le 12 octobre, Châteauguay signifie l'avis de réserve à l'égard du terrain situé au 411 Saint-Francis. Rogers dépose alors une requête pour contester cet avis et intervient dans l'instance d'expropriation qui oppose Châteauguay et M^{me} White. Le 2 octobre 2012, Châteauguay renouvelle la réserve pour une période additionnelle de deux ans.

III. Jugements des cours d'instance inférieure

A. *Cour supérieure, 2013 QCCS 3138, [2013] R.J.Q. 1177*

[24] La juge Perrault conclut que Châteauguay a agi pour une fin municipale valide en expropriant le terrain situé au 50 Industriel. Elle souligne qu'il est raisonnable et rationnel de croire que, dans un contexte où la preuve révèle l'existence d'une controverse sur la question des radiofréquences, Châteauguay s'assure qu'un système d'antennes soit installé à une distance sécuritaire des résidences avoisinantes.

[25] Cela dit, selon la juge Perrault, le pouvoir discrétionnaire accordé à une municipalité relativement à l'imposition d'une réserve en vertu de la *Loi sur les cités et villes* et de la *Loi sur l'expropriation* a été exercé, dans ce cas-ci, de mauvaise foi sur le terrain situé au 411 Saint-Francis, et Châteauguay a ainsi commis un abus de pouvoir.

[26] En effet, selon la juge, l'imposition de la réserve est un acte accompli dans l'intention de nuire à Rogers ou, à tout le moins, tellement singulier par rapport au contexte législatif dans lequel il est posé

was carried out that to find that the city had acted in good faith was impossible. She annulled the notice of a reserve and its renewal, as well as the resolutions on which they were based. Because the case had been resolved on the basis of administrative law principles, she found that it was not necessary to consider the constitutional issues.

B. *Court of Appeal, 2014 QCCA 1121, 113 L.C.R. 233 (Morissette, Dutil and Léger JJA.)*

[27] In the Court of Appeal's opinion, the motion judge had erred in finding that Châteauguay had acted in bad faith in serving the notice of a reserve. The court found that the power of expropriation and the power to serve such a notice could in fact be exercised for reasons related to the health and well-being of the people living in the city. The court was therefore of the view that the motion judge could not, after holding that Châteauguay had acted for municipal purposes and in the interest of its residents in expropriating the property at 50 Boulevard Industriel, conclude that Châteauguay or its agents had acted in bad faith in serving the notice with respect to the property at 411 Boulevard Saint-Francis.

[28] On the constitutional issues, the Court of Appeal agreed with Rogers that the notice of expropriation and the notice of a reserve must be considered as a whole in order to identify their pith and substance. It also referred to the principle stated by this Court that federalism must be applied flexibly by favouring the pith and substance and double aspect doctrines.

[29] After considering the notice of expropriation and the notice of establishment of a land reserve as a whole, the Court of Appeal stated that their purpose was [TRANSLATION] "to respond to concerns of the citizens of Châteauguay concerning possible repercussions of radio waves on their health and to ensure a harmonious development of its territory": para. 78. The court accordingly concluded that the pith and substance of the notice of expropriation and the notice of a reserve was not to encroach upon the federal power over radiocommunication. It also expressed

que l'on ne peut conclure à la bonne foi de la ville. La juge Perrault annule l'avis de réserve et son renouvellement, ainsi que les résolutions à l'appui. Le litige étant résolu en appliquant les principes de droit administratif, la juge estime qu'il n'est pas nécessaire de considérer les questions d'ordre constitutionnel.

B. *Cour d'appel, 2014 QCCA 1121 (les juges Morissette, Dutil et Léger)*

[27] La Cour d'appel est d'avis que la juge de première instance a erré en concluant à la mauvaise foi de Châteauguay lorsqu'elle a signifié l'avis de réserve. Pour la Cour d'appel, le pouvoir d'exproprier et celui de signifier un avis de réserve pouvaient certes être exercés pour des motifs liés à la santé et au bien-être des citoyens de la ville. En conséquence, la Cour d'appel détermine que, après avoir jugé que Châteauguay avait agi pour des fins municipales dans l'intérêt de ses citoyens en expropriant le terrain situé au 50 Industriel, la juge de première instance ne pouvait alors conclure que Châteauguay ou ses agents étaient de mauvaise foi en signifiant l'avis de réserve relativement au terrain situé au 411 Saint-Francis.

[28] Se prononçant sur les questions constitutionnelles, la Cour d'appel convient avec Rogers qu'il faut examiner l'avis d'expropriation et l'avis de réserve dans leur ensemble pour identifier leur caractère véritable. Elle rappelle également les enseignements de notre Cour selon lesquels il faut favoriser une application souple du fédéralisme en privilégiant les doctrines du caractère véritable et du double aspect.

[29] Au terme de l'examen de l'avis d'expropriation et de l'avis de réserve foncière dans leur ensemble, la Cour d'appel affirme qu'ils avaient pour but « de répondre aux inquiétudes des citoyens de Châteauguay concernant les répercussions possibles des ondes radio sur leur santé et [d']assurer un développement harmonieux de son territoire » : par. 78 (CanLII). En conséquence, la Cour d'appel conclut que le caractère véritable de l'avis d'expropriation et de l'avis de réserve n'est pas d'entraver la compétence fédérale en matière de

the opinion that Parliament does not have exclusive jurisdiction over telecommunications: para. 79.

[30] The Court of Appeal added that the doctrine of interjurisdictional immunity does not apply in this case. It explained that its understanding of *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 77, was that this doctrine applies only where, in specific cases, there are precedents in which its application has been favoured. The court found that Rogers was wrong to invoke *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.), and *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, as they were not precedents in which the doctrine of interjurisdictional immunity had been applied with respect to the siting of radiocommunication antenna systems in search areas. The Court of Appeal noted, on the contrary, that the Privy Council had held in *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (“*Bell*”), that cities may intervene as regards the siting of telephone poles on their territories.

[31] Finally, the Court of Appeal held that the doctrine of federal paramountcy cannot apply in the instant case. First of all, there is no operational conflict, since Rogers has been authorized to construct its antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis but could also use the property at 50 Boulevard Industriel. It would thus be possible for Rogers to comply with the federal authorization granted by the Minister while at the same time satisfying Châteauguay’s requirements with respect to the location of the antenna system within the search area.

[32] The Court of Appeal also found that there is no frustration of the purpose of the federal legislation. It observed, relying on *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, that municipalities may add to regulations made by the federal government where those regulations are permissive

radiocommunication. Par ailleurs, la Cour d’appel est d’avis que le fédéral ne possède pas une compétence exclusive en matière de télécommunications : para. 79.

[30] La Cour d’appel ajoute que la doctrine de l’exclusivité des compétences n’est pas applicable en l’espèce. Selon sa lecture des enseignements de l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 77, cette doctrine ne s’applique que lorsqu’un précédent préconise son application dans un cas particulier. Elle estime que Rogers a tort d’invoquer les arrêts *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (C.P.), et *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, puisqu’il ne s’agit pas de précédents qui appliquent la doctrine de l’exclusivité des compétences à la détermination de l’emplacement des systèmes d’antennes de radiocommunication à l’intérieur d’aires de recherche. La Cour d’appel souligne qu’au contraire, l’arrêt *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (« *Bell* »), du Conseil privé a reconnu le pouvoir des villes d’intervenir relativement à l’emplacement de poteaux téléphoniques sur leurs territoires.

[31] Finalement, la Cour d’appel conclut que la doctrine de la prépondérance fédérale ne peut s’appliquer en l’espèce. En premier lieu, il n’y a pas de conflit d’application puisque Rogers est autorisée à construire son système d’antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis, mais peut également utiliser le terrain situé au 50 Industriel. Rogers pourrait donc à la fois se conformer à l’autorisation fédérale transmise par le ministre et respecter les exigences de Châteauguay relativement à l’emplacement du système d’antennes à l’intérieur de l’aire de recherche.

[32] La Cour d’appel ajoute de plus qu’il n’y a pas d’entrave à la réalisation de l’objectif de la loi fédérale. S’appuyant sur l’arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, elle souligne que les municipalités peuvent ajouter aux règlements mis en place par le gouvernement fédéral

in nature. In the case at bar, the purpose of the federal regulation was to [TRANSLATION] “allow for the deployment of telecommunication networks while respecting local populations”: C.A., at para. 91. Thus, in the court’s view, the purposes of the notice of a reserve were to ensure the well-being of residents and the harmonious development of the municipality’s territory. It accordingly allowed the appeal on the basis that these purposes could be achieved “without encroaching on the fulfilment of the federal [rule]”: para. 92.

IV. Issues

[33] This appeal raises the following issues:

- (1) Is the notice of a reserve *ultra vires* Châteauguay on the basis that it relates in pith and substance to an exclusive federal power?
- (2) Is the notice of a reserve inapplicable by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?
- (3) Is the notice of a reserve inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy?
- (4) Is the notice of a reserve *ultra vires* Châteauguay in light of the principles of municipal law?

V. Analysis

A. *Application of the Constitutional Doctrines*

[34] The first step in a division of powers analysis is to determine whether the level of government or the entity exercising delegated powers possesses the authority under the Constitution to enact the impugned statute or adopt the impugned measure: *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250, at para. 30; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53 (“*Marine Services*”), at paras. 47-48; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536

lorsque ces derniers sont de nature permissive. Or, en l’espèce, la réglementation fédérale a pour objet de « permettre le déploiement des réseaux de radiocommunication, tout en respectant les populations locales » : C.A., par. 91. Ainsi, selon la Cour d’appel, l’avis de réserve a pour objectifs d’assurer le bien-être des résidents et le développement harmonieux du territoire. Elle accueille donc l’appel puisque ces objectifs peuvent être atteints « sans qu’il y ait entrave à la réalisation de la norme fédérale » : par. 92.

IV. Questions en litige

[33] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) L’avis de réserve est-il *ultra vires* de la compétence de Châteauguay parce que son caractère véritable relève d’une compétence fédérale exclusive?
- (2) La doctrine de l’exclusivité des compétences rend-elle l’avis de réserve inapplicable?
- (3) La doctrine de la prépondérance fédérale rend-elle l’avis de réserve inopérant?
- (4) L’avis de réserve est-il *ultra vires* de la compétence de Châteauguay au regard des principes de droit municipal?

V. Analyse

A. *L’application des doctrines constitutionnelles*

[34] Dans le cadre d’une analyse du partage des compétences, il faut d’abord déterminer si le palier législatif ou l’entité exerçant les pouvoirs délégués est autorisé, en vertu de la Constitution, à adopter la loi ou la mesure contestée : *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250, par. 30; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53 (« *Marine Services* »), par. 47-48; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536

(“COPA”), at para. 22; *Canadian Western Bank*, at para. 25; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 52. This is achieved by characterizing the “pith and substance” of the statute or measure: *Marine Services*, at para. 48.

[35] A court must conduct the pith and substance analysis before inquiring into the application of the doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy, both of which are predicated on the constitutional validity of the impugned statute or measure. If the doctrine of interjurisdictional immunity applies, the impugned measure remains valid but has no application with regard to the core of the power of the other level of government that it impairs: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 58. Similarly, where the doctrine of federal paramountcy applies, the impugned provincial measure is rendered inoperative to the extent of its incompatibility with the federal legislation: *Canadian Western Bank*, at para. 69; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 74.

(1) Pith and Substance Doctrine

[36] In analyzing the pith and substance of the notice of a reserve, the Court must consider both its purpose and its effects: *Goodwin*, at para. 21; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 63-64; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at paras. 20-22. The purpose of a municipal measure, like that of a law, is determined by examining both intrinsic evidence, such as the preamble or the general purposes stated in the resolution authorizing the measure, and extrinsic evidence, such as that of the circumstances in which the measure was adopted: *Lacombe*, at paras. 20-22; *COPA*, at para. 18; *Canadian Western Bank*, at para. 27. As for the effects of a municipal measure, they are determined by considering both the legal ramifications of the words used and the practical

(« COPA »), par. 22; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 25; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 52. Ceci s'accomplit en qualifiant le « caractère véritable » de la loi ou de la mesure contestée : *Marine Services*, par. 48.

[35] L'analyse du caractère véritable précède l'examen de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et celle de la prépondérance fédérale, lesquelles présupposent la validité constitutionnelle de la loi ou de la mesure contestée. En effet, si la théorie de l'exclusivité des compétences s'applique, la mesure contestée demeure valide, mais ne s'applique pas au cœur de la compétence de l'autre palier législatif sur lequel elle empiète : *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 58. Par ailleurs, lorsque la théorie de la prépondérance fédérale s'applique, la mesure provinciale contestée est inopérante dans la mesure du conflit avec la loi fédérale : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 69; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 74.

(1) La doctrine du caractère véritable

[36] L'analyse du caractère véritable de l'avis de réserve requiert l'examen tant de son objet que de ses effets : *Goodwin*, par. 21; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-64; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20-22. Comme pour celui d'une loi, l'objet d'une mesure municipale s'apprécie par l'examen des éléments de preuve intrinsèque, tels que le préambule ou les objectifs généraux énoncés dans la résolution qui autorise la mesure, de même que par des éléments de preuve extrinsèques, tels que les circonstances dans lesquelles la mesure a été adoptée : *Lacombe*, par. 20-22; *COPA*, par. 18; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 27. Pour leur part, les effets de la mesure municipale sont déterminés par l'examen des répercussions juridiques de

consequences of the application of the measure: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83.

[37] When conducting a pith and substance analysis, a court must avoid adopting the watertight compartments approach, which this Court has in fact rejected. The fact that a measure has what are merely incidental effects on an exclusive head of power of the other level of government does not suffice to justify declaring that measure to be *ultra vires*: *COPA*, at para. 18.

[38] Our colleague correctly points out, at para. 85 of his reasons, that when the courts apply the various constitutional doctrines, they must take into account the principle of co-operative federalism, which favours, where possible, the concurrent operation of statutes enacted by governments at both levels: *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 22, quoting *Lacombe*, at para. 118, per Deschamps J. (dissenting); *Marine Services*, at para. 50, citing *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Western Bank*, at para. 37.

[39] However, although co-operative federalism has become a principle that the courts have invoked to provide flexibility for the interpretation and application of the constitutional doctrines relating to the division of powers, such as federal paramountcy and interjurisdictional immunity, it can neither override nor modify the division of powers itself. It cannot be seen as imposing limits on the valid exercise of legislative authority: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, at paras. 17-19. Nor can it support a finding that an otherwise unconstitutional law is valid. This Court commented as follows in *Reference re Securities Act*, at para. 62:

In summary, notwithstanding the Court's promotion of cooperative and flexible federalism, the constitutional boundaries that underlie the division of powers must be respected. The "dominant tide" of flexible federalism, however strong its pull may be, cannot sweep designated powers out to sea, nor erode the constitutional balance inherent in the Canadian federal state.

son libellé et par les conséquences pratiques découlant de son application : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483.

[37] Lorsqu'ils procèdent à l'examen du caractère véritable, les tribunaux doivent éviter d'adopter l'approche des compartiments étanches, approche d'ailleurs, rejetée par la Cour. Le fait qu'une mesure ait de simples effets accessoires sur un champ de compétence exclusive de l'autre palier législatif ne suffit pas pour qu'elle soit déclarée *ultra vires* : *COPA*, par. 18.

[38] Au paragraphe 85 de ses motifs, notre collègue souligne à juste titre qu'en appliquant les différentes doctrines constitutionnelles, les tribunaux ne peuvent ignorer le principe du fédéralisme coopératif, lequel favorise, dans la mesure du possible, l'application concurrente des lois adoptées par deux ordres de gouvernement : *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 22, citant *Lacombe*, par. 118, la juge Deschamps (dissidente); *Marine Services*, par. 50, citant *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 37.

[39] Toutefois, bien que la notion du fédéralisme coopératif soit devenue un principe invoqué par les tribunaux afin d'assouplir l'interprétation et l'application des doctrines constitutionnelles touchant le partage des compétences, telles la prépondérance fédérale et l'exclusivité des compétences, il ne peut ni l'emporter sur le partage lui-même ni le modifier. Il ne peut être considéré comme imposant des limites à l'exercice valide d'une compétence législative : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, par. 17-19. Il ne peut pas non plus être utilisé pour valider des lois inconstitutionnelles. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, notre Cour rappelle au par. 62 :

En somme, même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. Le « courant dominant » du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien.

[40] In the instant case, Rogers argues that the sole purpose and effect of the notice of a reserve was to prevent it from constructing its antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis and that the notice therefore relates in pith and substance to the siting of radiocommunication infrastructure, a matter that falls within exclusive federal jurisdiction.

[41] The respondents counter that to ascertain the pith and substance of the notice of a reserve, it is necessary to distinguish the purpose being pursued from the means employed to achieve it. In the respondents' view, Châteauguay's ultimate purpose in establishing the reserve was to protect the health and well-being of its residents living close to the property at 411 Boulevard Saint-Francis and to ensure the development of its territory. There is no question that these are matters that fall within the provincial powers in relation to "Property and Civil Rights in the Province" and "Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province" (s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*), and that the notice of a reserve is therefore *intra vires* the province.

[42] To begin, we should point out that Parliament has exclusive jurisdiction over radiocommunication and that this jurisdiction includes the power to choose the location of radiocommunication infrastructure: *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada; Capital Cities Communications*, at pp. 160-61. Moreover, under ss. 91(29) and 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament clearly has a broader jurisdiction over telecommunications undertakings where such undertakings operate outside the limits of a province: *Bell; Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. v. Quebec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 S.C.R. 878.

[43] In the case at bar, a detailed and rigorous review of the evidence in the record reveals the following:

[40] En l'espèce, Rogers prétend que l'avis de réserve avait comme seul objet et pour seul effet d'empêcher la construction de son système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis et que son caractère véritable est ainsi lié à la détermination de l'emplacement des infrastructures de radiocommunication, une compétence fédérale exclusive.

[41] Pour leur part, les intimées prétendent que, dans le cadre de la détermination du caractère véritable de l'avis de réserve, il faut distinguer l'objectif visé des moyens entrepris pour l'atteindre. En effet, selon les intimées, en imposant la réserve, Châteauguay visait ultimement à protéger la santé et le bien-être de ses résidents vivant à proximité du terrain situé au 411 Saint-Francis et à aménager son territoire. Or, ces sujets relèvent incontestablement des compétences provinciales en matière de « propriété et [de] droits civils dans la province » et de « [g]énéralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province » (par. 92(13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), et l'avis de réserve est ainsi *intra vires* des pouvoirs de la province.

[42] D'entrée de jeu, rappelons que le Parlement a une compétence exclusive en matière de radiocommunication, ce qui inclut le pouvoir de choisir l'emplacement de l'infrastructure de radiocommunication : *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada; Capital Cities Communications*, p. 160-161. De plus, la compétence plus générale du Parlement sur les entreprises de télécommunication ne fait aucun doute lorsque ces dernières exercent leurs activités au-delà des limites d'une province, en application du par. 91(29) et de l'al. 92(10) a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Bell; Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 R.C.S. 878.

[43] En l'espèce, une analyse détaillée et rigoureuse de la preuve au dossier démontre que :

(i) Châteauguay did not serve the notice of a reserve until October 12, 2010, after the Minister had approved the installation of Rogers' antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis;

(ii) the notice of a reserve was served immediately after Rogers refused Châteauguay's proposal to delay installing the system until a decision was rendered in the expropriation proceeding in respect of the property at 50 Boulevard Industriel; and

(iii) the notice of a reserve was served immediately after Rogers announced its intention to begin installing the system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis.

[44] Even a flexible and generous interpretation of this evidence leads to but one conclusion: the purpose of the notice of a reserve was to prevent Rogers from installing its radiocommunication antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis by limiting the possible choices for the system's location. This conclusion is inescapable, and it echoes that of the Superior Court. Contrary to our colleague's assertion at para. 89 of his reasons, Perrault J. did not rule on the constitutionality of the notice of a reserve. Rather, she found that [TRANSLATION] "[c]learly, by establishing the notice of reserve on the [property at] 411 Saint-Francis, the primary purpose of the City was to block the Rogers project, i.e. installation of an antenn[a] system on this land" (para. 163). This finding of fact is relevant to the pith and substance analysis regardless of where it appears in the motion judge's reasons.

[45] The same conclusion applies with regard to the legal and practical effects of the notice of a reserve. From a legal standpoint, it prohibited all construction on the property at 411 Boulevard Saint-Francis for an initial period of two years. From a practical standpoint, it prevented Rogers from constructing its antenna system on the property of its choice.

[46] Thus, the pith and substance of the notice of a reserve is not the protection of the health

(i) l'avis de réserve n'a été signifié que le 12 octobre 2010 par Châteauguay, soit après que le ministre eût approuvé l'installation du système d'antennes de Rogers sur le terrain situé au 411 Saint-Francis;

(ii) la signification de l'avis de réserve a immédiatement suivi le refus de Rogers d'accepter la proposition de Châteauguay de différer le début des travaux d'installation jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur la procédure d'expropriation entreprise sur le terrain situé au 50 Industriel;

(iii) la signification de l'avis de réserve a immédiatement suivi l'annonce par Rogers de son intention de débiter les travaux d'installation sur le terrain situé au 411 Saint-Francis.

[44] L'analyse de cette preuve, même si elle est interprétée avec souplesse et générosité, n'autorise qu'une conclusion : l'objet de l'avis de réserve est d'empêcher Rogers d'installer son système d'antennes de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint Francis en circonscrivant le choix de l'emplacement de ce système. Cette conclusion est inévitable et fait écho à celle énoncée par la Cour supérieure. En effet, contrairement à l'affirmation de notre collègue au par. 89 de ses motifs, la juge Perrault ne s'est pas prononcée sur la constitutionnalité de l'avis de réserve. Elle a plutôt conclu que « [m]anifestement, en imposant l'avis de réserve sur le 411, Saint-Francis, le but premier de la Ville est de faire obstacle au projet de Rogers, soit l'installation d'un système d'antennes sur ce terrain » (par. 163). Cette conclusion de fait est pertinente pour les fins de l'analyse du caractère véritable, indépendamment de l'endroit où elle est située dans le jugement de première instance.

[45] La même conclusion s'impose au regard des effets juridiques et pratiques de l'avis de réserve. Sur le plan juridique, il interdisait toute construction sur le terrain situé au 411 Saint-Francis pendant une période initiale de deux ans. Sur le plan pratique, il empêchait Rogers de construire son système d'antennes sur le terrain de son choix.

[46] Ainsi, le caractère véritable de l'avis de réserve n'est pas lié à la protection de la santé et du

and well-being of residents or the development of the territory but, rather, the choice of the location of radiocommunication infrastructure. Even if the adoption of a measure such as this addressed health concerns raised by certain residents, it would clearly constitute a usurpation of the federal power over radiocommunication.

[47] We agree completely with the flexible and generous approach our colleague advocates at para. 94 of his reasons. However, flexibility has its limits, and this approach cannot be used to distort a measure's pith and substance at the risk of restricting significantly an exclusive power granted to Parliament. A finding that a measure such as the one adopted in this case relates in pith and substance to a provincial head of power could encourage municipalities to systematically exercise the federal power to choose where to locate radiocommunication infrastructure while alleging local interests in support of their doing so.

[48] The situation in this appeal is distinguishable from the situation in *COPA*, in which the impugned provincial statute was, by its very nature, legislation related to land use planning and agriculture: *COPA*, at para. 21. The *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1, is a law of general application that has numerous legal and practical effects, one of which was found to be a prohibition against building aerodromes in designated areas. The legislation at issue in *COPA* affected the federal aeronautics power only incidentally. It was thus different from the notice of a reserve at issue in the instant case, whose purpose, as well as its legal effect and its practical effect, was to choose the location of Rogers' antenna system.

[49] The situation in the case at bar more closely resembles the circumstances of *Lacombe*. In that case, a municipal zoning by-law that prohibited water aerodromes and aerodromes had been adopted to protect the use of Gobeil Lake by vacationers. As in the instant case, even though the stated objective of the by-law fell under provincial jurisdiction, its

bien-être des résidents, ou à l'aménagement du territoire, mais bien plutôt au choix de l'emplacement des infrastructures de radiocommunication. En effet, même si une telle mesure répondait à des préoccupations de santé soulevées par certains citoyens, elle usurperait sans aucun doute l'exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication.

[47] Nous souscrivons entièrement à l'approche souple et généreuse préconisée par notre collègue au par. 94 de ses motifs. Cependant, la souplesse a ses limites et on ne peut, sous le couvert de cette approche, dénaturer le caractère véritable d'une mesure, au risque de restreindre sévèrement une compétence exclusive accordée au Parlement. En effet, conclure que le caractère véritable d'une mesure telle que celle adoptée en l'espèce est lié à un champ de compétence provincial risquerait d'inciter les municipalités, en alléguant des intérêts locaux, à exercer de manière systématique la compétence fédérale de choisir l'emplacement des infrastructures de radiocommunication.

[48] Le présent pourvoi se distingue de la situation évoquée dans l'arrêt *COPA*, où la loi provinciale contestée constituait, en raison de son caractère même, une mesure législative relative à l'aménagement du territoire et à l'agriculture : *COPA*, par. 21. En effet, la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., c. P-41.1, est un texte législatif d'application générale ayant une multitude d'effets juridiques et pratiques, parmi lesquels on relevait l'interdiction de construire des aérodromes sur les espaces visés. La loi en cause dans l'arrêt *COPA* ne touchait qu'accessoirement à la compétence fédérale en matière d'aéronautique. En cela, elle était différente de l'avis de réserve en l'espèce, lequel a comme objet et effets de choisir l'emplacement du système d'antennes de Rogers.

[49] La situation dont nous sommes saisis s'apparente davantage aux circonstances de l'arrêt *Lacombe*. Dans cette affaire, un règlement de zonage municipal interdisant les hydro-aérodromes et les aérodromes avait été adopté afin de préserver l'atmosphère de villégiature du lac Gobeil. Tout comme en l'espèce, même si l'objectif annoncé

real purpose and effect was to prohibit water aerodromes and aerodromes in designated areas in the municipality, which essentially constituted an exercise of the federal aeronautics power. This Court therefore declared the by-law to be *ultra vires* under the Constitution.

[50] Moreover, we cannot accept the AGQ's argument that the notice of a reserve has a double aspect. The double aspect doctrine has traditionally been applied by courts to justify measures dealing with subjects that could fall equally under two distinct heads of power, one federal and the other provincial. As the Privy Council explained in *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at p. 130, "subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91". This "double aspect" doctrine allows governments at two levels to enact similar statutes or regulations "when the contrast between the relative importance of the two features is not so sharp": *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 182, citing W. R. Lederman, "Classification of Laws and the British North America Act", in *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, at p. 193, reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 229, at p. 244; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at pp. 64-65; see also *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457, per LeBel and Deschamps JJ., at para. 185; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at para. 22; *Mangat*, at paras. 49-50.

[51] As we explained above, in the case at bar, the pith and substance of the notice of a reserve is the choice of the location of radiocommunication infrastructure. We cannot see in this an equivalence between the federal aspect, that is, the power over radiocommunication, and the provincial aspects, namely the protection of the health and well-being

du règlement se rattachait à un champ de compétence provincial, son objet et son effet étaient véritablement de prohiber les hydro-aérodromes et les aérodromes à l'intérieur d'espaces désignés de la municipalité. Cela constituait essentiellement l'exercice de la compétence fédérale en matière d'aéronautique. Notre Cour a ainsi déclaré le règlement constitutionnellement *ultra vires*.

[50] Nous ne pouvons souscrire à l'argument de la PGQ selon lequel l'avis de réserve jouit d'un double aspect. Cette théorie a traditionnellement été appliquée par les tribunaux afin de justifier des mesures portant sur des sujets qui peuvent être rattachés de manière équivalente à deux champs de compétence distincts, l'un fédéral et l'autre provincial. Comme l'a expliqué le Conseil privé dans l'arrêt *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, p. 130, [TRADUCTION] « des matières qui, sous un aspect donné et pour un objet précis, relèvent de l'art. 92 peuvent, sous un autre aspect et pour un objet différent, relever de l'art. 91 ». Cette théorie du « double aspect » permet aux deux paliers de gouvernement d'adopter des lois ou règlements semblables « lorsque le contraste entre l'importance relative des deux aspects n'est pas très net » : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 182, citant W. R. Lederman, « Classification of Laws and the British North America Act », dans *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, p. 193, réédité dans Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 229, p. 244; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, p. 64-65; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, les juges LeBel et Deschamps, par. 185; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 22; *Mangat*, par. 49-50.

[51] Or, tel qu'il est expliqué plus haut, le caractère véritable de l'avis de réserve en l'espèce est de choisir l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication. Nous ne pouvons y voir là une équivalence entre l'aspect fédéral, soit sa compétence en matière de radiocommunication, et les aspects provinciaux, soit la protection de la

of residents living nearby and the harmonious development of the municipality's territory.

[52] Furthermore, a finding that the siting of radiocommunication infrastructure has a double aspect would imply that both the federal and provincial governments can legislate in this regard, which would contradict the precedent established by the Privy Council in *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada* to the effect that the federal jurisdiction over the siting of such infrastructure is exclusive.

[53] For these reasons, we are of the opinion that the notice of a reserve is *ultra vires*, because it constitutes an exercise of the power over radiocommunication, which is an exclusive federal power.

[54] It is true that a spectrum licence holder has no powers of expropriation. When it cannot find an owner interested in leasing or selling property to it, it must, in principle, either rely on the municipality's co-operation to expropriate the land it seeks to use or have recourse to the Minister's power of expropriation. Our conclusion that the notice of a reserve is *ultra vires* does not mean that when a municipality supports a spectrum licence holder in the process for the installation of an antenna system, it is exercising a federal power. When a municipality supports a spectrum licence holder by expropriating property, the pith and substance of the measures it takes is not the choice of the location of an antenna system, as that location has already been approved by the Minister pursuant to his or her power under s. 5(1)(f) of the *Radiocommunication Act*. In such a case, the municipality's actions relate to the development of its territory, and there is no question from the perspective of the division of powers that it is entitled to do so.

[55] This being said, a municipal measure is not *intra vires* simply because it has a positive effect on the exercise of the federal power over

santé et du bien-être des résidents à proximité et le développement harmonieux du territoire.

[52] Par ailleurs, reconnaître un double aspect à l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication impliquerait que le fédéral et les provinces peuvent légiférer à cet égard, ce qui serait contraire au précédent établi par le Conseil privé dans *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, selon lequel la compétence fédérale à l'égard de l'emplacement de telles infrastructures est exclusive.

[53] Pour ces motifs, nous sommes d'opinion que l'avis de réserve est *ultra vires*, puisqu'il constitue l'exercice de la compétence en matière de radiocommunication, une compétence fédérale exclusive.

[54] Nous reconnaissons qu'un détenteur de licence de spectre ne possède aucun pouvoir d'expropriation. Lorsqu'il ne peut trouver un propriétaire intéressé à lui louer ou à lui vendre un terrain, il doit, en principe, soit compter sur la collaboration de la municipalité pour exproprier le terrain qu'il convoite, soit recourir au pouvoir d'expropriation du ministre. Notre conclusion sur le caractère *ultra vires* de l'avis de réserve ne signifie pas que lorsqu'une municipalité accorde un soutien à un détenteur de licence de spectre dans le processus d'installation d'un système d'antennes, elle exerce une compétence fédérale. En effet, lorsqu'une municipalité appuie un détenteur de licence de spectre en expropriant un terrain, le caractère véritable des mesures qu'elle entreprend n'est pas de choisir l'emplacement d'un système d'antennes, puisque cet emplacement a déjà été approuvé par le ministre conformément au pouvoir que lui confère l'al. 5(1)f de la *Loi sur la radiocommunication*. Dans un tel contexte, la municipalité agit dans une perspective d'aménagement de son territoire, ce qu'elle a sans aucun doute le droit de faire d'un point de vue du partage des compétences.

[55] Cela dit, ce n'est pas parce qu'une mesure municipale est utile à l'exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication qu'elle

radiocommunication, just as it is not necessarily *ultra vires* because it has a negative effect on the exercise of that power. The distinction we are making is instead based on the premise that when a municipality aids a spectrum licence holder by expropriating property for the licence holder's benefit, its purpose in doing so is not to choose the location of the antenna system. On the other hand, when the purpose of a municipal measure is to prevent or block the spectrum licence holder from, or to delay it in, constructing its antenna system at the location approved by the Minister pursuant to federal legislation, the municipality is, for the purposes of the pith and substance analysis, exercising the federal power to choose the location of the antenna system.

[56] Thus, although the application of the pith and substance doctrine suffices to dispose of the appeal, we are nonetheless of the opinion that it would be helpful, in order to clarify the law, to consider the application of the doctrine of interjurisdictional immunity in this case.

(2) Doctrine of Interjurisdictional Immunity

[57] The doctrine of interjurisdictional immunity requires that it be determined whether the notice of a reserve *applies* in a situation in which it has an impact on the federal power over the siting of radiocommunication antenna systems.

[58] Rogers and the Attorney General of Canada (“AGC”) submit that the notice is inapplicable. They rely on interjurisdictional immunity and state that this doctrine protects activities falling within the core of a federal power against impairment by provincial legislation or by measures adopted by entities to which the provinces have delegated their powers. The respondents argue that the doctrine of interjurisdictional immunity protects only the core of the federal power, which does not extend to the choice of a particular site within a search area defined by Rogers. In the alternative, they submit that the notice of a reserve does not constitute a sufficiently serious

est pour autant *intra vires*, au même titre qu'elle n'est pas nécessairement *ultra vires* parce qu'elle est nuisible à l'exercice de ladite compétence. La distinction que nous traçons repose plutôt sur le postulat selon lequel lorsqu'une municipalité apporte un soutien à un détenteur de licence de spectre en expropriant un terrain à son bénéfice, l'objet de ce soutien n'est pas de choisir l'emplacement du système d'antennes. Par contre, lorsque l'objet d'une mesure municipale est d'empêcher, de faire obstacle à, ou de retarder la construction du système d'antennes par le détenteur de licence de spectre sur l'emplacement approuvé par le ministre en vertu de la législation fédérale, la municipalité exerce, pour les fins de l'analyse du caractère véritable, la compétence fédérale de choisir l'emplacement du système d'antennes.

[56] Ainsi, bien que l'application de la doctrine du caractère véritable suffise pour disposer du pourvoi, nous sommes néanmoins d'avis qu'il est pertinent, afin de clarifier le droit, de nous prononcer sur l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

(2) La doctrine de l'exclusivité des compétences

[57] Pour procéder à l'analyse de la doctrine de l'exclusivité des compétences, il faut déterminer si l'avis de réserve *s'applique* dans une situation où il a une incidence sur la compétence fédérale en matière d'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication.

[58] Rogers et le procureur général du Canada (« PGC ») soutiennent que l'avis de réserve est inapplicable. Ils invoquent la doctrine de l'exclusivité des compétences et affirment que cette doctrine protège l'exercice d'activités relevant du cœur d'une compétence fédérale contre l'entrave par des lois provinciales ou par des mesures adoptées par des entités dont les pouvoirs leur ont été délégués par les provinces. Pour leur part, les intimées soutiennent que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne protège que le cœur de la compétence fédérale, ce qui ne s'étend pas au choix d'un site particulier à l'intérieur d'une aire de recherche

intrusion on the exercise of the federal power, as its effect is only to delay the project.

[59] The doctrine of interjurisdictional immunity protects the “core” of a legislative head of power from being impaired by a government at the other level: *COPA*, at para. 26. Its application involves two steps. The first is to determine whether a statute enacted or measure adopted by a government at one level trenches on the “core” of a power of the other level of government. If it does, the second step is to determine whether the effect of the statute or measure on the protected power is sufficiently serious to trigger the application of the doctrine: *COPA*, at para. 27.

[60] In *Canadian Western Bank*, the Court explained that the doctrine of interjurisdictional immunity must be applied with restraint, since a broad application of interjurisdictional immunity appears to be “inconsistent . . . with the flexible federalism that the constitutional doctrines of pith and substance, double aspect and federal paramountcy are designed to promote”: para. 42; see also para. 67.

[61] This is why the application of the doctrine of interjurisdictional immunity is generally reserved for situations that are already covered by precedent. The Court explained this as follows in *Canadian Western Bank*, at paras. 77-78:

As we have already noted, interjurisdictional immunity is of limited application and should in general be reserved for situations already covered by precedent. This means, in practice, that it will be largely reserved for those heads of power that deal with federal things, persons or undertakings, or where in the past its application has been considered absolutely indispensable or necessary to enable Parliament or a provincial legislature to achieve the purpose for which exclusive legislative jurisdiction was conferred, as discerned from the constitutional division of powers as a whole, or what is absolutely indispensable or necessary to enable an undertaking to carry out

définie par Rogers. Subsidiairement, les intimées font valoir que l’avis de réserve ne constitue pas un empiètement suffisamment grave sur l’exercice de la compétence fédérale, car il ne fait que retarder la réalisation du projet.

[59] La doctrine de l’exclusivité des compétences met le « contenu essentiel » ou le « cœur » d’une compétence d’un pouvoir législatif à l’abri d’une entrave de la part de l’autre ordre législatif : *COPA*, par. 26. L’analyse de l’application de la doctrine comprend deux étapes. La première consiste à déterminer si une loi ou une mesure adoptée par un ordre de gouvernement empiète sur le « cœur » d’une compétence de l’autre ordre de gouvernement. Le cas échéant, la deuxième étape consiste à déterminer si cette loi ou mesure a un effet suffisamment grave sur l’exercice de la compétence protégée pour déclencher l’application de cette doctrine : *COPA*, par. 27.

[60] Dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, la Cour a précisé que la doctrine de l’exclusivité des compétences devait être appliquée avec retenue, puisqu’une application généreuse de cette doctrine paraît « contraire au fédéralisme souple que visent à promouvoir les doctrines constitutionnelles du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale » : par. 42; voir aussi par. 67.

[61] C’est pourquoi l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences est généralement limitée à des situations déjà traitées par les tribunaux dans le passé. En effet, selon les enseignements de la Cour dans *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 77-78 :

Nous tenons à rappeler que la doctrine de l’exclusivité des compétences reste d’une application restreinte, et qu’elle devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence. Concrètement, cela signifie qu’elle ne sera principalement destinée qu’aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales, ou encore qu’aux cas où son application a déjà été jugée absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l’objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée, selon ce qui ressort du partage constitutionnel des compétences dans son ensemble, ou

its mandate in what makes it specifically of federal (or provincial) jurisdiction. . . .

In the result, while in theory a consideration of interjurisdictional immunity is apt for consideration after the pith and substance analysis, in practice the absence of prior case law favouring its application to the subject matter at hand will generally justify a court proceeding directly to the consideration of federal paramountcy. [Emphasis added.]

[62] The Court of Appeal held that the doctrine of interjurisdictional immunity could not apply in the instant case. It concluded, at para. 82, that the doctrine did not apply on the basis that what is at issue in this case is the siting of radiocommunication antenna systems within a search area established in advance by the federal undertaking and that there is no precedent in which the doctrine has been applied in such a case.

[63] With respect, we are of the opinion that there is in fact a precedent with respect to the issue in the case at bar, namely the Privy Council's decision in *Bell*, which suggests that the siting of telecommunications infrastructure is at the core of the federal power. That case dealt with the power of Bell, a company that had been incorporated under a special Act of Parliament, to lay cables under and erect poles along the streets and highways of the city of Toronto for the purpose of carrying on its business. At issue was the constitutionality of an Ontario law that required Bell to obtain the City of Toronto's consent before exercising that power. The Privy Council held that the provincial law was unconstitutional, stating that "no provincial legislature was or is competent to interfere with [Bell's] operations, as authorized by the Parliament of Canada" (p. 57).

[64] In *Canadian Western Bank*, Binnie and LeBel JJ. stated, at para. 40, citing cases that included *Bell*, that "[t]he doctrine of interjurisdictional immunity was . . . applied to protect 'essential'

qu'à ce qui est absolument nécessaire pour permettre à une entreprise d'accomplir son mandat dans ce qui constitue justement sa spécificité fédérale (ou provinciale). . .

En définitive, si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale. [Nous soulignons.]

[62] La Cour d'appel a décidé que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne pouvait s'appliquer en l'espèce. En effet, au par. 82 de son arrêt, elle a conclu que puisque l'objet du litige est la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication à l'intérieur d'une aire de recherche préétablie par l'entreprise fédérale et qu'aucun précédent ne préconise l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans ce cas, cette dernière ne s'applique pas.

[63] Avec égards, nous sommes d'avis que, en ce qui concerne l'enjeu dont nous sommes saisis en l'espèce, il existe un précédent : l'arrêt *Bell* du Conseil privé, qui suggère que l'emplacement des infrastructures dans le domaine des télécommunications relève du cœur de la compétence fédérale. Cet arrêt traitait du pouvoir de la société Bell, incorporée par une loi fédérale spécifique, d'utiliser les rues et les autoroutes de la ville de Toronto, afin d'y poser des câbles et d'y installer des poteaux pour l'exploitation de son entreprise. Il s'agissait alors de juger de la constitutionnalité d'une loi ontarienne obligeant Bell à obtenir le consentement de la Ville de Toronto avant qu'elle ne puisse exercer le pouvoir susmentionné. Le Conseil privé a conclu que la loi provinciale était inconstitutionnelle et a affirmé [TRADUCTION] qu'« aucune législature provinciale n'avait ou n'a compétence pour intervenir dans les activités [de Bell] autorisées par le Parlement du Canada » (p. 57).

[64] Au paragraphe 40 de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, en citant notamment l'arrêt *Bell*, les juges Binnie et LeBel affirment que « [l]a doctrine de l'exclusivité des compétences a

parts of federal ‘undertakings’”. They later added that “[o]ne of the first cases to find a valid provincial law inapplicable to a federal undertaking was *Bell*”: para. 57. In writing this, they appear to have acknowledged that *Bell* is a precedent that allows for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity to a situation such as the one in the instant case. For the purposes of this analysis, the siting of a radiocommunication antenna system is comparable to the siting of telecommunications poles and cables. A radiocommunication antenna system, like telecommunications poles and cables, is essential to a communication network, and maintaining the network requires that the antennas be installed in appropriate locations.

[65] In our respectful opinion, the Court of Appeal erred, at para. 81 of its reasons, in interpreting *Bell* as meaning that municipalities have a certain degree of power over the determination of the exact locations of telecommunications poles. On this point, it quoted the following passage: “Their Lordships, however, do not think the words introduced by the amendment can have the effect of enabling the [municipal] council to refuse the company access to streets through which it may propose to carry its line or lines. They may give the council a voice in determining the position of the poles in streets selected by the company, and possibly in determining whether the line in any particular street is to be carried overhead or underground” (C.A., at para. 81, quoting *Bell*, at pp. 60-61). But this passage from *Bell* cannot be quoted out of context. It is true that the Privy Council had concluded that a municipality could have a say in the location of the poles. However, the municipality’s prerogative in that regard was not grounded in powers conferred on the provinces by the Constitution, but in an amendment made by the Parliament of Canada to *Bell*’s incorporating statute. This passage in no way suggests that the siting of a telecommunications pole or radiocommunication antenna system is not part of the core of the federal power.

[. . .] été appliquée afin de protéger les éléments “vitaux” des “entreprises” fédérales ». Plus loin, ils écrivent : « L’arrêt [*Bell*] est l’un des premiers arrêts dans lesquels on a conclu qu’une loi provinciale valide ne s’appliquait pas à une entreprise fédérale » (par. 57). Ce faisant, ils semblent reconnaître que le jugement *Bell* constitue un précédent donnant ouverture à l’application de la doctrine de l’exclusivité dans une situation comme celle qui prévaut en l’espèce. En effet, pour les fins de cette analyse, l’emplacement d’un système d’antennes de radiocommunication est comparable à l’emplacement de poteaux et de câbles de télécommunications. Un système d’antennes de radiocommunication, à l’instar des poteaux et des câbles de télécommunications, est essentiel à un réseau de communication, et leur emplacement adéquat est nécessaire à son maintien.

[65] Avec respect, nous sommes d’avis qu’au par. 81 de son arrêt, la Cour d’appel a erronément interprété l’arrêt *Bell* comme reconnaissant aux municipalités un certain pouvoir dans la détermination de l’emplacement précis des poteaux de télécommunication. À cet égard, la cour a cité le passage suivant : [TRADUCTION] « Leurs Seigneuries, toutefois, ne croient pas que les mots introduits par la modification peuvent avoir pour effet d’habiliter le conseil [municipal] à refuser à l’entreprise l’accès aux rues dans lesquelles elle pourrait proposer de faire passer son ou ses câbles. Il est possible que ces mots confèrent au conseil voix au chapitre dans la détermination de l’emplacement des poteaux dans les rues choisies par l’entreprise et, possiblement, à l’égard de la question de savoir si on installera des câbles aériens ou des câbles souterrains dans une rue donnée » (C.A., par. 81, citant *Bell*, p. 60-61). Or, cet extrait de l’arrêt *Bell* ne peut être cité hors contexte. Il est vrai que le Conseil privé avait conclu qu’une municipalité pouvait avoir son mot à dire quant à l’emplacement des poteaux. Cependant, cette prérogative de la municipalité ne trouvait pas sa source dans les compétences constitutionnellement dévolues aux provinces, mais plutôt dans une modification apportée par le Parlement fédéral à la loi constitutive de *Bell*. Ce passage n’indique donc nullement que l’emplacement d’un poteau de télécommunication ou d’un système d’antennes de radiocommunication ne fait pas partie du cœur de la compétence fédérale.

[66] Moreover, the evidence in the record favours a finding that the siting of radiocommunication antenna systems is at the core of the federal power over radiocommunication. It is the appropriate and specific siting of radiocommunication antenna systems that ensures the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada. Rogers' manager of radio engineering testified that a deviation of 100 or 200 metres from a clearly specified location can prevent the antenna system from effectively meeting the network's identified needs. This witness stated that, [TRANSLATION] "[b]ecause the position of the tower is really very . . . I'm talking about the new tower, it's very crucial to the network, such that the right position must be found to remedy the problem": examination-in-chief of Karim Trigui, A.R., vol. II, at p. 160.

[67] This view is supported by the following passage from the Ontario Superior Court's decision in *Telus Communications Co. v. Toronto (City)* (2007), 84 O.R. (3d) 656, at para. 30:

In terms of Telus' national wireless network, it is vital and essential that each radio station . . . be sited, designed and oriented in . . . a manner that allows the wireless network to function properly. [A] change in the characteristics of an individual radio station, especially the location and height of the antennas, [could] critically . . . impai[r] Telus' wireless network thereby compromising its performance and reliability.

[68] Michael Ryan expresses the same opinion about telecommunications infrastructure in "Telecommunications and the Constitution: Re-Setting the Bounds of Federal Authority" (2010), 89 *Can. Bar Rev.* 695, at p. 726:

I suggested that the regulation of [telecommunications service providers'] rates and services, and the location, construction and maintenance of their networks and facilities, are matters that the case law indicates are "essential and vital" or, "absolutely indispensable and necessary" to the performance of the undertakings' federal mandate. As such, these form part of the "core"

[66] De plus, la preuve présentée ici milite pour la conclusion selon laquelle le choix de l'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication est au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication. En effet, c'est l'emplacement adéquat et précis des systèmes d'antennes qui permet d'assurer le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication au Canada. Selon le témoignage du directeur de l'ingénierie radio de Rogers, un décalage de 100 ou 200 mètres par rapport à un endroit bien précis peut empêcher le système d'antennes de répondre efficacement aux besoins identifiés du réseau. En effet, ce témoin affirme « [p]arce que la position de la tour elle est vraiment très [. . .] la nouvelle tour je parle, elle est très cruciale pour le réseau, de telle sorte [qu']il faut trouver la bonne position pour remédier au problème » : interrogatoire principal de Karim Trigui, d.a., vol. II, p. 160.

[67] Un extrait de l'arrêt *Telus Communications Co. c. Toronto (City)* (2007), 84 O.R. (3d) 656, par. 30, de la Cour supérieure de l'Ontario appuie cette opinion :

[TRADUCTION] En ce qui concerne le réseau mobile national de Telus, il est vital et essentiel que chaque station radio soit située, conçue et orientée de manière à permettre le bon fonctionnement de ce réseau. Un changement dans les caractéristiques d'une station radio donnée, particulièrement en ce qui concerne l'emplacement et la hauteur des antennes, pourrait nuire sérieusement au réseau mobile de Telus et compromettre ainsi son rendement et sa fiabilité.

[68] L'auteur Michael Ryan exprime le même avis dans « Telecommunications and the Constitution : Re-Setting the Bounds of Federal Authority » (2010), 89 *R. du B. can.* 695, p. 726, à propos de l'infrastructure en matière de télécommunications :

[TRADUCTION] J'ai avancé que la réglementation des tarifs et des services [des fournisseurs de services de télécommunications], ainsi que l'emplacement, la construction et l'entretien de leurs réseaux et installations, constituent, d'après la jurisprudence, des éléments « vitaux et essentiels » ou encore « absolument nécessaires » à la réalisation du mandat fédéral des entreprises

federal competence under section 92(10)(a). [Emphasis added.]

[69] We conclude that the siting of antenna systems is part of the core of the federal power over radiocommunication and that any other conclusion would make it impossible for Parliament to achieve the purpose for which this power was conferred on it. The question therefore becomes whether, in the instant case, the effect of the notice of a reserve served by Châteauguay on the core of this federal power is sufficiently significant for the doctrine of interjurisdictional immunity to apply.

[70] In *Canadian Western Bank*, the Court held that it is not enough for the provincial legislation simply to “affect” that which makes a federal subject or object of rights specifically of federal jurisdiction: “The difference between ‘affects’ and ‘impairs’ is that the former does not imply any adverse consequence whereas the latter does” (para. 48). In that same paragraph, the Court explained that “[i]t is when the adverse impact of a law adopted by one level of government increases in severity from ‘affecting’ to ‘impairing’ (without necessarily ‘sterilizing’ or ‘paralyzing’)” that the doctrine of interjurisdictional immunity may be applied. This is why “impairment” suggests a serious or significant intrusion on the core of the power, that is, “a midpoint between sterilization and mere effects”: *COPA*, at para. 44.

[71] In the case at bar, the service of the notice of a reserve prevented Rogers from constructing its antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis for two successive two-year periods, and there was no alternative solution to which it could have turned on short notice. Once the resolution authorizing the service of the notice of a reserve had been adopted, Châteauguay’s offer meant that Rogers would have to wait either until the end of the expropriation proceedings with regard to the property at 50 Boulevard Industriel or for a period of approximately seven months before it would be

concernées. En tant que tels, ces éléments font partie du « cœur » ou « contenu essentiel » de la compétence conférée au fédéral par l’alinéa 92(10)a). [Nous soulignons.]

[69] Nous concluons que la détermination de l’emplacement des systèmes d’antennes va au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication et qu’il est absolument nécessaire qu’il en soit ainsi pour que le Parlement puisse réaliser l’objet pour lequel ladite compétence lui a été attribuée. La question devient donc celle de déterminer si, en l’espèce, l’avis de réserve signifié par Châteauguay a un impact suffisamment important sur le cœur de cette compétence fédérale pour enclencher l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences.

[70] Selon l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, il ne suffit pas que la législation provinciale « touche » simplement la spécificité fédérale d’un sujet ou d’un objet fédéral : « La différence entre la notion de “toucher” et celle “d’entraver” réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde » (par. 48). Au même paragraphe, la Cour précise que « [c]’est lorsque l’effet préjudiciable d’une loi adoptée par un ordre de gouvernement s’intensifie en passant de “toucher” à “entraver” (sans nécessairement “stériliser” ou “paralyser”) » que l’on peut invoquer la règle de l’exclusivité des compétences. C’est pourquoi une entrave suppose une atteinte grave ou importante au cœur de la compétence, soit « un moyen terme entre la stérilisation et de simples effets » : *COPA*, par. 44.

[71] En l’espèce, la signification de l’avis de réserve a empêché Rogers de construire son système d’antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis pour deux périodes successives de deux ans, alors qu’il n’existait aucune solution de rechange à laquelle elle aurait pu recourir à brève échéance. Une fois la résolution autorisant la signification de l’avis de réserve adoptée, Rogers devait attendre, soit la fin des procédures d’expropriation entreprises relativement au terrain situé au 50 Industriel, soit une période d’environ sept mois, avant de pouvoir construire ses installations sur le terrain situé au

able to construct its installation on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. In these circumstances, Rogers was unable to meet its obligation to serve the geographic area in question as required by its spectrum licence. In this sense, the notice of a reserve compromised the orderly development and efficient operation of radiocommunication and impaired the core of the federal power over radiocommunication in Canada.

[72] For these reasons, we consider that the notice of a reserve seriously and significantly impaired the core of the federal power over radiocommunication and that this notice served on Rogers is therefore inapplicable by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity.

[73] We note in closing that the facts of this case provide a good illustration of the co-operation between the various federal and provincial authorities that is contemplated in the *Circular*. The *Circular* describes the mechanism for the consultation that must be held to ascertain the concerns of municipalities and take their interests into account when deciding where to locate a radiocommunication antenna system. It also ensures the establishment of an efficient and orderly radiocommunication network across the country. The process it describes is clearly effective: at the hearing, the AGC stated that out of the more than one thousand situations in which the installation of antenna systems had been approved in the 2014-15 year, only three had resulted in an impasse between the spectrum licence holder and the municipality in question. In the instant case, Rogers initiated the required consultation process twice, and the consultation took a total of eight months to complete.

[74] In light of the foregoing, we are of the opinion that it will not be necessary to discuss the doctrine of federal paramountcy.

B. *Validity of the Notice of a Reserve From a Municipal Law Standpoint*

[75] Châteauguay and the AGQ argue that the establishment of the reserve in the case at bar

411 Saint-Francis selon l'offre de Châteauguay. Dans ces conditions, Rogers ne pouvait satisfaire à son obligation de desservir la région géographique en question, telle que l'exigeait sa licence de spectre. En ce sens, l'avis de réserve entravait le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication, et empiétait sur le cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication au Canada.

[72] Pour ces motifs, nous croyons que l'avis de réserve constituait une atteinte grave et importante au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication et que la doctrine de l'exclusivité des compétences rend ainsi inapplicable l'avis de réserve signifié à Rogers.

[73] Nous soulignons en terminant que les faits de la présente affaire sont une bonne illustration de la collaboration entre les différents acteurs fédéraux et provinciaux que prévoit la *Circulaire*. En effet, cette dernière décrit le mécanisme de consultation qui doit être mené pour recueillir les préoccupations des municipalités et pour tenir compte des intérêts de ces dernières dans le cadre de la détermination de l'emplacement d'un système d'antennes de radiocommunication. Elle assure aussi l'établissement d'un réseau de radiocommunication efficace et ordonné à travers le pays. À l'évidence, le processus prévu est efficace puisque, comme l'a affirmé le PGC à l'audience, sur plus de mille situations où l'installation de systèmes d'antennes a été approuvée au cours de l'année 2014-2015, seules trois ont mené à une impasse entre le détenteur de licence de spectre et la municipalité en cause. Or, en l'espèce, Rogers a entrepris le processus de consultation prescrit à deux reprises, consultation qui s'est étendue sur une période totale de huit mois.

[74] Vu ce qui précède, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de discuter de la doctrine de la prépondérance fédérale.

B. *La validité de l'avis de réserve sous l'angle du droit municipal*

[75] Selon Châteauguay et la PGQ, l'imposition de la réserve, en l'espèce, constitue un exercice

constitutes a valid exercise of the powers delegated to municipalities by the province, given that municipalities have the power to establish a reserve for any municipal purpose, including the establishment of a land reserve, and to protect the health and well-being of their residents. Rogers counters that the power to establish a reserve must be interpreted narrowly and requires a genuine intention on the municipality's part to expropriate the property targeted by the measure. Rogers submits that, in establishing the reserve in the circumstances of this case, Châteauguay acted beyond the scope of the powers delegated to it, and that the notice is therefore invalid.

[76] Although we agree that a notice of a reserve constitutes a significant impairment of the exercise of the right of ownership and can be issued only within the limits imposed by the legislature, we are of the opinion that that question need not be addressed here in light of our conclusions with respect to the constitutional issues.

VI. Disposition

[77] We would allow the appeal, with costs throughout.

English version of the reasons delivered by

GASCON J. —

I. Introduction

[78] I agree with my colleagues on the outcome of the appeal, but I disagree with the approach they have taken. In my opinion, this appeal should be resolved on the basis not of the pith and substance doctrine, but of the doctrine of interjurisdictional immunity.

[79] I am unable to conclude, as my colleagues do, that the pith and substance of the impugned notice of establishment of a reserve (“notice of a reserve”) is limited to the choice of location or the siting of a radiocommunication antenna system. I agree with the Superior Court and the Court of Appeal that the evidence in the record supports a finding that the

valide des pouvoirs délégués aux municipalités par la province puisque ces dernières disposent du pouvoir d'imposer une réserve pour toute fin municipale, notamment l'établissement d'une réserve foncière, ainsi que du pouvoir de réglementer la protection de la santé et du bien-être de leurs résidents. Pour sa part, Rogers soutient que le pouvoir d'imposer une réserve doit être interprété restrictivement et demeure tributaire de la volonté réelle de la municipalité d'exproprier l'immeuble visé par cette mesure. En l'espèce, Rogers fait valoir qu'en imposant la réserve dans les circonstances, Châteauguay a excédé les pouvoirs qui lui ont été délégués et l'avis est donc invalide.

[76] Même si nous convenons que l'avis de réserve constitue une entrave importante à l'exercice du droit de propriété et qu'il doit être émis dans les limites imposées par le législateur, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'aborder cette question en raison de nos conclusions sur le plan du droit constitutionnel.

VI. Dispositif

[77] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE GASCON —

I. Introduction

[78] Je suis d'accord avec mes collègues sur le sort ultime de l'appel. J'estime par contre que l'approche à favoriser n'est pas celle qu'ils préconisent. À mon avis, ce pourvoi doit se résoudre non pas en vertu de la doctrine du caractère véritable, mais en appliquant la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[79] Je ne peux me convaincre que le caractère véritable de l'avis d'imposition de réserve contesté (« avis de réserve ») se limite, comme mes collègues le proposent, au choix ou à la détermination de l'emplacement d'un système d'antennes de radiocommunication. Tout comme la Cour supérieure et la Cour d'appel, je considère que la preuve au dossier appuie

dominant characteristic of that notice, that is, what it is intended to do and why, relates first and foremost to ensuring the harmonious development of the territory of the City of Châteauguay (“City” or “Châteauguay”) and protecting the well-being and health of the people living there. These are matters that come within the classes of subjects that fall under provincial jurisdiction pursuant to s. 92(13) and s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. From this perspective, they do not relate to the federal power over radiocommunication. At a minimum, they are indicative of a situation in which the double aspect doctrine applies.

[80] Having said this, although I conclude that the notice of a reserve is *intra vires* Châteauguay, I nevertheless agree with my colleagues that, on the basis of the doctrine of interjurisdictional immunity, the notice impairs the core of the federal power over radiocommunication. The choice of location or the siting of antenna systems is at the core of that power. By blocking the location decided on in accordance with the procedure provided for in the federal legislation, the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, and circular *CPC-2-0-03 — Radiocommunication and Broadcasting Antenna Systems* (“Circular”), the notice intrudes significantly on a vital and essential aspect of the power. The result, in my opinion, is that the appeal of Rogers Communications Inc. must be allowed on this basis.

II. Constitutional Doctrines

[81] In my view, it is helpful to discuss at the outset certain principles that must be applied in determining whether a provincial or municipal measure such as the one at issue in this case is valid. The first of these principles is that the impugned measure is presumed to be *intra vires* the province or municipality. The Court has often mentioned the importance of this presumption of constitutionality, which Ritchie J. summarized as follows in *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662:

le constat voulant que la caractéristique dominante de cet avis, bref, ce qu’il vise et pourquoi, demeure au premier chef l’aménagement harmonieux du territoire de la Ville de Châteauguay (« Ville » ou « Châteauguay ») et la protection du bien-être et de la santé de ses citoyens. Il s’agit là de matières qui entrent dans des catégories de sujets qui relèvent de compétences provinciales aux termes des par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De ce point de vue, il ne s’agit pas de matières qui, sous cet aspect, relèvent de la compétence fédérale en radiocommunication. Au minimum, elles témoignent d’une situation où la théorie du double aspect trouve application.

[80] Cela dit, bien que je conclus que l’avis de réserve est *intra vires* des pouvoirs de Châteauguay, je conviens avec mes collègues qu’en appliquant la doctrine de l’exclusivité des compétences, cet avis entrave néanmoins le cœur de la compétence fédérale sur les radiocommunications. Le choix ou la détermination de l’emplacement des systèmes d’antennes se situe au cœur de cette compétence. En faisant échec à l’emplacement déterminé selon le mécanisme prévu à la loi fédérale, la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, c. R-2, et à la circulaire *CPC-2-0-03 — Systèmes d’antennes de radiocommunications et de radiodiffusion* (« Circulaire »), l’avis de réserve empiète de façon importante sur un élément du contenu vital et essentiel de la compétence. Il en résulte que, selon moi, l’appel de Rogers Communications Inc. doit être accueilli pour ce motif.

II. Les doctrines constitutionnelles

[81] J’estime utile de rappeler d’abord certains principes qui doivent guider l’analyse de la validité d’une mesure législative provinciale ou d’une mesure municipale comme celle contestée ici. Un premier principe veut que la mesure contestée est présumée *intra vires* des pouvoirs de la province ou de la municipalité. La Cour a souvent rappelé l’importance de cette présomption de conformité constitutionnelle que le juge Ritchie résume en ces termes dans *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662 :

In all such cases the Court cannot ignore the rule implicit in the proposition stated as early as 1878 by Mr. Justice Strong in *Severn v. The Queen* [(1878), 2 S.C.R. 70], at p. 103, that any question as to the validity of provincial legislation is to be approached on the assumption that it was validly enacted. As was said by Fauteux J., as he then was, in the *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [[1957] S.C.R. 198,] at p. 255:

There is a *presumptio juris* as to the existence of the *bona fide* intention of a legislative body to confine itself to its own sphere and a presumption of similar nature that general words in a statute are not intended to extend its operation beyond the territorial authority of the Legislature. [pp. 687-88]

[82] Professor Hogg states that “[t]he characterization of a statute is often decisive of its validity The choice between competing characteristics of the statute, in order to identify the most important one as the ‘matter’, may be nothing less than a choice between validity or invalidity” (*Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 15-21). Hence, he notes quite rightly that, “where the choice between competing characterizations is not clear, the choice which will support the legislation is normally to be preferred” (pp. 15-22 and 15-23). He adds in the same vein that, “in choosing between competing, plausible characterizations of a law, the court should normally choose that one that would support the validity of the law” (p. 15-23).

[83] As the Court observed in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, it follows that the burden is on the party challenging the exercise of a provincial or municipal power to prove that it is invalid and that the impugned measure is *ultra vires* (para. 21, citing *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234, at p. 239, and *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, at p. 395).

[84] In *Spraytech*, the Court also recognized the importance to be given to the principle of subsidiarity. As the Court explained, this principle is the proposition that “law-making and implementation

Dans des affaires de ce genre, la Cour ne peut négliger la règle énoncée dès 1878 par le juge Strong dans l’arrêt *Severn c. La Reine* [(1878), 2 R.C.S. 70], à la p. 103, selon laquelle il faut aborder toute question relative à la validité d’une loi provinciale en présumant qu’elle est valide. Comme l’a dit le juge Fauteux, alors juge puîné, dans *Le renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, [[1957] R.C.S. 198,] à la p. 255 :

[TRADUCTION] Il y a une présomption légale quant à l’existence de la bonne foi avec laquelle un corps législatif a l’intention de se limiter à son propre domaine d’activité et il existe une présomption de nature semblable selon laquelle les termes généraux d’une loi n’ont pas pour objet de la faire s’appliquer au-delà de la compétence territoriale du législateur. [p. 687-688]

[82] Comme l’indique le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [c]aractériser une loi revient souvent à décider de sa validité [. . .] Choisir entre les caractéristiques concurrentes de la loi afin de retenir la plus importante qui en déterminera la “matière” peut revenir à rien de moins que choisir entre validité et invalidité » (*Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 15-21). Partant, il souligne à juste titre que « lorsque le choix entre des caractérisations concurrentes n’est pas clair, il doit normalement s’arrêter sur celle qui étaye la validité de la loi » (p. 15-22 et 15-23). Il ajoute dans la même perspective que « le tribunal appelé à choisir entre des caractérisations plausibles concurrentes doit normalement retenir celle qui étaye la validité de la loi » (p. 15-23).

[83] Comme la Cour le note dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, il s’ensuit que le fardeau de démontrer que l’exercice d’un pouvoir provincial ou municipal est invalide et la mesure contestée, *ultra vires*, repose sur les épaules de la partie qui la conteste (par. 21, citant *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234, p. 239, et *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, p. 395).

[84] L’arrêt *Spraytech* reconnaît également l’importance de favoriser le principe de subsidiarité. Comme l’explique la Cour, ce principe veut que « le niveau de gouvernement le mieux placé pour

are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity” (*Spraytech*, at para. 3; see also *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 (“CWB”), at para. 45). In the words of Professor Hogg once again, “[t]he choice [of characterization] must be guided by a concept of federalism. Is this the kind of law that should be enacted at the federal or the provincial level?” (p. 15-21). At first glance, a municipality that adopts a resolution for the purposes of protecting the well-being and health of its residents and ensuring the harmonious development of its territory would normally be considered to be the government at the level at which the adoption of such measures would be best achieved.

[85] Finally, any application of the constitutional doctrines must take into account the principle of co-operative federalism to which the Court has referred in a number of cases (*CWB*, at para. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 10). This principle favours, where possible, the operation of statutes enacted by governments at both levels (*Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, at para. 50, citing *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *CWB*, at para. 37). The Court’s adoption of an approach involving concurrent federal and provincial powers, as opposed to applying the outdated concept of “watertight compartments” to establish exclusive jurisdictions, is consistent with this (*CWB*; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2).

[86] In my opinion, this backdrop must be borne in mind in determining whether the notice of a reserve is constitutional.

adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l’efficacité mais également parce qu’il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population » (*Spraytech*, par. 3; voir aussi, *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 (« BCO »), par. 45). Comme le rappelle à nouveau le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [l]e choix [d’une caractérisation] doit être guidé par une conception du fédéralisme. S’agit-il d’un type de loi qui devrait être édicté au palier fédéral ou provincial? » (p. 15-21). À première vue, une municipalité qui adopte une résolution dans l’objectif de protéger le bien-être et la santé de ses citoyens et de veiller à l’aménagement harmonieux de son territoire se veut normalement le palier de gouvernement le mieux placé pour adopter de telles mesures.

[85] Enfin, dans toute application des doctrines constitutionnelles, on ne peut ignorer le principe du fédéralisme coopératif articulé par la Cour dans plusieurs arrêts (*BCO*, par. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 10). Ce principe favorise l’application, dans la mesure du possible, des lois adoptées par les deux ordres du gouvernement (*Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, par. 50, citant *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *BCO*, par. 37). L’adoption par la Cour d’une approche axée sur la concurrence des pouvoirs fédéraux et provinciaux, plutôt que sur la notion désuète des « compartiments étanches » pour établir des compétences exclusives, s’inscrit dans le même sens (*BCO*; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2).

[86] C’est sur cette toile de fond que l’analyse de la validité constitutionnelle de l’avis de réserve doit à mon avis s’effectuer.

A. *Pith and Substance Doctrine*

[87] Rogers is challenging municipal resolution No. 2010-904 of October 4, 2010, which authorized the issuance of the notice of a reserve; the resolution itself was authorized by several provincial statutory provisions (*Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, ss. 29.4 and 570; *Expropriation Act*, CQLR, c. E-24, ss. 69 et seq.), none of which are being challenged here. It is well established that the analysis with respect to the constitutional validity of an impugned measure involves two steps: “The first step is to determine the ‘pith and substance’ or essential character of the law. The second step is to classify that essential character by reference to the heads of power under the *Constitution Act, 1867* in order to determine whether the law comes within the jurisdiction of the enacting government” (*Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 15). If the law or measure comes within the jurisdiction of the government that enacted or adopted it, it is valid (*ibid.*; P. J. Monahan and B. Shaw, *Constitutional Law* (4th ed. 2013), at pp. 123-24).

[88] A measure’s pith and substance is determined by identifying the “matter” to which it relates in light of its true purpose and its effects (Hogg, at p. 15-7; *Reference re Firearms Act*, at para. 16; *CWB*, at paras. 26-27). To determine the purpose of the impugned measure, a court must consider “both intrinsic evidence, such as purpose clauses, and extrinsic evidence, such as Hansard or the minutes of parliamentary committees” (*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 53). As for the effects of the impugned measure, both the legal effects and the practical consequences of applying it must be taken into account (Hogg, at pp. 15-16 and 15-17; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 23; *Kitkatla Band*, at para. 54). To determine how the purpose of the impugned measure is intended to be achieved, the court must understand and define its “total meaning” (*Reference re Firearms Act*, at

A. *La doctrine du caractère véritable*

[87] La contestation de Rogers vise la résolution municipale n° 2010-904 du 4 octobre 2010 autorisant l’émission de l’avis de réserve, résolution qui est elle-même autorisée par diverses dispositions de lois provinciales dont personne ne conteste ici la validité (*Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, art. 29.4 et 570; *Loi sur l’expropriation*, RLRQ, c. E-24, art. 69 et suiv.). Il est acquis que l’analyse relative à la validité constitutionnelle de la mesure contestée comporte deux facettes : « La première consiste à déterminer le “caractère véritable” ou le caractère essentiel de la loi et la seconde à classer ce caractère essentiel eu égard aux chefs de compétence établis par la *Loi constitutionnelle de 1867*, afin de déterminer si la loi relève de la compétence du gouvernement qui l’a adoptée » (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 15). Si la loi ou la mesure relève de la compétence du gouvernement qui l’a adoptée, elle est valide (*ibid.*; P. J. Monahan et B. Shaw, *Constitutional Law* (4^e éd. 2013), p. 123-124).

[88] La détermination du caractère véritable de la mesure se fait en identifiant la « matière » sur laquelle elle porte, en tenant compte de son objectif réel et de ses effets (Hogg, p. 15-7; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 16; *BCO*, par. 26-27). Pour déterminer l’objet de la mesure contestée, il faut examiner « tant la preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou les comptes rendus des comités parlementaires » (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 53). Pour ce qui est des effets de la mesure contestée, il faut tenir compte des effets juridiques et des conséquences pratiques de son application (Hogg, p. 15-16 et 15-17; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 23; *Bande Kitkatla*, par. 54). En déterminant comment la mesure contestée cherche à atteindre son but, il importe

para. 18, citing W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), at pp. 239-40).

[89] Neither the Superior Court nor the Court of Appeal held that the notice of a reserve was *ultra vires* Châteauguay, quite the contrary. On the one hand, Perrault J. stated at first instance that the City had issued the notice [TRANSLATION] “in order to protect the welfare of its citizens” (2013 QCCS 3138, 110 L.C.R. 81, at para. 153). This comment by the motion judge followed her analysis of the City’s resolution (para. 152). In it, she drew a parallel with what she had already said about the notice of expropriation (para. 153); she had written at para. 149 that the notice of expropriation was neither *ultra vires* nor unconstitutional. The constitutional issue that Perrault J. did not discuss with respect to the notice of a reserve was the one concerning what she characterized as “unconstitutional impairment” (Part VI.B and para. 166). It can be seen from her reasons that she was referring there to the doctrine of interjurisdictional immunity, not to the pith and substance doctrine. The passage from para. 163 of Perrault J.’s reasons that my colleagues reproduce at para. 44 of their own reasons was part of her analysis on the municipal law issue and concerned the allegation of bad faith on the City’s part that the Court of Appeal subsequently rejected. My colleagues do not discuss this aspect in their reasons (paras. 75-76).

[90] On the other hand, Dutil J.A., writing for the Court of Appeal, concluded her analysis of the notice’s pith and substance as follows:

[TRANSLATION] The notices of expropriation and reserve examined as a whole have a valid municipal purpose because they seek to respond to concerns of the citizens of Châteauguay concerning possible repercussions of radio waves on their health and to ensure a harmonious development of its territory. Their pith and substance was not to encroach upon a federal power. Châteauguay wished to facilitate the exercise by preventing the project from being completed on the [property at] 411 St-Francis at a time when citizens were opposed to it.

(2014 QCCA 1121, 113 L.C.R. 233, at para. 78)

de bien comprendre et cerner son « entière portée » (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 18, citant W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), p. 239-240).

[89] Ni la Cour supérieure ni la Cour d’appel n’ont conclu que l’avis de réserve était *ultra vires* des pouvoirs de Châteauguay, bien au contraire. D’une part, en première instance, la juge Perrault a indiqué que la Ville avait émis cet avis « afin de protéger le bien-être de ses citoyens » (2013 QCCS 3138, [2013] R.J.Q. 1177, par. 153). Ce propos de la juge d’instance suit son analyse de la résolution de la Ville (par. 152). Elle y trace un parallèle avec ce qu’elle énonce auparavant sur l’avis d’expropriation (par. 153); elle écrit au par. 149 que cet avis d’expropriation n’est ni *ultra vires*, ni inconstitutionnel. Le débat constitutionnel dont la juge ne traite pas au regard de l’avis de réserve est celui relatif à ce qu’elle qualifie « d’entrave inconstitutionnelle » (partie VI.B) et par. 166). On comprend de ses motifs qu’elle réfère là à la doctrine de l’exclusivité des compétences, et non à celle du caractère véritable. La citation de son par. 163 auquel mes collègues renvoient au par. 44 de leurs motifs se situe dans l’analyse de la juge propre à la question de droit municipal. Cette citation touche la prétendue mauvaise foi de la Ville que la Cour d’appel a par ailleurs écartée. Mes collègues ne traitent pas de cet aspect du débat dans leurs motifs (par. 75-76).

[90] D’autre part, écrivant pour la Cour d’appel, la juge Dutil a quant à elle terminé son analyse du caractère véritable en indiquant ceci :

Les avis d’expropriation et de réserve, examinés ensemble, ont une fin municipale valide puisqu’ils ont pour but de répondre aux inquiétudes des citoyens de Châteauguay concernant les répercussions possibles des ondes radio sur leur santé et [d’]assurer un développement harmonieux de son territoire. Leur caractère véritable n’était pas d’entraver une compétence fédérale. Châteauguay voulait en faciliter l’exercice en évitant que le projet se réalise sur le 411 St-Francis alors que les citoyens s’y opposent.

(2014 QCCA 1121, par. 78 (CanLII))

[91] These conclusions of the courts below were based on an in-depth review of the evidence in the record dating from the initial contacts between Rogers and Châteauguay to the adoption of the impugned notice of a reserve. My colleagues recognize that the determination of the pith and substance of a municipal measure requires an examination of both intrinsic and extrinsic evidence, including evidence of the circumstances in which the measure was adopted (para. 36). Yet it seems to me that their analysis (at paras. 43-46) attaches little importance to certain aspects of this evidence, such as the content of the resolution authorizing the land reserve and that resolution's preamble, or the circumstances that preceded and resulted in its adoption in October 2010.

[92] My colleagues' analysis also focuses on the effects of the notice. They accept Rogers' argument in this regard that the notice's only legal and practical effect was to choose or determine the location of the radiocommunication antenna system and to prevent the installation of such a system on the property at 411 Boulevard St-Francis. They summarily rule out any possibility that the notice had a municipal purpose, merely stating that, even if the measure addressed concerns about the health and well-being of Châteauguay's residents, that "would clearly constitute a usurpation of the federal power" (para. 46).

[93] I see things differently. In my opinion, the determination of a measure's pith and substance is a delicate exercise of judgment (Hogg, at p. 15-8) that requires a court to consider and assess the impugned measure as a whole, weighing all its aspects. Although I do not recommend an overly general approach that would make the pith and substance analysis superficial, it is my view that the identification of the matter to which the measure relates requires the adoption of a flexible approach tailored to the modern conception of federalism, which allows for some overlapping and favours a spirit of cooperation.

[94] It seems to me that my colleagues' approach leaves little or no room for the valid municipal

[91] Ces conclusions des instances inférieures s'appuient sur une révision détaillée de la preuve au dossier, des premières interactions entre Rogers et Châteauguay jusqu'à l'adoption de l'avis de réserve contesté. Mes collègues reconnaissent que la détermination du caractère véritable d'une mesure municipale relève d'un examen à la fois de la preuve intrinsèque et extrinsèque, y compris les circonstances de l'adoption de la mesure (par. 36). Toutefois, leur analyse (par. 43-46) me semble accorder peu d'importance à certains aspects de cette preuve, comme par exemple le contenu de la résolution autorisant la réserve foncière et son préambule ou les circonstances qui ont précédé et mené à l'adoption de la résolution en octobre 2010.

[92] L'analyse de mes collègues insiste aussi sur l'examen des effets de l'avis. Ils retiennent à ce sujet la prétention de Rogers voulant que son seul effet juridique et pratique soit de choisir ou déterminer l'emplacement du système d'antennes de radiocommunication et d'empêcher l'installation d'un tel système sur le terrain situé au 411, boulevard Saint-Francis (« 411 Saint-Francis »). Ils écartent sommairement toute fin municipale à l'avis de réserve, se limitant à énoncer que, même si la mesure répondait à des préoccupations sur la santé et le bien-être des résidents de Châteauguay, cela « usurperait sans aucun doute l'exercice de la compétence fédérale » (par. 46).

[93] Je vois les choses autrement. Déterminer le caractère véritable reste selon moi un délicat exercice de jugement (Hogg, p. 15-8) qui commande d'évaluer et d'apprécier la mesure contestée dans son ensemble, en sousesant toutes ses facettes. Sans préconiser une démarche trop générale qui rendrait l'analyse du caractère véritable superficielle, j'estime que l'identification de la matière sur laquelle porte la mesure requiert l'adoption d'une approche souple, adaptée à la conception moderne du fédéralisme qui permet certains chevauchements et favorise un esprit de coopération.

[94] Or, il me semble que l'approche de mes collègues laisse peu sinon pas de place à la fin

purpose relied on by the respondents, which the courts below placed at the forefront of their assessment of the evidence. In this regard, my colleagues' pith and substance analysis overlooks an important part of the context of the adoption of the resolution authorizing the notice of a reserve. Their analysis also disregards the purpose of issuing the notice, aside from their alluding to the possibility that its real purpose may differ from its stated objective (para. 49). As a result, in my opinion, their analysis is at odds with the flexible and comprehensive approach that must be favoured and with the presumption of validity of a provincial or municipal measure to which I referred above. I cannot accept that view of the matter of the impugned measure, which I find to be too rigid and too narrow.

[95] Contrary to what my colleagues state at para. 47, my approach does not distort the measure's pith and substance. With respect, the analysis I propose does not at all entail the risk they describe. Far from restricting significantly a power of one level of government, it instead recognizes how important that power is, but on the basis of a constitutional doctrine that I consider it more appropriate to apply in this case. From this point of view, I find it a bit much to suggest that a flexible approach to the pith and substance doctrine could encourage municipalities to hide behind local interests in order to exercise a federal power. This case provides a good illustration of why that cannot be true if the constitutional doctrines are applied correctly.

[96] If the events that preceded and resulted in the adoption of the resolution under which the notice of a reserve was issued are taken into account, the picture of the measure adopted by Châteauguay is, in my view, different from the one painted by my colleagues. The factual context supports the existence of another normative perspective that relates to provincial jurisdiction.

[97] In this regard, I note that the impugned resolution was adopted following several years of opposition by Châteauguay to having a radio-communication tower located on the property at

municipale valide qu'invoquent les intimées et que les instances inférieures placent au premier plan dans leur évaluation de la preuve. Sous ce rapport, leur analyse du caractère véritable passe sous silence une partie importante du contexte de l'adoption de la résolution autorisant l'avis de réserve. Elle ne tient pas compte non plus de l'objet de l'imposition de l'avis, mis à part une allusion à la possibilité que son objet véritable puisse être distinct de l'objectif annoncé (par. 49). Ce faisant, cette analyse s'inscrit selon moi à l'encontre de l'approche souple et globale qui doit être favorisée et de la présomption relative à la validité d'une mesure provinciale ou municipale à laquelle j'ai fait allusion. Je ne peux souscrire à cette conception à mon sens trop rigide et trop étroite de la matière de la mesure contestée.

[95] Contrairement à ce qu'affirment mes collègues au par. 47, l'exercice auquel je me prête ne dénature pas le caractère véritable de la mesure. Avec égards, le risque dont ils font état cadre du reste fort mal avec l'analyse que je propose. Loin de restreindre sévèrement la compétence d'un ordre législatif, cette analyse lui reconnaît plutôt toute son importance, mais en fonction d'une doctrine constitutionnelle que j'estime plus approprié de suivre en l'espèce. De ce point de vue, il me semble un peu exagéré de suggérer qu'une approche souple de la doctrine du caractère véritable risque d'inciter les municipalités à exercer une compétence législative fédérale sous le couvert d'intérêts locaux. Le présent dossier illustre bien pourquoi, en appliquant correctement les doctrines constitutionnelles, ce ne saurait être le cas.

[96] En tenant compte des événements qui ont précédé et mené à l'adoption de la résolution imposant l'avis de réserve, le portrait de la mesure adoptée par Châteauguay est à mon avis différent de celui peint par mes collègues. Le contexte factuel appuie l'existence d'une autre perspective normative qui relève de la compétence provinciale.

[97] À ce chapitre, je rappelle que la résolution attaquée est adoptée après quelques années d'opposition de la part de Châteauguay à la présence d'une tour de radiocommunication sur le 411 Saint-Francis,

411 Boulevard St-Francis, for reasons related to the concerns of neighbourhood residents about their health and well-being, as well as to Châteauguay's concern about ensuring the harmonious development of its territory.

[98] In April 2008, more than two years before issuing the notice of a reserve, Châteauguay informed Rogers that the property at 411 Boulevard St-Francis was not located in a zone in which the planned use was permitted under the City's zoning by-law, and that there were concerns about residents' health. From the start, the reason why the property at 50 Boulevard Industriel was proposed as an alternative site with a lower impact was linked to the development of the territory of Châteauguay and to the City's concerns about the potential effects of locating a tower in a residential zone.

[99] It is true that Châteauguay issued a permit for the construction of the communication tower on February 17, 2009, but the City never stopped reiterating its disagreement with the site at 411 Boulevard St-Francis. Indeed, the permit included mitigation measures that had been negotiated with the company. Around April or May 2009, Châteauguay revoked the permit after receiving a petition signed by about a hundred people who were opposed to the installation of the tower at 411 Boulevard St-Francis. The wording of the petition shows that these individuals were concerned about their health and about the development of the territory of Châteauguay. Those same concerns are reflected in a letter dated May 27, 2009 from the Member of Parliament for Châteauguay to the President of Rogers.

[100] This history provides important context for determining the purpose of the notice of a reserve. It shows that Châteauguay opposed the construction of a tower on the property at 411 Boulevard St-Francis not simply to control the siting of a radiocommunication system, but rather to respond to its residents' concerns. As the motion judge noted, [TRANSLATION] “[t]he City sought to acquire a site with a lower impact . . . in the interests of its citizens and to meet the requirement of ensuring the harmonious organisation of its territory” (para. 70).

et ce, pour des raisons liées aux craintes des résidents du quartier à l'égard de leur santé et de leur bien-être, ainsi qu'en raison du souci de Châteauguay relatif à l'aménagement harmonieux de son territoire.

[98] En avril 2008, plus de deux ans avant l'émission de l'avis de réserve, Châteauguay informe Rogers que le 411 Saint-Francis n'est pas situé dans une zone permise pour l'usage projeté selon le règlement de zonage de la Ville, et qu'il existe des craintes en ce qui concerne la santé des résidents. La raison pour laquelle le 50, boulevard Industriel est proposé comme site alternatif de moindre impact est liée dès le départ à l'aménagement du territoire de Châteauguay et à ses inquiétudes sur les effets potentiels de l'emplacement d'une tour dans une zone résidentielle.

[99] Il est vrai que, le 17 février 2009, Châteauguay émet un permis pour la construction de la tour de communication, mais la Ville ne cesse jamais de réitérer son désaccord à son emplacement sur le 411 Saint-Francis. Ce permis contient d'ailleurs des mesures d'atténuation négociées avec l'entreprise. Dès avril-mai 2009, Châteauguay révoque ce permis après avoir reçu une pétition signée par une centaine de citoyens s'opposant à l'installation de la tour au 411 Saint-Francis. Le texte de la pétition montre que les citoyens s'inquiètent pour leur santé et pour l'aménagement du territoire de Châteauguay. Une lettre du 27 mai 2009 de la députée fédérale de Châteauguay au président de Rogers reflète ces mêmes préoccupations.

[100] Cet historique fait ressortir un contexte important dans la détermination de l'objectif visé par l'avis de réserve. Il établit que Châteauguay ne s'est pas opposée à la présence d'une tour sur le 411 Saint-Francis simplement pour contrôler l'emplacement d'un système de radiocommunication, mais pour répondre aux préoccupations de ses résidents. Comme l'a constaté la première juge, « [l]a Ville cherch[ait] à faire l'acquisition d'un site de moindre impact [. . .] dans l'intérêt de la population et la nécessité de voir à l'organisation harmonieuse de son territoire » (par. 70).

[101] That concern is also reflected in the preamble to the municipal resolution authorizing the establishment of the land reserve. The preamble sets out the considerations that motivated the adoption of the resolution, which indicate that the City's ultimate purpose and its wish was to respond to its residents' concerns about the potentially harmful effects of the radiocommunication tower on their well-being, while at the same time trying to obtain a site with a lower impact that Rogers could use to install its antenna system. The preamble also confirms the objective of harmonious development of the City's territory. These matters correspond to a valid municipal purpose and fall within the provincial heads of power provided for in s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*.

[102] At paragraph 49 of their reasons, my colleagues seem to question Châteauguay's true intentions by comparing the resolution to the by-law that was challenged and ultimately found to be *ultra vires* in *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453. They note that, "[a]s in the instant case", the "stated" objective of the by-law in *Lacombe* fell under provincial jurisdiction, whereas its real purpose related to a federal power. With respect, this does not seem to be an apt comparison given the motion judge's finding of fact that [TRANSLATION] "[o]ne . . . cannot criticise the City for wanting to respond to fears of its residents concerning health risks arising out of exposure to radio frequencies" and that, by issuing the notice of a reserve, "the City . . . acted in order to protect the welfare of its citizens" (paras. 97 and 153). Moreover, my colleagues do not really dispute the Court of Appeal's finding that the City acted in good faith in issuing the notice (paras. 75-76). In light of this, I find it difficult to understand how Châteauguay's actions can be seen as having any purpose other than the one set out in the preamble to the resolution. That purpose is genuine and was pursued in good faith, and there is nothing colourable about it.

[103] As regards the effects of the notice of a reserve, this Court has held that the notice's legal effect must be distinguished from its practical effect

[101] Cette préoccupation se reflète tout autant dans le préambule de la résolution municipale autorisant l'imposition de la réserve foncière. Ce préambule constate les considérations qui ont motivé l'adoption de la résolution. Elles indiquent que la Ville agissait avec l'objectif ultime et le désir de répondre aux inquiétudes de ses citoyens sur les effets potentiellement nocifs de la tour de radiocommunication sur leur bien-être, tout en essayant d'obtenir un site de moindre impact pour Rogers de façon à lui permettre de procéder à l'installation de son système d'antennes. Ce préambule confirme également l'objectif d'aménagement harmonieux du territoire. Ces matières correspondent à une fin municipale valide et entrent dans les champs de compétence provinciaux des par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[102] Au paragraphe 49 de leurs motifs, mes collègues semblent remettre en question les intentions réelles de Châteauguay en comparant la résolution au règlement attaqué et ultimement jugé *ultra vires* dans *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453. Ils indiquent que, « [t]out comme en l'espèce », l'objectif « annoncé » du règlement dans *Lacombe* se rattachait à un champ de compétence provincial, alors que son objet véritable relevait d'une compétence fédérale. Avec égards, cette comparaison me semble boiteuse devant la conclusion de fait de la juge d'instance qu'« [o]n ne peut [. . .] reprocher à la Ville de vouloir répondre aux craintes de ses résidents concernant les risques pour la santé d'une exposition aux radiofréquences » et qu'en imposant l'avis de réserve, « la Ville [. . .] a agi afin de protéger le bien-être de ses citoyens » (par. 97 et 153). Mes collègues ne contestent guère plus la conclusion de la Cour d'appel voulant que la Ville ait agi de bonne foi en émettant l'avis de réserve (par. 75-76). Devant cela, je comprends mal comment l'on peut constater dans les gestes de Châteauguay un objectif autre que celui exprimé dans le préambule de la résolution. Cet objectif est réel et empreint de bonne foi, tout en n'ayant rien de déguisé.

[103] Quant aux effets de l'avis de réserve, notre Cour rappelle qu'il faut distinguer son effet juridique de son effet pratique (*Bande Kitkatla*, par. 54;

(*Kitkatla Band*, at para. 54; *Morgentaler*, at pp. 482-83). The legal effect of issuing the notice is to prohibit any construction on the immovable affected by it (*Expropriation Act*, s. 69). The notice also allows Châteauguay to initiate an expropriation process that will enable the City to pursue municipal purposes on the property. The notice's legal effect therefore opens the way for Châteauguay to exercise its powers of expropriation, which falls within its jurisdiction to regulate the development of its territory in accordance with its needs and priorities.

[104] It is true that in practice, the effect of the notice of a reserve is to prohibit Rogers from constructing its radiocommunication tower on the property at 411 Boulevard St-Francis. In this respect, even though this prohibition does not require Rogers to construct the tower on another specific piece of property, it nonetheless limits the places where the tower can be located, particularly since, according to Rogers, there are few suitable sites within its search area. From this perspective, I agree with my colleagues that the City's resolution, in responding to the needs of residents, affects the federal government's power over radiocommunication given that the issuance of the notice clearly has an impact on the siting of Rogers' radiocommunication tower. Châteauguay has never denied this. The preamble to the resolution refers to the fact that Châteauguay and Rogers tried to work together to identify a mutually acceptable site that would be suitable for installation of the radiocommunication tower. The effect on the federal power is therefore intimately linked to what the City actually seeks to achieve, namely to protect the health and well-being of its residents and to reassure them.

[105] The effect of the notice of a reserve is in this regard comparable to that of the by-law that was challenged in *Spraytech*. In that case, the Court found that the by-law did not create a total prohibition against pesticides but, rather, affected their use in certain situations (para. 24). Similarly, the notice in the case at bar does not impose a specific location for the radiocommunication tower. Rather, it limits the range of sites that are available for the construction of such a tower in the context of the exercise by Châteauguay of its power to ensure the development

Morgentaler, p. 482-483). L'effet juridique de l'imposition de l'avis de réserve est de prohiber toute construction sur l'immeuble qui en fait l'objet (*Loi sur l'expropriation*, art. 69). L'avis permet aussi à Châteauguay d'entreprendre un processus d'expropriation par lequel la Ville peut poursuivre des fins municipales sur le terrain. Ainsi, son effet juridique ouvre la porte à un exercice par Châteauguay de ses pouvoirs d'expropriation, ce qui relève de sa compétence de réglementer l'aménagement de son territoire selon ses besoins et priorités.

[104] Il est vrai qu'en pratique, l'effet de l'avis de réserve se traduit par une interdiction pour Rogers de bâtir sa tour de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Sous ce rapport, même si cette interdiction n'oblige pas Rogers à poursuivre la construction sur un autre terrain précis, elle limite néanmoins les endroits où la tour de radiocommunication peut se situer, d'autant que selon Rogers, peu de sites propices se trouvent à l'intérieur de son aire de recherche. Dans cette optique, je conviens avec mes collègues qu'en répondant aux besoins des citoyens, la résolution de la Ville touche à la compétence fédérale en radiocommunication, puisque l'imposition de l'avis de réserve entraîne une conséquence certaine pour l'emplacement de la tour de radiocommunication de Rogers. Châteauguay ne l'a du reste jamais nié. Le préambule de la résolution renvoie au fait que Châteauguay et Rogers ont tenté de travailler ensemble pour trouver, d'un commun accord, un site propice à l'installation de la tour de radiocommunication. Ainsi, l'effet sur la compétence fédérale reste donc intimement lié au résultat réellement recherché par la Ville, soit de protéger le bien-être et la santé de ses citoyens et de les rassurer.

[105] À ce chapitre, l'effet de l'avis de réserve se compare à celui du règlement contesté dans *Spraytech*. Dans ce pourvoi, la Cour a déterminé que le règlement ne créait pas une interdiction totale des pesticides, mais avait plutôt un effet sur leur usage dans certains cas (par. 24). De la même manière, l'avis de réserve en l'espèce ne dicte pas de façon absolue l'emplacement de la tour de radiocommunication. Il circonscrit plutôt la gamme des sites disponibles pour une telle construction, dans le contexte d'un exercice du pouvoir de Châteauguay

of its territory and protect the health and well-being of its residents, which are legitimate municipal purposes.

[106] In my view, this more nuanced understanding of the effects of the notice of a reserve is in line with a more flexible conception of the pith and substance doctrine that is more consistent with the guiding principles discussed above. I think it would be prudent to approach the application of this doctrine in this way. An overly narrow understanding of the consequences of the measure that is limited to an examination of just one of its effects could lead to the premature conclusion that the measure applies only to the matter so affected, that is, to the siting of radiocommunication towers. By contrast, undertaking the analysis by way of an approach that takes into account the various effects of the notice on Châteauguay's ability to manage its territory in accordance with its citizens' expectations favours a more accurate understanding of the matter to which this notice actually applies.

[107] I would add that the effects of a measure must be considered in conjunction with its purpose, not in isolation from that purpose (*Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at paras. 17-18; *Reference re Firearms Act*, at paras. 16-18; Hogg, at p. 15-14). A flexible, non-technical approach to the pith and substance analysis involves a recognition that the purpose of the measure can indeed reveal its dominant characteristic and help in identifying the matter (*Morgentaler*, at pp. 481-82). This approach to the pith and substance analysis has led the Court to find measures to be constitutionally valid that would otherwise have been found, if viewed solely from the perspective of their effects, to regulate activities falling under a prohibited head of power.

[108] In *Spraytech*, L'Heureux-Dubé J. noted that the impugned by-law "responded to concerns of [the Town's] residents about alleged health risks caused by non-essential uses of pesticides within Town limits" (para. 27). Thus, there was a legitimate municipal purpose that rendered the adoption of the by-law valid. The purpose pursued in adopting the impugned measure was as important

d'aménager son territoire et de veiller au bien-être et à la santé de ses résidents, des objectifs municipaux légitimes.

[106] À mon avis, cette vision plus nuancée des effets de l'avis de réserve s'inscrit dans une conception plus souple de la doctrine du caractère véritable qui concorde mieux avec les principes directeurs déjà énoncés. Il me semble prudent d'approcher l'application de cette doctrine de cette façon. Une vision trop étroite des conséquences de la mesure qui se limite à l'examen d'un seul de ses effets peut mener à la conclusion hâtive que la mesure ne vise que la matière ainsi affectée, en l'occurrence l'emplacement des tours de radiocommunication. À l'opposé, entreprendre l'examen avec une approche qui tient compte des divers effets de l'avis de réserve sur la capacité de Châteauguay de gérer son territoire en fonction des attentes de ses citoyens favorise une conception plus juste de la matière réellement visée par cet avis.

[107] J'ajouterai que les effets d'une mesure doivent être considérés en conjonction avec son objet plutôt qu'en isolation de ce dernier (*Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 17-18; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 16-18; Hogg, p. 15-14). Un examen souple et non formaliste du caractère véritable reconnaît que l'objet de la mesure peut effectivement révéler sa caractéristique dominante et mieux expliquer la matière concernée (*Morgentaler*, p. 481-482). En appliquant cette façon d'analyser le caractère véritable, la Cour a confirmé la validité constitutionnelle de mesures qui, si vues uniquement sous l'angle de leurs effets, auraient réglementé un champ de compétence par ailleurs prohibé.

[108] Dans *Spraytech*, la juge L'Heureux-Dubé remarque que le règlement attaqué « répondait aux craintes [des] résidents au sujet des risques que pourrait présenter pour la santé l'usage non essentiel de pesticides dans les limites de la Ville » (par. 27). Il y avait donc un objet municipal légitime qui validait l'adoption du règlement. L'objectif sous-tendant l'adoption de la mesure attaquée

to the identification of the matter as the effects of the measure, if not more determinative than them. Similarly, in *Ward*, the Court, in considering the characterization of the matter of federal regulations that prohibited the sale of certain seals, relied on the conclusions of the trial judge, who had found that even though the regulation prohibited the sale of seals (regulation of commerce in the provinces), its purpose was to prevent the harvesting of the seals in question (regulation of fisheries) (para. 20). To justify the Court's decision to rely on this finding of fact by the trial judge, McLachlin C.J. stated that "[t]he question is not whether the *Regulations* prohibit the sale so much as why it is prohibited" (para. 19 (emphasis in original)). The reasons behind the regulations, that is, their purpose, were such that the dominant characteristic of the legislative measure was a matter coming under a federal head of power.

[109] I find that the same principle applies in this appeal. The fact that the municipal measure affects a federal head of power does not on its own explain why the action was taken. However, the evidence in the record does clearly show what motivated it. The reasons for the measure appear to me to outweigh its effects. Thus, if the resolution's purposes and effects are considered as a whole in a comprehensive analysis of the pith and substance, the purposes that were pursued and achieved in establishing the land reserve were to ensure the harmonious development of the territory of Châteauguay, to allay its residents' concerns and to protect their health and well-being, despite the fact that there was clearly an effect on the siting of Rogers' radiocommunication tower.

[110] This approach to the determination of the measure's pith and substance tends to support a finding that the actions of the governments at both levels are valid and to favour the key principles underlying the division of powers, including subsidiarity and co-operative federalism. Furthermore, the *Circular* shows that the federal government was aware of the need for co-operation between the two levels of government on certain aspects of the

était aussi important sinon plus déterminant de sa matière que ne l'étaient les effets de la mesure. De même, dans *Ward*, la Cour s'est penchée sur la caractérisation de la matière traitée par un règlement fédéral interdisant la vente de certains phoques. La Cour s'en est remise aux conclusions du juge de première instance qui a constaté que, même si le règlement interdisait la vente des phoques (réglementation du commerce au sein des provinces), son objet était d'en empêcher la capture (réglementation des pêcheries) (par. 20). En justifiant la décision de la Cour de se fonder sur cette conclusion factuelle du juge d'instance, la juge en chef McLachlin a indiqué que « [l]a question n'est pas tant de savoir si le *Règlement* interdit la vente que de savoir pourquoi celle-ci est interdite » (par. 19 (soulignements dans l'original)). La motivation sous-tendant le règlement, soit son objet, a fait en sorte que la caractéristique dominante de la mesure législative se voulait une matière relevant d'un champ de compétence fédéral.

[109] Je considère qu'il en est de même dans le présent pourvoi. Le simple fait que la mesure municipale affecte un champ de compétence fédéral ne nous dit pas pourquoi le geste est entrepris. Or, la preuve retenue cerne bien cette motivation. Elle m'apparaît dominante par rapport aux effets de la mesure. Aussi, lorsque l'on considère l'objet et les effets de la résolution dans leur ensemble dans une analyse globale du caractère véritable, le but recherché et obtenu par l'imposition de la réserve foncière reste l'aménagement harmonieux du territoire de Châteauguay, l'apaisement des inquiétudes de ses résidents et la protection de leur santé et de leur bien-être, malgré l'existence d'un effet certain sur l'emplacement de la tour de radiocommunication de Rogers.

[110] L'adoption d'une approche semblable dans la détermination du caractère véritable permet de favoriser la validité des gestes des deux ordres de gouvernement et de promouvoir des principes clés sous-tendant le partage des compétences, tels la subsidiarité et le fédéralisme coopératif. La *Circular* montre d'ailleurs que le gouvernement fédéral est conscient de la nécessité d'une coopération entre les deux paliers de gouvernement dans certains aspects

development of the telecommunications network across the country. The required consultation between spectrum licence holders and municipalities is indicative of a recognition that the siting of radio-communication towers largely affects local matters. If for no other reason than to respect Parliament's legislative choice to require collaboration in the process for determining where to locate radiocommunication equipment, it seems to me that it would be appropriate to adopt an analytical approach that favours co-operation between municipalities and businesses rather than one that risks making such co-operation difficult or impossible.

[111] In this respect, paras. 54 and 55 of my colleagues' reasons illustrate the risks of adopting an overly narrow characterization of the matter of an impugned provincial or municipal measure. As my colleagues observe, there may well be situations in which a spectrum licence holder, which has no powers of expropriation, must count on a municipality to exercise its own powers of expropriation in order to gain access to property that is suitable for a radio-communication tower. No doubt aware of the consequences of an overly narrow characterization of the matter of such a measure, my colleagues suggest that if a municipality were to exercise its power in order to facilitate or support rather than preventing or blocking the installation of a tower, it would be acting in the context of the development of its territory. In such a case, choosing or determining where to locate the tower would be neither the purpose nor the effect of the expropriation.

[112] I find the distinction unconvincing, and the example that is given revealing. According to the view of the pith and substance doctrine advocated by my colleagues, a measure whose purpose is, or that affects, the choice of location or the siting of an antenna system constitutes an exercise of the exclusive federal power over radiocommunication. But in the example they give, the very purpose and the determinative effect of the expropriation would be to make a location available to the spectrum licence holder by removing an obstacle that prevents the construction of a radiocommunication tower at the

du développement du réseau de télécommunications à travers le pays. L'exigence de consultation entre les détenteurs de licences de spectre et les municipalités marque une reconnaissance que l'emplacement des tours de radiocommunication touche en large partie à des matières locales. Ne serait-ce que par souci de respecter ce choix législatif fédéral d'imposer une collaboration sur le processus de la détermination de l'emplacement des appareils de radiocommunication, il me semble à propos de suivre une approche analytique qui favorise la coopération entre les municipalités et les entreprises, plutôt qu'une qui risque de la rendre difficile ou impossible.

[111] À ce chapitre, les par. 54 et 55 des motifs de mes collègues font ressortir les risques d'une caractérisation trop étroite de la matière visée par une mesure provinciale ou municipale qui est contestée. Comme mes collègues le constatent, il pourrait fort bien survenir des situations où un détenteur de licence de spectre, qui ne possède aucun pouvoir d'expropriation, doit compter sur l'exercice par la municipalité de ses propres pouvoirs à cet égard afin d'obtenir accès à un terrain propice pour l'installation d'une tour de radiocommunication. Sans doute conscients des conséquences d'une vision trop étroite de la qualification de la matière lors de l'adoption d'une telle mesure, mes collègues suggèrent que si une municipalité exerce son pouvoir pour faciliter ou soutenir l'installation d'une tour plutôt que pour l'empêcher ou la bloquer, elle agirait alors dans une perspective d'aménagement de son territoire. Dans ce cas, la mesure d'expropriation n'aurait pas pour objet ou effet de choisir ou déterminer l'emplacement de la tour.

[112] Je considère la distinction peu convaincante et l'exemple donné, révélateur. Selon la vision de la doctrine du caractère véritable que mes collègues préconisent, lorsque la mesure vise ou affecte le choix ou la détermination de l'emplacement du système d'antennes, cela constitue l'exercice de la compétence fédérale exclusive en radiocommunication. Or, dans l'exemple donné, l'objet même et l'effet déterminant de l'expropriation seraient de rendre un emplacement disponible au détenteur de licence de spectre en enlevant l'obstacle qui empêche la construction d'une tour de radiocommunication à

chosen location. If, as in this case, the municipality's purpose (which could very well be to ensure the development of its territory or to respond to its residents' wish to limit the impact on their well-being) is disregarded, we cannot help but note that on the basis of the nature of the measure that is essential to the crystallization of the location chosen for the antenna system, its matter therefore falls under a federal head of power. In my humble opinion, if the matter of the measure is thus considered to be limited to the choice of location or the siting of antenna systems, it does not change depending on whether the measure has a positive effect (in supporting the choice) or a negative effect (in blocking the choice) on the exercise of the federal power.

[113] Accordingly, in a context in which the matter of the impugned measure has a central aspect that is linked to a provincial power, as in this case, I find that it is more appropriate to resolve the difficulties that arise by applying other constitutional doctrines. From this viewpoint, in contrast to an excessively rigid application of the pith and substance doctrine, the application of the doctrine of interjurisdictional immunity allows for greater flexibility, as it permits the impugned measure to affect a federal power so long as it does not impair the core of the power. Although I agree with my colleagues that the application of the doctrine of interjurisdictional immunity leads to the conclusion that the notice of a reserve impairs the core of the federal power, the fact remains that there will be other situations, such as the one my colleagues mention at paras. 54 and 55 of their reasons, in which this is not necessarily the case.

[114] Even though they find that the notice of a reserve relates in pith and substance to a federal power and is therefore invalid, my colleagues nevertheless deem it necessary to devote just as much attention to the doctrine of interjurisdictional immunity, concluding that even if the notice were *intra vires*, it would nonetheless be inapplicable by virtue of this doctrine. This seems to me to show clearly that the pith and substance doctrine alone does not provide a complete and satisfactory solution to the problem raised in this appeal.

l'endroit choisi. Si l'on ignore, comme en l'espèce, l'objectif visé par la municipalité (qui pourrait bien être l'aménagement de son territoire ou une réponse aux souhaits de ses résidents de limiter les impacts sur leur bien-être), nous sommes forcés de constater qu'en raison de la teneur de la mesure qui est essentielle pour cristalliser l'emplacement choisi du système d'antennes, sa matière relève alors d'un champ de compétence fédéral. À mon humble avis, si la matière de la mesure est ainsi vue comme se limitant au choix ou à la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes, cette matière ne change pas selon que la mesure est utile (pour soutenir ce choix) ou nuisible (pour bloquer ce choix) à la compétence fédérale.

[113] Partant, dans un contexte où la matière de la mesure contestée comporte un aspect central qui se rattache à une compétence provinciale comme c'est le cas ici, j'estime plus à propos de résoudre les difficultés qui se soulèvent par l'application d'autres doctrines constitutionnelles. De ce point de vue, à la différence d'une application trop rigide de la doctrine du caractère véritable, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences laisse une plus grande marge de manœuvre, car elle permet à la mesure contestée de toucher à un champ de compétence fédéral en autant qu'elle n'en entrave pas le cœur. Même si je conviens avec mes collègues que l'application de cette doctrine mène à la conclusion que l'avis de réserve entrave le cœur de la compétence fédérale, il n'en reste pas moins que dans d'autres situations, tel que l'exemple cité aux par. 54 et 55 des motifs de mes collègues, ce ne sera pas nécessairement le cas.

[114] Après avoir déterminé que le caractère véritable de l'avis de réserve est de compétence fédérale, et donc invalide, mes collègues jugent d'ailleurs nécessaire de néanmoins consacrer autant d'attention à l'analyse de la doctrine de l'exclusivité des compétences pour conclure que, même si l'avis de réserve était *intra vires*, il serait toutefois inapplicable en vertu de cette doctrine. Cela me semble bien démontrer que la seule considération de la doctrine du caractère véritable ne fournit pas une solution complète et satisfaisante au problème que soulève le présent pourvoi.

[115] In any event, even if we were to conclude that the notice of a reserve has characteristics relating to matters that come under both federal and provincial powers, the measure would then at most have a double aspect. The double aspect doctrine applies most often in situations in which a measure relates to a matter that can be linked to two distinct heads of power at the same time (see *Multiple Access Ltd.; CWB*, at para. 30). However, as the Privy Council stated in *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, “subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91” (p. 130). Professor Hogg finds that the Privy Council’s analysis in this regard contemplated the possibility of a legislative measure having two distinct matters, each falling under a distinct head of power. In his view, “it would perhaps be clearer if [the doctrine] had become known as the ‘double matter’ doctrine, because it acknowledges that some kinds of laws have both a federal and a provincial ‘matter’ and are therefore competent to both the Dominion and the provinces” (p. 15-12). This proposition would apply where, depending on the perspective from which a measure is viewed, it relates to matters that fall under different heads of power while remaining indissociable and interdependent in the operation of the measure, to the point that it is impossible to determine which matter is dominant (Lederman, at p. 244).

[116] At a minimum, it seems to me that the notice of a reserve corresponds to this very understanding of the double aspect doctrine. The notice can be characterized in a number of ways. Its purposes are to protect the health and well-being of Châteauguay’s residents and to ensure the development of the City’s territory, which are matters that fall under provincial heads of power. It can also be seen to have as its purpose the siting of antenna systems, a matter that relates to the federal power over radio-communication. In my opinion, a finding that these matters are equal and interdependent, together with a desire to act in accordance with the principles of subsidiarity and co-operative federalism, would be more appropriate and would support the conclusion that an act carried out for a legitimate municipal

[115] À tous égards, même si l’on devait conclure que l’avis de réserve est caractéristique de matières qui relèvent à la fois des compétences provinciale et fédérale, la mesure comporterait alors au mieux un double aspect. La théorie du double aspect s’applique le plus souvent à des situations où une mesure touche à une matière qui peut être rattachée à la fois à deux champs de compétence distincts (voir *Multiple Access Ltd.; BCO*, par. 30). Dans *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, le Conseil privé précise toutefois que [TRADUCTION] « des matières qui, sous un aspect donné et pour un objet précis, relèvent de l’art. 92 peuvent, sous un autre aspect et pour un objet différent, relever de l’art. 91 » (p. 130). Selon le professeur Hogg, cette analyse du Conseil privé envisage la possibilité qu’une mesure législative comporte deux matières distinctes, chacune tombant sous un chef de compétence distinct. Il indique que [TRADUCTION] « [la doctrine] serait peut-être plus claire si elle s’appelait doctrine de la “double matière”, car elle reconnaît que certains types de lois comportent à la fois une “matière” fédérale et une “matière” provinciale et relèvent donc tant de la compétence du Dominion que de celle des provinces » (p. 15-12). Cette proposition s’appliquerait dans un cas où, selon la perspective adoptée, une mesure comporte des matières qui relèvent de chefs de compétence différents tout en demeurant indissociables et interdépendantes dans l’opération de la mesure, si bien qu’il est impossible de déterminer quelle matière domine (Lederman, p. 244).

[116] Minimalement, il me semble que l’avis de réserve correspond précisément à ce cas de figure de double aspect. L’avis peut se qualifier de plusieurs manières. Il vise la protection de la santé et du bien-être des citoyens et l’aménagement du territoire de Châteauguay, matières qui relèvent des champs de compétence provinciaux. Il peut également être vu comme visant l’emplacement des systèmes d’antennes, matière qui relève de la compétence fédérale en radiocommunication. Une reconnaissance de l’égalité et de l’interdépendance entre ces matières, associée à un souci de respecter la subsidiarité et le fédéralisme coopératif, est à mon sens plus appropriée et permet de valider le geste accompli pour une fin municipale légitime. Cela est conforme à la caractérisation du double aspect que le professeur

purpose is valid. This would be consistent with Professor Hogg's characterization of the double aspect doctrine as "the course of judicial restraint" (p. 15-13).

[117] On this point, I find that my colleagues are mistaken in their critique of the double aspect doctrine in the instant case (para. 50). What is in issue is not whether the choice of location or the siting of an antenna system has a double aspect, but whether the impugned measure has an aspect other than the choice of location or the siting of that system in light of what characterizes the measure.

B. *Doctrine of Interjurisdictional Immunity*

[118] This being said, although I consider the notice of a reserve to be *intra vires* the City, I agree with my colleagues on the application of the doctrine of interjurisdictional immunity in this case. In my opinion, it is on the basis of this doctrine that Rogers' appeal must be allowed.

[119] Parliament has exclusive jurisdiction to make laws in relation to radiocommunication (ss. 91 (residuary power to make laws for peace, order and good government) and 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141). Although this Court has limited the application of the doctrine of interjurisdictional immunity (*CWB*, at para. 67), this doctrine has nonetheless not been eliminated from the Canadian legal landscape (*Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 ("*COPA*"), at para. 58; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, at para. 63). In fact, the Court applied it in *COPA*. It is settled law that interjurisdictional immunity applies even where a measure has a double aspect (*COPA*, at paras. 55-60). If the existence of a double aspect leads to the conclusion that a measure is valid on the basis of the pith and substance doctrine, the measure may nevertheless have prohibited effects on the core of a power of the other level of government (*COPA*, at para. 57).

Hogg décrit comme correspondant à [TRADUCTION] « ce qui balise l'exercice de la retenue judiciaire » (p. 15-13).

[117] Sur ce point, j'estime que mes collègues se méprennent dans leur critique de la théorie du double aspect en l'espèce (par. 50). Il ne s'agit pas de reconnaître un double aspect au choix ou à la détermination de l'emplacement d'un système d'antennes. Il s'agit de reconnaître à la mesure contestée un aspect autre que ces seuls choix ou détermination compte tenu de ce qui caractérise cette mesure.

B. *La doctrine de l'exclusivité des compétences*

[118] Cela dit, même si je considère l'avis de réserve *intra vires* des pouvoirs de la Ville, je partage l'avis de mes collègues sur l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences en l'espèce. C'est en vertu de cette doctrine qu'il faut selon moi accueillir l'appel de Rogers.

[119] Le Parlement a compétence exclusive pour légiférer en matière de radiocommunications (art. 91 (pouvoir résiduaire de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement) et al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141). Bien que notre Cour ait restreint l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences (*BCO*, par. 67), cette doctrine n'est pas éliminée du paysage juridique canadien pour autant (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« *COPA* »), par. 58; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, par. 63). La Cour l'a d'ailleurs appliquée dans *COPA*. Il est acquis qu'elle trouve application même lorsqu'une mesure présente un double aspect (*COPA*, par. 55-60). Si cette théorie permet de conclure à la validité d'une mesure suivant la doctrine du caractère véritable, cette mesure peut néanmoins avoir des effets interdits sur le cœur d'une compétence de l'autre ordre de gouvernement (*COPA*, par. 57).

[120] I agree with my colleagues that the doctrine of interjurisdictional immunity applies in the case at bar. The notice of a reserve intrudes on the core of the federal power. My colleagues are right that there is a precedent to the effect that the siting of radiocommunication towers is part of the core of the federal power over telecommunications and radiocommunication (*Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52, at p. 57; *CWB*, at paras. 40 and 57). The siting of radiocommunication towers goes hand in hand with the federal government's responsibility to ensure the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada.

[121] The measure's intrusion on the core of the power is significant and amounts to an impairment. My colleagues base the impairment on the time during which the notice of a reserve was to be in effect, that is, two consecutive two-year periods. In my opinion, the impairment existed as of the time when the effect of the notice is found to have prevented Rogers from installing its radiocommunication tower on the available site that had been formally approved by the Minister of Industry, given that the federal legislation and the *Circular* both give the Minister the last word as regards the siting of radiocommunication systems in Canada. Such an obstacle has undesirable and extremely harmful consequences on the orderly development and efficient operation of radiocommunication insofar as Rogers' activities are concerned.

[122] It follows that by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity, the impugned measure is inapplicable to Rogers. On the disposition of the appeal, I refer to my colleagues' reasons, as I agree with them in this regard.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Torys, Toronto; Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent the City of Châteauguay: Dunton Rainville, Montréal.

[120] Je suis d'accord avec mes collègues que la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique ici. L'avis de réserve empiète sur le cœur de la compétence fédérale. Mes collègues soulignent à raison qu'un précédent établit que l'emplacement des tours de radiocommunication fait partie du cœur de la compétence fédérale en matière de télécommunications et radiocommunications (*Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52, p. 57; *BCO*, par. 40 et 57). La détermination de l'emplacement des tours de radiocommunication va de pair avec la responsabilité du gouvernement fédéral d'assurer le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication au Canada.

[121] L'empiètement de la mesure sur le cœur de la compétence est important et constitue une entrave. Mes collègues font reposer cette entrave sur la période de temps pendant laquelle l'avis de réserve devait être en vigueur, soit deux périodes de deux ans consécutives. À mon avis, l'entrave existe du moment où il est établi que l'effet de l'avis de réserve empêche Rogers d'installer sa tour de radiocommunication sur le site disponible formellement approuvé par le ministre de l'Industrie, alors que la loi fédérale et la *Circulaire* lui confèrent en définitive le dernier mot en matière d'emplacement de systèmes de radiocommunications au Canada. Ce faisant, un tel empêchement a des conséquences fâcheuses et fortement préjudiciables sur le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication pour autant que les activités de Rogers sont concernées.

[122] Il s'ensuit qu'en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences, la mesure contestée est inapplicable à Rogers. Je m'en remets aux motifs de mes collègues pour le dispositif du pourvoi auquel je souscris.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelante : Torys, Toronto; Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Ville de Châteauguay : Dunton Rainville, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the intervener the Federation of Canadian Municipalities: Federation of Canadian Municipalities, Ottawa.

Solicitor for the intervener the City of Toronto: City of Toronto, Toronto.

Solicitors for the interveners Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc. and Vidéotron s.e.n.c.: Prévost Fortin D'Aoust, Boisbriand, Québec; TELUS Communications, Ottawa; Beaudin & Associés, Verdun, Québec; Quebecor Media, Montréal.

Solicitors for the intervener Union des municipalités du Québec: LeChasseur avocats, Montréal.

Procureurs de l'intimée la procureure générale du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités : Fédération canadienne des municipalités, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Ville de Toronto : Ville de Toronto, Toronto.

Procureurs des intervenantes Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc. et Vidéotron s.e.n.c. : Prévost Fortin D'Aoust, Boisbriand, Québec; TELUS Communications, Ottawa; Beaudin & Associés, Verdun, Québec; Québecor Média, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Union des municipalités du Québec : LeChasseur avocats, Montréal.

Ali Hassan Saeed *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Canadian Association of Chiefs of Police
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SAEED

2016 SCC 24

File No.: 36328.

2015: December 1; 2016: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused arrested in connection with sexual assault — Police have reasonable grounds to believe complainant's DNA is present on accused's penis — Police seek penile swab from accused — Accused complies in privacy of police cell — Police do not attempt to obtain warrant — Complainant's DNA detected on swab and introduced as evidence at trial — Whether common law power of search incident to arrest authorizes penile swabs — Whether swab was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Around 4:00 a.m. on May 22, 2011, the complainant was viciously attacked and sexually assaulted. At 6:05 a.m., the accused was arrested and was advised of

Ali Hassan Saeed *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,
Association canadienne des chefs de police
et Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SAEED

2016 CSC 24

N° du greffe : 36328.

2015 : 1^{er} décembre; 2016 : 23 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à l'arrestation — Accusé arrêté relativement à une agression sexuelle — Policiers disposant de motifs raisonnables de croire que l'ADN de la plaignante se trouve sur le pénis de l'accusé — Prélèvement par écouvillonnage du pénis de l'accusé sollicité par les policiers — Accusé se soumettant à la procédure dans l'intimité d'une cellule du poste de police — Aucune tentative des policiers d'obtenir un mandat — ADN de la plaignante détecté dans l'échantillon prélevé et produit en preuve au procès — Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law autorise-t-il les prélèvements par écouvillonnage du pénis? — Le prélèvement effectué en l'espèce était-il abusif et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Vers 4 h du matin le 22 mai 2011, la plaignante a été attaquée brutalement et agressée sexuellement. À 6 h 05, l'accusé a été arrêté et informé de son droit à l'assistance

his right to counsel. He was mistakenly released and re-arrested at 8:35 a.m. Based on the complainant's allegations, the supervising police officer felt that there were reasonable grounds to believe the complainant's DNA would still be found on the accused's penis and a penile swab should be taken. The penile swab could not be taken immediately. Around 9:30 a.m., the accused was handcuffed to a wall in a cell with no toilet or running water to preserve the evidence. He spent about 30 to 40 minutes handcuffed in the dry cell. The supervising officer did not seek a warrant for the swab, because in his view, the swab was a valid search incident to arrest. The swab took place at around 10:45 a.m. before two male officers who blocked the cell's window with their bodies. The police permitted the accused to conduct the swab. The accused pulled his pants down and wiped a cotton-tipped swab along the length of his penis and around the head. The swab was tested and revealed the complainant's DNA.

At trial, the central issue was the identity of the complainant's assailant. The accused challenged the admissibility of the evidence of the complainant's DNA obtained from the penile swab. The trial judge ruled that the penile swab violated the accused's s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure. However, she admitted the DNA evidence under s. 24(2) of the *Charter* and relied on it to convict the accused of sexual assault causing bodily harm and unlawful touching for a sexual purpose. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal. The majority held that taking the swab violated s. 8 of the *Charter* but the evidence was admissible under s. 24(2). McDonald J.A., concurring in the result, held that s. 8 was not violated.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.: The accused's s. 8 *Charter* rights were not breached and the evidence of the complainant's DNA obtained from the swabbing was properly admitted.

To be reasonable and therefore consistent with s. 8 of the *Charter*: (1) a search must be authorized by law; (2) the

d'un avocat. Il a par erreur été remis en liberté puis arrêté de nouveau à 8 h 35. Eu égard aux allégations de la plaignante, l'agent superviseur a estimé qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'ADN de celle-ci se trouvait toujours sur le pénis de l'accusé et qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis devait être effectué. Le prélèvement en question n'a pas pu être effectué immédiatement. Vers 9 h 30, l'accusé a été menotté à un mur dans une cellule sans toilettes ni eau courante afin de préserver la preuve. Il a passé environ 30 à 40 minutes menotté dans la cellule sèche. L'agent superviseur n'a pas sollicité de mandat pour procéder au prélèvement proposé, parce qu'il s'agissait, à son avis, d'une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Le prélèvement a eu lieu vers 10 h 45 en présence de deux agents de sexe masculin qui se sont placés de façon à bloquer toute vue par la fenêtre de la cellule. Les policiers ont permis à l'accusé d'effectuer le prélèvement. Ce dernier a baissé son pantalon et a passé un écouvillon sur toute la longueur de son pénis et autour du gland. Le prélèvement a été analysé et a révélé la présence de l'ADN de la plaignante.

Au procès, la question centrale était l'identité de l'agresseur de la plaignante. L'accusé a contesté l'admissibilité des éléments de preuve de l'ADN de la plaignante ayant été recueillis grâce au prélèvement par écouvillonnage du pénis. La juge du procès a statué que pareil prélèvement violait le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, elle a permis l'utilisation de la preuve génétique en application du par. 24(2) de la *Charte* et s'est fondée sur celle-ci pour déclarer l'accusé coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels illégaux. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé. Les juges majoritaires ont conclu que le prélèvement contrevenait aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais que la preuve obtenue pouvait être utilisée en vertu du par. 24(2). Souscrivant au résultat, le juge McDonald a estimé pour sa part que les droits garantis par l'art. 8 n'avaient pas été violés.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté et Brown : Les droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* n'ont pas été violés et les éléments de preuve relatifs à la présence de l'ADN de la plaignante recueillis grâce au prélèvement ont été admis à bon droit.

Pour ne pas être abusive et, par conséquent, être conforme à l'art. 8 de la *Charte*, une fouille doit respecter

authorizing law must be reasonable; and (3) the search must be conducted reasonably. Determining whether the common law power of search incident to arrest may reasonably authorize a penile swab involves striking a proper balance between an accused's privacy interests and valid law enforcement objectives. In some cases, an accused's privacy interests will be so high as to be almost inviolable. In those cases, the common law power of search incident to arrest must yield, and a search will be allowed only where the accused consents, or a warrant is obtained, or perhaps in exigent circumstances. In others, while the accused's privacy interests may be significant, they will not be so significant as to preclude the power of the police to search incident to arrest. In these cases, the existing general framework of the common law power of search incident to arrest must instead be tailored to ensure the search will be *Charter*-compliant. This case falls into the second category.

A penile swab does not fall within the scope of *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. First, a penile swab is not designed to seize the accused's own bodily materials but rather, the complainant's. Accused persons do not have a significant privacy interest in a complainant's DNA. Second, a penile swab is in some ways less invasive than taking dental impressions and the forcible taking of parts of a person. Third, unlike with the accused's bodily materials or impressions, evidence of the complainant's DNA degrades over time. In sum, a penile swab implicates different privacy interests and law enforcement objectives than seizures of an accused's bodily samples and impressions.

The common law power of search incident to arrest must be delineated in a way that is consistent with s. 8 of the *Charter*. There can be no doubt that requiring a penile swab is an intrusion on an accused's privacy. A penile swab has the potential to be a humiliating, degrading and traumatic experience. On the other side of the ledger, it can serve important law enforcement objectives.

trois exigences : (1) la fouille doit être autorisée par la loi, (2) la loi l'autorisant doit n'avoir rien d'abusif et (3) la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive. Pour décider si le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law peut raisonnablement autoriser un prélèvement par écouvillonnage du pénis, il faut déterminer si un juste équilibre peut être établi entre, d'une part, les intérêts de l'accusé en matière de respect de sa vie privée et, d'autre part, les objectifs valables en matière d'application de la loi. Dans certains cas, les intérêts de l'accusé au respect de la vie privée seront si élevés qu'ils seront pratiquement inviolables. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit alors céder le pas à ces intérêts, et une fouille ne sera permise que dans les cas suivants : soit l'accusé y consent, soit un mandat est obtenu, soit peut-être en présence d'une situation d'urgence. Dans d'autres cas, bien qu'ils puissent être importants, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée ne seront pas élevés au point d'empêcher la police d'exercer son pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. En pareilles situations, le cadre général actuel du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit plutôt être adapté pour faire en sorte que la fouille soit effectuée conformément à la *Charte*. La présente affaire entre dans la seconde catégorie de cas.

Le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne relève pas du champ d'application de l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Premièrement, ce prélèvement ne vise pas à saisir les substances corporelles de l'accusé, mais plutôt celles du plaignant. Les accusés n'ont pas un intérêt important au respect de leur vie privée à l'égard de l'ADN des plaignants. Deuxièmement, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est à certains égards moins envahissant que la prise d'empreintes dentaires et que le prélèvement de force de parties du corps d'une personne. Troisièmement, contrairement aux substances corporelles ou aux empreintes de l'accusé, la preuve démontrant la présence de l'ADN du plaignant se dégrade avec le temps. En résumé, le prélèvement par écouvillonnage du pénis met en cause des intérêts en matière de vie privée et des objectifs d'application de la loi qui diffèrent de ceux qui sont en jeu dans les saisies d'échantillons corporels et d'empreintes de l'accusé.

Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être délimité d'une manière compatible avec l'art. 8 de la *Charte*. Contraindre un accusé à se soumettre à un prélèvement par écouvillonnage du pénis constitue indéniablement une atteinte à sa vie privée. Pareil prélèvement peut représenter une expérience humiliante, avilissante et traumatisante. En

It can enable the police to preserve important evidence that runs the risk of degrading or being destroyed. Sexual assaults are notoriously difficult to prove and this type of evidence is highly reliable. A penile swab can be crucial in the case of complainants who are unable to testify. The privacy interests at issue are similar to those implicated in strip searches and they can be protected by a similar approach. As with strip searches, the common law must provide a means of preventing unjustified searches before they occur and a means of ensuring that when these searches do occur, they are conducted in a reasonable manner. The reasonable grounds standard and guidelines regarding the manner of taking the swab provide these two protections. These two modifications to the common law power of search incident to arrest ensure that it is *Charter*-compliant.

The police may take a penile swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe that the search will reveal and preserve evidence of the offence for which the accused was arrested. The reasonable grounds standard will prevent unjustified searches before they occur and will hold the police to a higher level of justification before they can take a penile swab. Whether reasonable grounds have been established will vary with the facts of each case. Relevant factors include the timing of the arrest in relation to the alleged offence, the nature of the allegations, and whether there is evidence that the substance being sought has already been destroyed. The potential for destruction or degradation of the complainant's DNA will always be a concern in this context.

The swab must also be conducted in a reasonable manner. The following factors will guide police in conducting penile swabs incident to arrest reasonably. A swab should, as a general rule, be conducted at the police station. It should be conducted in a manner that ensures the health and safety of all involved. It should be authorized by a police officer acting in a supervisory capacity. The accused should be informed shortly before the swab of the nature of the procedure, its purpose and the authority of the police to require the swab. The accused should be given the

revanche, il peut permettre de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi. Il permet en effet aux policiers de préserver des éléments de preuve importants qui risquent de se dégrader ou d'être détruits. Prouver une agression sexuelle est une tâche notoirement difficile et de tels éléments de preuve sont très fiables. Un prélèvement par écouvillonnage du pénis peut avoir une importance cruciale dans le cas des plaignants incapables de témoigner. Les intérêts en matière de vie privée en jeu en l'espèce sont semblables à ceux en cause dans les fouilles à nu, et ils peuvent être protégés suivant une approche similaire. Comme c'est le cas pour les fouilles à nu, la common law doit fournir un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent, ainsi qu'un moyen de s'assurer que, lorsque de telles fouilles ont lieu, elles sont effectuées d'une manière non abusive. La norme des motifs raisonnables et les lignes directrices sur la manière d'effectuer le prélèvement confèrent ces deux protections. Ces deux modifications au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation font en sorte que les prélèvements de ce type sont conformes à la *Charte*.

Il est loisible aux policiers de procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que cette fouille permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté. La norme des motifs raisonnables permettra de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent et assujettira les policiers à un degré de justification plus élevé avant qu'ils puissent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. La réponse à la question de savoir si on a établi l'existence de motifs raisonnables variera selon les faits de chaque affaire. Les facteurs pertinents sont notamment le moment choisi pour procéder à l'arrestation eu égard à l'infraction reprochée, la nature des allégations et la question de savoir si des éléments de preuve indiquent que la substance recherchée a déjà été détruite. Le risque de destruction ou de dégradation de l'ADN du plaignant constituera toujours une préoccupation dans un tel contexte.

Le prélèvement par écouvillonnage du pénis doit également être effectué d'une manière non abusive. Les facteurs suivants aideront les policiers à procéder d'une manière non abusive à un tel prélèvement accessoirement à une arrestation. Le prélèvement devrait, en règle générale, être effectué au poste de police. Il devrait être effectué d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu. Il devrait être autorisé par un agent de police agissant en qualité d'officier supérieur. L'accusé devrait, peu de temps avant le prélèvement, être informé

option of removing his clothing and taking the swab himself or the swab should be taken or directed by a trained officer or medical professional, with the minimum of force necessary. The officers carrying out the swab should be of the same gender as the accused unless the circumstances compel otherwise. There should be no more police officers involved in the swab than are reasonably necessary in the circumstances. The swab should be carried out in a private area. It should be conducted as quickly as possible and in a way that ensures that the person is not completely undressed at any one time. A proper record should be kept of the reasons for and the manner in which the swabbing was conducted.

In light of these requirements, the penile swab in this case did not violate the accused's rights under s. 8 of the *Charter*. The accused was validly arrested. The swab was performed to preserve evidence of the sexual assault. The police had reasonable grounds to believe that the complainant's DNA had transferred to the accused's penis during the assault and that it would still be found on his penis. The swab was performed in a reasonable manner. The police officers were sensitive to the need to preserve the accused's privacy and dignity. The accused was informed in advance of the procedure for taking the swab and its purpose. The swab itself was conducted quickly, smoothly, and privately. The swab took at most two minutes. The accused took the swab himself. There was no physical contact between the officers and the accused. The officers took detailed notes regarding the reasons for and the process of taking the swab. The swab did not fundamentally violate the accused's human dignity.

Per Karakatsanis J.: How we treat those suspected of serious criminal offences says a great deal about the values of our free and democratic society. Given the profound impact that a genital swab can have on an individual's privacy and human dignity, the common law power of search incident to arrest does not authorize the police to take genital swabs. Since the penile swab taken from the accused was not authorized by law, it was unreasonable and in violation of s. 8 of the *Charter*. However, in the exceptional circumstances of this case, the evidence obtained in breach of the *Charter* was nonetheless admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

de la nature de la procédure applicable, du but du prélèvement et du pouvoir autorisant les policiers à l'exiger. L'accusé devrait avoir la possibilité d'enlever ses vêtements et d'effectuer le prélèvement lui-même, ou le prélèvement devrait être effectué ou supervisé par un agent ou un professionnel de la santé qualifié, en ne faisant usage que de la force minimale nécessaire. Les agents chargés du prélèvement devraient être du même sexe que l'accusé, à moins que les circonstances ne le permettent absolument pas. Le nombre de policiers participant au prélèvement devrait se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances. Le prélèvement devrait être effectué dans un endroit privé. Il devrait être effectué le plus rapidement possible et de telle manière que la personne ne soit jamais complètement nue. Un procès-verbal faisant état des motifs et des modalités d'exécution du prélèvement devrait être dressé.

À la lumière de ces exigences, le prélèvement par écouvillonnage du pénis en l'espèce n'a pas porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. L'accusé a été validement arrêté. Le prélèvement visait à préserver des éléments de preuve relatifs à l'agression sexuelle. Les policiers possédaient des motifs raisonnables de croire qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur le pénis de l'accusé durant l'agression, et qu'il s'y trouverait encore. Le prélèvement a été effectué de manière non abusive. Les policiers ont été sensibles au besoin de préserver la vie privée et la dignité de l'accusé. L'accusé a été informé à l'avance de la procédure employée pour obtenir le prélèvement ainsi que de l'objectif de celui-ci. Le prélèvement lui-même s'est déroulé rapidement, sans difficulté et en privé. Il a duré tout au plus deux minutes. L'accusé l'a effectué lui-même. Il n'y a eu aucun contact physique entre les policiers et l'accusé. Les policiers ont pris des notes détaillées au sujet des motifs du prélèvement et du processus suivi pour l'obtenir. Le prélèvement n'a pas violé de manière fondamentale la dignité humaine de l'accusé.

La juge Karakatsanis : La façon dont nous traitons les personnes soupçonnées d'infractions criminelles graves en dit long sur les valeurs de notre société libre et démocratique. Étant donné l'impact profond qu'un prélèvement par écouvillonnage génital peut avoir sur la vie privée et la dignité d'une personne, le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law n'autorise pas les policiers à prélever des échantillons au moyen de cette procédure. Comme le prélèvement effectué sur le pénis de l'accusé n'était pas autorisé par une règle de droit, il était abusif et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, la preuve obtenue en violation de la *Charte* pouvait néanmoins être utilisée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Section 8 of the *Charter* balances an individual's interest in privacy with the state's interest in investigating and prosecuting crime. The common law power to search an individual incident to arrest must evolve in a way that is consistent with *Charter* principles. Some kinds of searches fall outside the scope of the common law power because they do not reflect a reasonable balance between the individual's interest in preserving dignity and privacy and the state's interest in investigating crime.

The principles animating *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, suggest that it would not be a reasonable balancing of the competing individual and state interests for the common law to authorize genital swabs. A swab of the genital area is far more damaging to personal dignity and privacy than a swab of the inside of the mouth or a pluck of hair from the head. Genital swabs are substantially more invasive and dehumanizing. One cannot be taken without exposing, touching and manipulating the genitals, the most private area of the body, in the presence of others. It is difficult to conceive of a more personal or private interest in our bodies. Moreover, although the purpose of a genital swab may be to search for residue deposited on the individual's genitals, an effect of the seizure is to put the individual's DNA in the hands of the state, available for undetermined potential future use.

Turning to society's interests in effective law enforcement, genital swabs can advance compelling state interests. Sexual assault is a very serious offence. It is notoriously difficult to prove. A search for the victim's DNA on the genitals of the arrested person can yield highly probative physical evidence. However, the state interests are no more compelling here than they were in *Stillman*. Further, as in *Stillman*, it is not clear in this case whether there is any other lawful means to conduct genital swabs. Without finally deciding the issue, there is no warrant obviously available for genital swabs. If no warrant is available, then it simply does not follow that the common law can advance state interests by allowing the police to take a genital swab before the sample degrades in the time it would take to obtain a warrant. Finally, the troubling compromise of an individual's dignity during detention in a dry cell cannot be used to justify the greater affront to dignity

L'article 8 de la *Charte* met en équilibre l'intérêt d'une personne au respect de sa vie privée et celui de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs. Le pouvoir de common law de fouiller une personne accessoirement à son arrestation doit évoluer d'une manière compatible avec les principes consacrés par la *Charte*. Certains types de fouilles échappent à l'application du pouvoir de common law, parce que ces fouilles ne reflètent pas un équilibre raisonnable entre l'intérêt de l'individu à la protection de sa dignité et de sa vie privée et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes.

Les principes sur lesquels repose l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, tendent à indiquer que le fait d'autoriser les prélèvements par écouvillonnage génital en vertu de la common law ne permettrait pas d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts opposés de l'individu et de l'État. Un prélèvement effectué dans la région génitale constitue une atteinte beaucoup plus importante à la dignité et à la vie privée de la personne qu'un prélèvement buccal ou que le fait d'arracher des cheveux sur la tête d'une personne. De tels prélèvements sont considérablement plus envahissants et déshumanisants. On ne peut procéder à pareil prélèvement sur une personne sans, pour ce faire, exposer, toucher et manipuler ses organes génitaux — la région la plus intime de son corps — en présence d'autres personnes. Il est difficile d'imaginer intérêt plus personnel ou privé appartenant à une personne à l'égard de son corps. De plus, bien que l'objectif d'un prélèvement par écouvillonnage génital consiste à chercher la présence de résidus déposés sur les organes génitaux de l'individu qui y est soumis, l'un des effets d'une telle saisie est de mettre l'ADN de ce dernier entre les mains de l'État, qui, de ce fait, peut l'utiliser de façon indéterminée dans le futur.

Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que la loi soit appliquée efficacement, les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent favoriser des intérêts impérieux de l'État. L'agression sexuelle constitue une infraction très grave. Elle est notoirement difficile à prouver. Vérifier la présence de l'ADN de la victime sur les organes génitaux de l'accusé peut permettre d'obtenir des éléments de preuve matériels très probants. Cependant, les intérêts de l'État ne sont pas plus impérieux dans la présente affaire qu'ils ne l'étaient dans *Stillman*. De plus, tout comme dans cet arrêt, on ne saurait dire avec certitude en l'espèce s'il existe d'autres moyens légaux de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital. Sans trancher la question de façon définitive, on peut affirmer qu'il n'existe pas de mandat autorisant de façon évidente de tels prélèvements. L'absence de mandat permettant de procéder à de tels prélèvements ne signifie pas forcément

that a genital swab would represent. One indignity cannot justify another.

Balancing the competing individual and state interests, it is not reasonable to permit the police to take warrantless genital swabs under the common law power of search incident to arrest.

Recognizing that the traditional safeguards for the common law power are insufficient to protect the enhanced privacy interests at stake with genital swabs, the majority proposes a heightened threshold test for this specific search incident to arrest: the police must also have reasonable grounds to believe the genital swab will reveal and preserve evidence of an offence. Additional requirements for particular types of searches incident to arrest should be avoided. A specific threshold test is much less effective in safeguarding privacy than judicial pre-authorization. Moreover, defining the threshold requirements is a nuanced exercise which may be best left to Parliament.

In the exceptional circumstances of this case, the trial judge's decision to admit the evidence should be upheld. In considering the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the trial judge found that the officer who directed the swab did not appropriately consider the accused's *Charter* rights and the ambit of the police's power of search incident to arrest, but that there was no actual bad faith on the part of the police. Where the police act on a mistaken understanding of the law where the law is unsettled, their *Charter*-infringing conduct is less serious. The impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused was obviously serious, and weighs against admitting the evidence. There is no doubt that this was a very intrusive search that engaged the core of the accused's bodily privacy. Finally, society's interest in the adjudication of the case on its merits weighs in favour of admission. The DNA evidence was

que la common law peut favoriser les intérêts de l'État en autorisant les policiers à prélever ce type d'échantillon pour parer à la dégradation de la preuve qui surviendrait en attendant la délivrance d'un mandat. Enfin, on ne peut invoquer l'atteinte préoccupante à la dignité de la personne que constitue la détention dans une cellule sèche pour justifier l'atteinte plus grave à la dignité de la personne que représente un prélèvement par écouvillonnage génital. Une atteinte à la dignité ne saurait en justifier une autre.

Il ressort de la mise en balance des intérêts opposés de l'individu et de l'État qu'il n'est pas raisonnable d'autoriser les policiers à procéder sans mandat à des prélèvements par écouvillonnage génital en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law.

Reconnaissant que les garanties traditionnelles associées au pouvoir de common law ne sont pas suffisantes pour protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en jeu lors des prélèvements par écouvillonnage génital, les juges majoritaires proposent de resserrer le critère préliminaire applicable à ce type particulier de fouille accessoire à une arrestation : les policiers doivent également avoir des motifs raisonnables de croire qu'un tel prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction. Il vaut mieux éviter d'appliquer des exigences additionnelles à l'égard de types particuliers de fouilles accessoires à une arrestation. L'application d'un critère préliminaire spécifique protège beaucoup moins efficacement la vie privée qu'une procédure d'autorisation judiciaire préalable. De plus, la définition des exigences préliminaires applicables représente un exercice délicat, qu'il est préférable de laisser au législateur.

Vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, la décision de la juge du procès de permettre l'utilisation des éléments de preuve obtenus devrait être confirmée. Dans l'examen de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, la juge du procès a conclu que le policier qui avait ordonné le prélèvement n'avait pas dûment tenu compte des droits que garantit la *Charte* à l'accusé et de l'étendue des pouvoirs dont disposent les policiers en matière de fouille accessoire à l'arrestation, mais qu'il n'y avait pas eu véritablement mauvaise foi de leur part. Lorsque les policiers agissent sur la foi d'une interprétation erronée du droit applicable et que celui-ci est incertain, leur conduite attentatoire à la *Charte* est moins grave. L'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* était manifestement grave et milite contre l'utilisation de la preuve. Il n'y a aucun doute qu'il s'agissait d'une fouille très envahissante qui touchait à l'essence

reliable and probative. The evidence was very important in the Crown's case. The assault was particularly heinous and society has a keen interest in the adjudication of this case on its merits. Having regard to all the circumstances, on balance, the trial judge was justified in concluding that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

Per Abella J. (dissenting): The evidence should be excluded.

In determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, three factors are to be balanced under *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353: the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; the impact of the breach on *Charter*-protected interests of the accused; and the societal interest in adjudication on the merits. No factor is determinative or absolute.

The first factor engages its own continuum. The key is not so much whether the conduct fits within a compartment called “good faith” or “bad faith”, but whether the police reasonably believed they were respecting the *Charter*. As a police officer's disregard of *Charter* requirements becomes more deliberate or flagrant, his or her conduct approaches the “bad faith” end of the spectrum. The police did not make any inquiry to determine whether a swab would be probative. The accused had ample opportunity to wash away the evidence and it would have been impossible for the police to know whether the best source of DNA evidence was a genital swab. The police nonetheless chose the most invasive option. Restrictions on obtaining bodily samples as part of a search incident to arrest were already articulated by this Court and the police must be taken to have been aware of them. The police are required to get prior judicial authorization yet there was no explanation for why they took no steps towards obtaining either a general warrant or a telewarrant. There were no exigent circumstances. The only testimony demonstrating any concern about the need to preserve evidence was a vague statement by one officer. Most significantly, it is by no means clear that a warrant was even legally available. There is no statutory authority for a warrant in these circumstances. The police officers failed to establish reasonable and probable grounds that the evidence sought would still be present on the accused's genitals. They handcuffed him to a pipe against a wall and deprived him of access to water or bathroom facilities. He was instructed to expose the most private

même de l'intimité physique de l'accusé. Enfin, l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond milite en faveur de l'utilisation de la preuve. La preuve génétique était fiable et probante. Cette preuve revêtait une grande importance pour la thèse du ministère public. L'agression en cause était particulièrement odieuse et la société a un vif intérêt à ce que l'affaire soit jugée au fond. Tout bien considéré, eu égard à l'ensemble des circonstances, la juge du procès était justifiée de conclure que l'utilisation de la preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La juge Abella (dissidente) : La preuve devrait être écartée.

Pour décider si une preuve devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, trois facteurs doivent être soupesés conformément à l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 : la gravité de la conduite attentatoire de l'État; l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Aucun facteur n'est déterminant ou absolu.

Le premier facteur possède son propre continuum. Ce qui importe, ce n'est pas tant de savoir si le comportement entre dans la catégorie des actes accomplis de « bonne foi » ou de « mauvaise foi », mais plutôt de savoir si les policiers croyaient raisonnablement qu'ils respectaient la *Charte*. Plus le mépris des exigences de la *Charte* par un policier devient délibéré ou flagrant, plus sa conduite s'approche de l'extrémité du spectre correspondant aux comportements de « mauvaise foi ». Les policiers n'ont pas cherché à savoir si un prélèvement par écouvillonnage serait susceptible d'avoir une valeur probante. L'accusé a eu amplement le temps de supprimer la preuve en se lavant et il était impossible aux policiers de déterminer si un prélèvement par écouvillonnage génital était la source la plus susceptible de fournir une preuve génétique. Les policiers ont néanmoins choisi la solution la plus envahissante. Les restrictions applicables à l'obtention d'échantillons corporels dans le cadre d'une fouille accessoire à l'arrestation ont déjà été énoncées par la Cour, et il faut tenir pour acquis que les policiers les connaissaient. Ceux-ci doivent obtenir une autorisation judiciaire préalable, mais aucune explication n'a été donnée sur la raison pour laquelle ils n'ont fait aucune démarche pour que soit décerné un mandat général ou un télémandat. Il n'y avait pas de situation d'urgence. Le seul témoignage qui établissait que les policiers se souciaient de préserver des éléments de preuve était une vague déclaration faite par l'un d'eux. Facteur plus important encore, il est loin d'être évident qu'il était même légalement possible d'obtenir un mandat. Rien dans la loi ne confère le pouvoir de décerner un mandat dans

part of his body and swab it in front of two uniformed police officers. All of this occurred without consent and without prior judicial authorization. These circumstances fall at the opposite end of the “good faith” continuum.

The next *Grant* question is the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. This Court has found that the taking of hair, buccal and dental samples is the ultimate invasion of an individual’s privacy and that strip searches are inherently humiliating and degrading regardless of the manner in which they are carried out. The impact of the genital swab on the accused’s *Charter*-protected interests was therefore as profound as one can imagine. The invasion of dignity and bodily integrity does not depend on whether it is penetrative, painful or uncomfortable. A genital swab does not just require the individual to expose his or her genitals to state scrutiny, it asks that individual to violate his or her own bodily integrity by collecting potentially self-incriminatory evidence from the most private area of his or her body.

The third *Grant* factor is society’s interest in an adjudication on the merits. This factor is nuanced and multi-faceted. What is weighed is the seriousness of the offence, the reliability of the evidence and its importance to the Crown’s case. The seriousness of the offence can point both towards inclusion and exclusion of the evidence. What is of utmost importance is the long-term reputation of the justice system — the public has a vital interest in a justice system that is beyond reproach.

The reputation of the justice system weighs against admission of the evidence. The law is clear that judicial authorization is required to conduct invasive searches with a view to obtaining bodily samples. The police officers’ unjustified and unexplained avoidance of this requirement weighs against admissibility. So does their disregard for the likelihood that a warrant was not even

de telles circonstances. Les policiers n’ont pas établi qu’ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que les éléments de preuve recherchés se trouveraient toujours sur les organes génitaux de l’accusé. Ils l’ont menotté à un tuyau contre un mur et privé d’eau et d’accès à des toilettes. On lui a ordonné d’exposer la partie la plus intime de son corps et d’y faire un prélèvement par écouvillonnage devant deux policiers en uniforme. Tout cela a eu lieu sans consentement et sans autorisation judiciaire préalable. Les circonstances de la présente espèce se situent à l’autre extrémité du continuum de la « bonne foi ».

La question suivante sur laquelle il faut se pencher conformément à l’arrêt *Grant* concerne l’incidence de la violation sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte*. La Cour a conclu que le fait de prendre des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements buccaux et des empreintes dentaires constitue l’atteinte la plus grave à la vie privée d’une personne, et que les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, peu importe la manière dont elles sont effectuées. Par conséquent, on ne saurait imaginer d’impact plus profond sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte* que celui causé par un prélèvement par écouvillonnage génital. L’atteinte à la dignité et à l’intégrité physique ne dépend pas de la question de savoir si la fouille nécessite l’introduction de quoi que ce soit dans le corps, si elle est douloureuse ou si elle est inconfortable. Un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite pas seulement que la personne qui y est soumise expose ses organes génitaux aux autorités, mais aussi qu’elle viole sa propre intégrité physique en recueillant une preuve potentiellement auto-incriminante sur la partie de son corps la plus intime qui soit.

Le troisième facteur énoncé dans l’arrêt *Grant* est l’intérêt qu’a la société à ce que l’affaire soit jugée au fond. Il s’agit d’un facteur nuancé qui comporte de multiples facettes. Les éléments suivants sont soupesés : la gravité de l’infraction, la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public. La gravité de l’infraction peut jouer autant en faveur de l’inclusion de la preuve que de son exclusion. La considération dont jouit à long terme le système de justice est de la plus haute importance; le public a un intérêt vital à ce que le système de justice soit irréprochable.

La considération reconnue au système de justice milite contre l’utilisation de la preuve. Le droit est clair : une autorisation judiciaire est nécessaire pour pouvoir effectuer des fouilles envahissantes en vue d’obtenir des échantillons de substances corporelles. L’omission non justifiée et inexplicée des policiers de respecter cette exigence milite contre l’utilisation de la preuve, tout

available. The deliberate failure to consider a warrant in the absence of exigent circumstances is, at its best, careless; ignoring the legal possibility that under Canadian law the police were not even entitled to take a penile swab, is fatal.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361; *R. v. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL); *R. v. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146; *R. v. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL); *R. v. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581; *R. v. H.-G.*, 2005 QCCA 1160.

By Karakatsanis J.

Discussed: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Chuhaniuk*, 2010 BCCA 403, 292 B.C.A.C. 89; *R. v. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Dhillon*, 2012 BCCA 254, 93 C.R. (6th) 260; *R. v. Voong*, 2013 BCCA 527, 347 B.C.A.C. 278; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R.

comme le fait que ces derniers ont négligé de considérer qu'il puisse même ne pas être possible d'obtenir un mandat. L'omission délibérée d'envisager l'obtention d'un mandat vu l'absence de situation d'urgence constitue, au mieux, de l'insouciance; le fait d'avoir négligé la possibilité qu'en droit canadien les policiers n'étaient même pas autorisés à obtenir un prélèvement par écouvillonnage du pénis est fatal.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361; *R. c. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL); *R. c. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146; *R. c. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL); *R. c. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581; *R. c. H.-G.*, 2005 QCCA 1160.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt analysé : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Taylor*, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Chuhaniuk*, 2010 BCCA 403, 292 B.C.A.C. 89; *R. c. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Dhillon*, 2012 BCCA 254, 93 C.R. (6th) 260; *R. c. Voong*, 2013 BCCA 527, 347 B.C.A.C. 278; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S.

28; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis), S.C. 1995, c. 27, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 272(1)(c), 487.01, 487.05, 487.06(1).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, ss. 62(1), (10), 63, 65.

Authors Cited

Madden, Mike. “Marshalling the Data: An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant*” (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 229.
 Milne, Justin. “Exclusion of Evidence Trends post *Grant*: Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges?” (2015), 19 *Can. Crim. L.R.* 373.
 Paciocco, David M. “Section 24(2): Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning” (2011), 58 *C.L.Q.* 15.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
 Stewart, Hamish. “Section 24(2): Before and After *Grant*” (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 253.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Watson, McDonald and Bielby J.J.A.), 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219, 315 C.C.C. (3d) 127, 314 C.R.R. (2d) 338, [2014] 12 W.W.R. 291, [2014] A.J. No. 739 (QL), 2014 CarswellAlta 1181 (WL Can.), affirming the accused’s convictions for sexual assault causing bodily harm and sexual interference. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Peter J. Royal, Q.C., and *Conor Davis*, for the appellant.

Maureen J. McGuire and *Melanie Hayes-Richards*, for the respondent.

Melissa Adams and *Susan Magotiaux*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

David Lynass and *Greg Preston*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

28; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 151, 272(1)c), 487.01, 487.05, 487.06(1).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales), L.C. 1995, c. 27, art. 1.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, c. 60, art. 62(1), (10), 63, 65.

Doctrine et autres documents cités

Madden, Mike. « Marshalling the Data : An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 229.
 Milne, Justin. « Exclusion of Evidence Trends post *Grant* : Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges? » (2015), 19 *Rev. can. D.P.* 373.
 Paciocco, David M. « Section 24(2) : Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning » (2011), 58 *C.L.Q.* 15.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
 Stewart, Hamish. « Section 24(2) : Before and After *Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 253.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Watson, McDonald et Bielby), 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219, 315 C.C.C. (3d) 127, 314 C.R.R. (2d) 338, [2014] 12 W.W.R. 291, [2014] A.J. No. 739 (QL), 2014 CarswellAlta 1181 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité d’agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels prononcées contre l’accusé. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Peter J. Royal, c.r., et *Conor Davis*, pour l’appelant.

Maureen J. McGuire et *Melanie Hayes-Richards*, pour l’intimée.

Melissa Adams et *Susan Magotiaux*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

David Lynass et *Greg Preston*, pour l’intervenante l’Association canadienne des chefs de police.

Howard L. Krongold and Vanessa MacDonnell,
for the intervener the Criminal Lawyers' Association
(Ontario).

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

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] The common law power of search incident to arrest is an ancient and venerable power. For centuries, it has proved to be an invaluable tool in the hands of the police. Perhaps more than any other search power, it is used by the police on a daily basis to detect, prevent, and solve crimes. This case is no exception. By the same token, it is an extraordinary power. Searches incident to arrest are performed without prior judicial authorization, and they inevitably intrude on an individual's privacy interests. That, too, is the case here.

[2] The appellant, Ali Hassan Saeed, was convicted of sexual assault causing bodily harm and unlawful touching for a sexual purpose. At his trial, the Crown introduced evidence showing that the complainant's DNA was found on Mr. Saeed's penis within several hours of the assault. Police obtained this evidence through a warrantless penile swab, conducted at the police station following Mr. Saeed's arrest.

[3] Mr. Saeed objected to the admission of this evidence. He argued in the courts below, and now before us, that his right to be secure against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated because the police performed the penile swab without his consent or a warrant.

[4] At issue, once again, is the scope of the common law power of the police to search incident to

Howard L. Krongold et Vanessa MacDonnell,
pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association
(Ontario).

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

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation constitue un pouvoir ancien et vénérable. Depuis des siècles, il s'est avéré un outil d'une valeur inestimable pour les policiers, qui l'utilisent quotidiennement — peut-être plus que tout autre pouvoir de fouille — pour découvrir, prévenir et résoudre des crimes. La présente affaire ne fait pas exception. Par ailleurs, il s'agit d'un pouvoir extraordinaire. Les fouilles accessoires à une arrestation sont effectuées sans autorisation judiciaire préalable, et elles portent inévitablement atteinte à la vie privée d'un individu. C'est également le cas en l'espèce.

[2] L'appelant, Ali Hassan Saeed, a été déclaré coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels illégaux. Au procès, le ministère public a présenté des éléments de preuve démontrant la présence de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed dans les quelques heures ayant suivi l'agression. La police a obtenu cette preuve grâce à un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat au poste de police, à la suite de l'arrestation de M. Saeed.

[3] M. Saeed s'est opposé à l'admission de cette preuve. Devant les juridictions inférieures — ainsi que devant nous —, il a soutenu que son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé, parce que les policiers ont effectué le prélèvement en question sans son consentement et sans mandat.

[4] Cette affaire soulève donc, une fois de plus, l'étendue du pouvoir que la common law reconnaît

arrest. Courts have examined and re-examined this power as new investigative methods and types of evidence have presented themselves. But no matter the context, to be constitutional, searches incident to arrest must be reasonable.

[5] Reasonableness in this context involves striking a proper balance between an accused's privacy interests and valid law enforcement objectives. In some cases, an accused's privacy interests will be so high as to be almost inviolable. In those cases, the common law power of search incident to arrest must yield, and a search will be allowed only where the accused consents, or a warrant is obtained, or perhaps in exigent circumstances. In others, while the accused's privacy interests may be significant, they will not be so significant as to preclude the power of the police to search incident to arrest. In these cases, the existing general framework of the common law power of search incident to arrest must instead be tailored to ensure the search will be *Charter*-compliant.

[6] For reasons that follow, I am of the view that this case falls into the second category. To be precise, I am satisfied that while a penile swab constitutes a significant intrusion on the privacy interests of the accused, the police may nonetheless take a swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe that the search will reveal and preserve evidence of the offence for which the accused was arrested, and the swab is conducted in a reasonable manner.

[7] Applying those requirements to this case, I conclude that the police had reasonable grounds to conduct the swab and that in carrying it out, they took reasonable steps to respect Mr. Saeed's privacy.

aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Les tribunaux ont examiné et réexaminé ce pouvoir au fur et à mesure de l'apparition de nouvelles méthodes d'enquête et de nouveaux types de preuve. Mais indépendamment du contexte, pour être constitutionnelle, une fouille accessoire à une arrestation ne doit pas être abusive.

[5] Dans une telle situation, le caractère non abusif de la fouille dépend de l'existence d'un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts de l'accusé en matière de respect de sa vie privée et, d'autre part, les objectifs valables en matière d'application de la loi. Dans certains cas, les intérêts de l'accusé au respect de la vie privée seront si élevés qu'ils seront pratiquement inviolables. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit alors céder le pas à ces intérêts, et une fouille ne sera permise que dans les cas suivants : soit l'accusé y consent, soit un mandat est obtenu, soit peut-être en présence d'une situation d'urgence. Dans d'autres cas, bien qu'ils puissent être importants, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée ne seront pas élevés au point d'empêcher la police d'exercer son pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. En pareilles situations, le cadre général actuel du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit plutôt être adapté pour faire en sorte que la fouille soit effectuée conformément à la *Charte*.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la présente affaire entre dans la seconde catégorie de cas. Pour être plus précis, je suis convaincu que, bien que le prélèvement d'échantillons par écouvillonnage du pénis constitue une atteinte importante à la vie privée de l'accusé, il est néanmoins loisible aux policiers d'y procéder accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que cette fouille permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté, et si le prélèvement est effectué d'une manière non abusive.

[7] En appliquant ces exigences en l'espèce, je conclus que les policiers avaient des motifs raisonnables de procéder au prélèvement en cause et qu'ils l'ont fait en prenant des mesures raisonnables pour

It follows that Mr. Saeed's s. 8 *Charter* rights were not breached, and that the evidence of the complainant's DNA obtained from the swabbing was properly admitted. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[8] In the early morning hours of May 22, 2011, the complainant, age 15, and her friend S, age 14, attended a small party at an apartment building in the city of Edmonton. Another of the complainant's friends, a man called Skip, joined them. There were three men at the party other than Skip. One was introduced as Ali.

[9] The complainant and S drank alcohol at the party. At some point, the complainant became tired. She was very intoxicated. S and Skip helped her to a bedroom to sleep. Around 4:00 a.m., the complainant awoke and discovered that S and Skip had left the apartment. She then went outside to find S. When she reached the front yard of the building, she was viciously attacked, in full public view, by a man who pushed her to the ground, hit her multiple times, tore her clothes, called her names, and proceeded to sexually assault her.

[10] In the meantime, S and Skip returned to the apartment and found that the complainant — and Ali — were gone. S went outside to look for her friend and heard the complainant screaming. She saw her friend on the ground outside of the apartment with a man on top of her. The man's pants were pulled down and he had a knife in his hand. S recognized the man as Ali. She yelled for Skip to separate them. Skip pulled the man off the complainant.

[11] Skip drove the complainant and S to the group home where they both lived. The police were called and they arrived at the home around 5:00 a.m.

respecter la vie privée de M. Saeed. Il s'ensuit que les droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte* n'ont pas été violés, et que les éléments de preuve relatifs à la présence de l'ADN de la plaignante recueillis grâce au prélèvement ont été admis à bon droit. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

[8] Aux petites heures du matin, le 22 mai 2011, la plaignante, qui était âgée de 15 ans, et son amie S, âgée de 14 ans, ont participé à une petite fête dans un immeuble d'habitation situé à Edmonton. Skip, un ami de la plaignante, les accompagnait. À part ce dernier, trois autres hommes étaient présents. L'un d'entre eux a été présenté sous le nom d'Ali.

[9] La plaignante et S ont consommé de l'alcool au cours de la fête. À un certain moment, la plaignante s'est sentie fatiguée. Elle était très ivre. S et Skip l'ont aidée à se rendre jusqu'à une chambre pour qu'elle puisse dormir. Vers 4 h du matin, la plaignante s'est réveillée et a constaté que S et Skip avaient quitté l'appartement. Elle est alors sortie pour chercher S. En arrivant dans la cour d'entrée de l'immeuble, elle a été brutalement agressée à la vue de tous par un homme qui l'a projetée au sol, l'a frappée à maintes reprises, lui a arraché ses vêtements, l'a injuriée, et l'a agressée sexuellement.

[10] Pendant ce temps, S et Skip sont revenus à l'appartement et se sont rendu compte que la plaignante — et Ali — n'étaient plus là. S est sortie à la recherche de son amie et a entendu la plaignante crier. Elle l'a aperçue gisant au sol, à l'extérieur de l'appartement, avec un homme monté par-dessus elle. Le pantalon de l'homme était baissé et celui-ci avait un couteau à la main. S a reconnu l'homme : c'était Ali. Elle a crié pour que Skip les sépare. Ce dernier a enlevé l'homme qui se trouvait sur la plaignante.

[11] Skip a ramené en voiture la plaignante et S au foyer de groupe où elles habitaient toutes les deux. La police a été appelée et des agents sont arrivés au foyer vers 5 h du matin.

[12] The complainant was taken to the hospital. She had bruises, cuts, and scrapes all over her body, including her face. The examining nurse, who had special training with respect to sexual assault cases, noted tenderness in the complainant's outer vagina but no other injuries in the genital area.

[13] Constable Mitchell took S back to the apartment building to investigate. They arrived at around 5:44 a.m. S directed Constable Mitchell to the apartment where she and the others had been partying, and told him that the assailant's name was Ali.

[14] Constable Mitchell knocked on the apartment door. Mr. Saeed answered. When asked his name, he said it was Ali. Constable Mitchell arrested Mr. Saeed immediately and advised him of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. It was 6:05 a.m.

[15] Mr. Saeed was taken to the police station but mistakenly released sometime between 7:00 a.m. and 7:30 a.m. Constable Mitchell was still at the scene when an officer brought Mr. Saeed back to the apartment. Constable Mitchell re-arrested Mr. Saeed at 8:35 a.m. He once again advised Mr. Saeed of his s. 10(b) rights.

[16] Constable Mitchell returned to the police station with Mr. Saeed. They arrived at 8:50 a.m. Mr. Saeed was immediately permitted to speak to a lawyer. He took up the opportunity and finished the call at around 9:20 a.m.

[17] At some point that morning, the complainant disclosed to investigating officers that the sexual assault had involved penile penetration. This information was relayed to Detective Fermaniuk, who had a supervising role in the investigation. Based on this information and the proximity in time of the assault to the arrest, Detective Fermaniuk felt that there were reasonable grounds to believe the complainant's

[12] La plaignante a été conduite à l'hôpital. Elle avait des ecchymoses, des coupures et des éraflures sur tout le corps, y compris au visage. L'infirmière qui l'a examinée, et qui avait une formation spéciale en matière d'agressions sexuelles, a constaté la sensibilité de la partie extérieure du vagin, mais n'a relevé aucune autre lésion dans la région génitale.

[13] L'agent Mitchell a ramené S à l'immeuble d'habitation pour enquêter. Ils sont arrivés vers 5 h 44. S a conduit l'agent Mitchell jusqu'à l'appartement où elle et les autres personnes avaient fait la fête et elle lui a dit que le nom de l'agresseur était Ali.

[14] L'agent Mitchell a frappé à la porte de l'appartement. M. Saeed a répondu. Quand il s'est fait demander son nom, il a répondu Ali. L'agent Mitchell a procédé sur-le-champ à l'arrestation de M. Saeed et l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat conformément à l'al. 10b) de la *Charte*. Il était alors 6 h 05.

[15] M. Saeed a été conduit au poste de police, mais il a par erreur été remis en liberté à un certain moment entre 7 h et 7 h 30. L'agent Mitchell était encore sur les lieux lorsqu'un agent a ramené M. Saeed à l'appartement. L'agent Mitchell a arrêté de nouveau M. Saeed à 8 h 35. Il a encore une fois informé celui-ci des droits que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*.

[16] L'agent Mitchell est revenu au poste de police en compagnie de M. Saeed. Ils sont arrivés à 8 h 50. On a immédiatement permis à M. Saeed de parler à un avocat. Il s'est prévalu de cette possibilité et l'appel téléphonique s'est terminé vers 9 h 20.

[17] Au cours de la matinée, la plaignante a révélé aux enquêteurs qu'il y avait eu pénétration lors de l'agression sexuelle. Ces renseignements ont été transmis au détective Fermaniuk, qui agissait comme superviseur dans cette enquête. Compte tenu de ces renseignements et du peu de temps écoulé entre le moment de l'agression et celui de l'arrestation, le détective Fermaniuk a estimé qu'il

DNA would be found on Mr. Saeed's penis. Accordingly, he determined that a penile swab should be taken from Mr. Saeed to preserve this evidence.

[18] The penile swab could not be taken immediately after Mr. Saeed finished speaking to counsel because Constable Craddock, the officer responsible for collecting physical evidence, was not at the station. She was completing an interview with the complainant and photographing her injuries. In anticipation that a swab would be taken, at around 9:30 a.m., after Mr. Saeed had finished speaking to counsel, Detective Fermaniuk directed Constable Mitchell to place him in a dry cell, with no toilet or running water, to preserve the evidence. Mr. Saeed was handcuffed to the wall to prevent him from licking his hands or otherwise washing away evidence. Mr. Saeed was fully clothed.

[19] In his time on the force, Detective Fermaniuk had not personally been involved in taking a penile swab. He testified that he considered getting a warrant for the swab, but he did not follow up on this because in his view, the proposed swab was a valid search incident to arrest. He also testified that taking a swab was more respectful of Mr. Saeed, as applying for a warrant would have resulted in Mr. Saeed being handcuffed to a wall for several hours while the warrant was obtained. He did not consider getting a telewarrant.

[20] Constable Craddock returned to the station at around 10:00 a.m. Detective Fermaniuk requested a penile swab be performed, and Constable Craddock agreed that a swab was appropriate based on the allegation of penetration. Seizing DNA evidence such as a penile swab would ordinarily have been part of Constable Craddock's job. However, in view of her gender, Detective Fermaniuk directed Constable Mitchell to perform the penile swab. Constable

existait des motifs raisonnables de croire que l'on trouverait l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed. En conséquence, il a décidé qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis de M. Saeed devait être effectué pour préserver cette preuve.

[18] Le prélèvement en question n'a pas pu être effectué immédiatement après que M. Saeed eut fini de parler à son avocat, parce que l'agente Craddock, l'agente chargée de recueillir des éléments de preuve matériels, n'était pas présente au poste. Elle était en train d'interroger la plaignante et de photographier ses blessures. En vue du prélèvement par écouvillonnage du pénis, le détective Fermaniuk a, vers 9 h 30, après que M. Saeed eut fini de s'entretenir avec son avocat, ordonné à l'agent Mitchell de placer celui-ci dans une cellule sèche — c'est-à-dire une cellule sans toilettes ni eau courante — pour préserver la preuve. M. Saeed a été menotté au mur afin de l'empêcher de se lécher les mains ou d'éliminer autrement des éléments de preuve en se lavant. M. Saeed était entièrement vêtu.

[19] Depuis qu'il faisait partie du service de police, le détective Fermaniuk n'avait jamais participé personnellement à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. Dans son témoignage, il a expliqué qu'il avait envisagé la possibilité d'obtenir un mandat pour procéder au prélèvement proposé, mais qu'il n'avait pas donné suite à cette idée parce qu'il s'agissait, à son avis, d'une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Il a ajouté qu'en procédant au prélèvement, on avait agi de façon plus respectueuse envers M. Saeed, car, si une demande de mandat avait été présentée, ce dernier serait resté menotté au mur pendant plusieurs heures en attendant que le mandat soit obtenu. Il n'a pas envisagé la possibilité d'obtenir un télémandat.

[20] L'agente Craddock est revenue au poste vers 10 h. Le détective Fermaniuk a demandé qu'on procède à un prélèvement par écouvillonnage du pénis et celle-ci a convenu que cette mesure était appropriée compte tenu de l'allégation de pénétration. La saisie d'une preuve génétique tel un prélèvement par écouvillonnage du pénis aurait normalement fait partie du travail de l'agente Craddock, mais, vu le sexe de cette dernière, le détective Fermaniuk a

Craddock explained the procedure to Constable Mitchell.

[21] Mr. Saeed spent about 30 to 40 minutes in total handcuffed in the dry cell. At around 10:10 a.m., he was escorted from the cell to speak with an interpreter. Acting Detective Kachkowski informed Mr. Saeed of the possibility that the police might take DNA swabs from him and arranged for a phone call with the interpreter. During the call, Acting Detective Kachkowski repeated to Mr. Saeed the reason for his arrest and once again advised him of his s. 10(b) rights. Mr. Saeed indicated that he had already spoken to a lawyer, and that he understood that he was not required to make any statements.

[22] The call with the interpreter was used to prepare Mr. Saeed for the process of taking the swab. Constable Craddock explained the process of obtaining a swab to the interpreter, and had the interpreter repeat the process back to her to make sure that the interpreter understood. Mr. Saeed then spoke directly to the interpreter about the swabbing process. The interpreter informed Mr. Saeed how the swab would be taken, and that he could choose either to take the swab himself, or to have a male officer take it for him.

[23] Following the call with the interpreter, Mr. Saeed was escorted back to the dry cell, where Constable Craddock took pictures of him fully clothed. Several scratches on his face were apparent. She left the room.

[24] The swab took place at around 10:45 a.m. Constable Mitchell, Detective Fermaniuk, and Mr. Saeed were the only persons in the cell at the time. The cell had a small window, located towards the top of the door. During the swabbing process, the officers blocked the window with their bodies so that no one could look into the room. Constable Craddock stood outside the closed door.

ordonné à l'agent Mitchell de procéder au prélèvement. L'agente Craddock a expliqué la procédure à l'agent Mitchell.

[21] M. Saeed a passé en tout environ 30 à 40 minutes menotté dans la cellule sèche. Vers 10 h 10, on l'a sorti sous escorte de sa cellule pour qu'il puisse parler à un interprète. Le détective par intérim Kachkowski a expliqué à M. Saeed qu'il était possible que la police effectue sur lui des prélèvements d'ADN et a fait le nécessaire pour qu'il puisse parler à l'interprète au téléphone. Au cours de la conversation téléphonique, le détective par intérim Kachkowski a répété à M. Saeed la raison de son arrestation et l'a de nouveau informé des droits que lui garantit l'al. 10b). M. Saeed a répondu qu'il avait déjà parlé à un avocat et qu'il comprenait qu'il n'était pas tenu de faire de déclaration.

[22] On a profité de la conversation téléphonique avec l'interprète pour renseigner M. Saeed sur la procédure de prélèvement. L'agente Craddock a d'abord expliqué à l'interprète le processus d'obtention du prélèvement, puis lui a demandé de le lui répéter pour s'assurer qu'il avait bien compris. M. Saeed a ensuite parlé directement à l'interprète au sujet du processus en question. L'interprète a informé M. Saeed de la manière dont le prélèvement serait effectué, lui expliquant qu'il avait le choix de le faire lui-même ou de demander à un agent de sexe masculin de le faire pour lui.

[23] À la suite de sa conversation téléphonique avec l'interprète, M. Saeed a été reconduit sous escorte à la cellule sèche, où l'agente Craddock a pris des photos de lui entièrement vêtu. Il avait plusieurs égratignures évidentes au visage. Elle a quitté la pièce.

[24] Le prélèvement a eu lieu vers 10 h 45. L'agent Mitchell, le détective Fermaniuk et M. Saeed étaient les seules personnes présentes dans la cellule à ce moment-là. La cellule était munie d'une petite fenêtre située dans le haut de la porte. Lors du prélèvement, les agents se sont placés de telle sorte que personne ne puisse voir dans la pièce par la fenêtre. L'agente Craddock se tenait à l'extérieur de la porte, laquelle était fermée.

[25] The procedure took at most two minutes. Mr. Saeed was fully clothed, but pulled his pants down in order to take the swab. Constable Mitchell handed Mr. Saeed a swab with a cotton tip and a four to five inch-long handle. Under Constable Mitchell's direction, Mr. Saeed wiped the cotton tip of the swab along the length of his penis and around the head before returning the swab to Constable Mitchell. The swab came into contact only with the skin on the outside of Mr. Saeed's body. Mr. Saeed then pulled up his pants. Constable Mitchell returned the swab to Constable Craddock, who sealed it in order to preserve the evidence.

[26] The swab was tested. It revealed the complainant's DNA on Mr. Saeed's penis.

[27] At trial, the central issue was the identity of the complainant's assailant. The main evidence implicating Mr. Saeed came from the testimony of the complainant and S, and the DNA evidence from the penile swab. The complainant testified to the assault, but in cross-examination, she recanted her identification of Mr. Saeed. S maintained her identification of Mr. Saeed, but her identification was far from ironclad. She was intoxicated when she witnessed the sexual assault, did not know Mr. Saeed well, and identified him for the first time to police only when she saw Constable Mitchell leading him from the apartment building.

[28] As indicated, Mr. Saeed challenged the admissibility of the evidence of the complainant's DNA obtained from the penile swab. The Crown called Kenneth Hunter, a forensic specialist, to provide expert opinion evidence. Mr. Hunter testified that he would expect to find the complainant's vaginal DNA on the accused's penis for a period of time after a sexual assault involving penile penetration, if no condom was used. He further stated that urination by the accused, humidity, warmth, sweat, and the natural bacteria present on the accused's

[25] L'intervention a duré tout au plus deux minutes. M. Saeed était entièrement vêtu, mais il a baissé son pantalon pour effectuer le prélèvement. L'agent Mitchell lui a remis l'écouvillon, c'est-à-dire une tige de quatre à cinq pouces de longueur munie d'une boule de coton à une extrémité. Conformément aux directives de l'agent Mitchell, M. Saeed a passé la boule de coton sur toute la longueur de son pénis et autour du gland avant de rendre l'écouvillon à l'agent Mitchell. L'écouvillon n'est entré en contact qu'avec la peau située à l'extérieur du corps de M. Saeed. Ce dernier a ensuite remonté son pantalon. L'agent Mitchell a remis l'écouvillon à l'agente Craddock, qui l'a scellé pour préserver la preuve ainsi recueillie.

[26] Le prélèvement a été analysé. Cette analyse a révélé la présence de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed.

[27] Au procès, la question centrale était l'identité de l'agresseur de la plaignante. Les principaux éléments de preuve impliquant M. Saeed provenaient du témoignage de la plaignante et de S, ainsi que de la preuve génétique obtenue à la suite du prélèvement par écouvillonnage du pénis. La plaignante a témoigné au sujet de l'agression, mais, en contre-interrogatoire, elle est revenue sur son identification de M. Saeed. S a continué de maintenir que c'était M. Saeed, mais son identification était loin d'être à toute épreuve. Elle était ivre lorsqu'elle a été témoin de l'agression sexuelle, elle ne connaissait pas bien M. Saeed et elle ne l'a identifié pour la première fois aux policiers que lorsqu'elle a vu l'agent Mitchell l'emmener hors de l'immeuble d'habitation.

[28] Comme nous l'avons vu, M. Saeed a contesté l'admissibilité des éléments de preuve de l'ADN de la plaignante ayant été recueillis grâce au prélèvement par écouvillonnage du pénis. Le ministère public a fait témoigner M. Kenneth Hunter, un spécialiste en criminalistique, pour qu'il donne son opinion à titre d'expert. M. Hunter a affirmé qu'on peut s'attendre à trouver l'ADN vaginal d'une plaignante sur le pénis d'un accusé pendant un certain temps après une agression sexuelle au cours de laquelle il y a eu pénétration, si aucun condom n'a été utilisé.

skin could all cause this type of DNA evidence to degrade. An accused could also wash off or wipe away the DNA evidence.

[29] Mr. Hunter could not state definitively the time frame within which a swab must be taken, due to the many factors that affect how long a complainant's DNA will remain on the accused's penis — including whether the accused chooses to destroy the evidence. Mr. Hunter referred to a study on DNA transfer conducted on consenting couples who were not permitted to wipe or wash after intercourse. The study found that DNA degradation began five hours after intercourse for some couples, but for others, degradation did not begin until twenty-four hours after intercourse. However, because of the likelihood that an accused will urinate, wash, or wipe away the evidence, Mr. Hunter testified that a swab should be taken as soon as possible. Mr. Saeed did not give evidence on the s. 8 application.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench — Sulyma J.*

[30] The trial judge ruled that the penile swab violated Mr. Saeed's s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure. She concluded that exigent circumstances are required to justify conducting a warrantless penile swab. Exigent circumstances — namely, the imminent loss of evidence — did not exist in this case. However, the trial judge noted that based on the factors governing the reasonableness of strip searches set out in *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, the police conducted the swab in a reasonable manner.

Il a ajouté qu'une miction de l'accusé, l'humidité, la chaleur, la sueur et la présence de bactéries naturelles sur la peau de l'accusé sont toutes des facteurs susceptibles de provoquer la dégradation de ce type de preuve génétique. Il est également possible que l'accusé supprime la preuve génétique en se lavant ou en s'essuyant.

[29] M. Hunter ne pouvait affirmer avec certitude dans quel délai ce prélèvement devrait être effectué vu les nombreux facteurs ayant une incidence sur la période pendant laquelle l'ADN de la plaignante demeure sur le pénis de l'accusé, notamment lorsque l'accusé décide de détruire la preuve. M. Hunter a cité une étude sur le transfert d'ADN réalisée à l'égard de couples consentants à qui on n'avait pas permis de s'essuyer ou de se laver après avoir eu des rapports sexuels. Les résultats ont révélé que la dégradation de l'ADN commençait cinq heures après les rapports sexuels pour certains couples, mais que, pour d'autres, elle ne commençait que vingt-quatre heures après les relations sexuelles. Toutefois, étant donné la probabilité que l'accusé urine, ou encore élimine les éléments de preuve en se lavant ou en s'essuyant, M. Hunter a expliqué que le prélèvement devrait être effectué dès que possible. M. Saeed n'a pas témoigné au sujet de la demande fondée sur l'art. 8.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la juge Sulyma)*

[30] La juge du procès a statué que le prélèvement par écouvillonnage du pénis violait le droit de M. Saeed à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Sans mandat, ce type de prélèvement ne pouvait, selon elle, être justifié que dans des situations d'urgence. Aucune situation d'urgence — en l'occurrence, le risque imminent de perte d'éléments de preuve — n'existait en l'espèce. Cependant, la juge du procès a souligné que, compte tenu des facteurs régissant le caractère raisonnable des fouilles à nu énoncés dans l'arrêt *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, les policiers avaient procédé au prélèvement de manière non abusive.

[31] The trial judge admitted the evidence from the penile swab under s. 24(2) of the *Charter*, having regard to the factors set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. She found that there was no bad faith on the part of the police.

[32] Mr. Saeed did not testify at trial. On the evidence before her, the trial judge convicted him of sexual assault causing bodily harm under s. 272(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and unlawful touching for a sexual purpose under s. 151 of the *Criminal Code*. In convicting Mr. Saeed, the trial judge relied on S's identification and the DNA evidence. Mr. Saeed appealed his convictions.

B. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219 — Watson, McDonald and Bielby J.J.A.*

[33] The Alberta Court of Appeal unanimously dismissed the appeal. The court divided on whether the taking of the swab violated Mr. Saeed's s. 8 rights, but agreed that the DNA evidence was properly admitted at trial.

[34] For the majority, Watson and Bielby J.J.A. held that taking the swab violated Mr. Saeed's rights under s. 8. In their view, the seizure of bodily material that may infringe upon a person's dignity was governed by this Court's decision in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. And because a penile swab infringes on a person's dignity, absent Mr. Saeed's consent, the police were required under *Stillman* to obtain a warrant for the swab. There were no exigent circumstances in this case that would justify bypassing the warrant requirement.

[35] Justice McDonald, concurring in the result, held that Mr. Saeed's s. 8 rights were not violated because the swab was a valid search incident to arrest.

[31] Eu égard aux facteurs énoncés dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la juge du procès a permis l'utilisation de la preuve provenant du prélèvement par écouvillonnage du pénis en application du par. 24(2) de la *Charte*. Elle a conclu à l'absence de mauvaise foi de la part des policiers.

[32] M. Saeed n'a pas témoigné au procès. Au regard de la preuve qui lui avait été soumise, la juge du procès l'a déclaré coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles, infraction prévue à l'al. 272(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et de contacts sexuels illégaux, infraction visée à l'art. 151 du *Code criminel*. Pour conclure à la culpabilité de M. Saeed, elle s'est appuyée sur l'identification de ce dernier par S et sur la preuve génétique. M. Saeed a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité.

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219 (les juges Watson, McDonald et Bielby)*

[33] La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel à l'unanimité. La cour était divisée sur la question de savoir si le prélèvement effectué sur M. Saeed avait violé les droits que lui garantit l'art. 8, mais elle a reconnu que la preuve génétique avait été admise à bon droit au procès.

[34] S'exprimant au nom de la majorité, les juges Watson et Bielby ont conclu que le prélèvement contrevenait aux droits que l'art. 8 confère à M. Saeed. Selon eux, les saisies de substances corporelles susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne sont régies par l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Et, comme un prélèvement par écouvillonnage du pénis porte atteinte à la dignité de la personne, à défaut de consentement de la part de M. Saeed, les policiers étaient tenus, suivant cet arrêt, d'obtenir un mandat pour pouvoir y procéder. Il n'y avait en l'espèce aucune situation d'urgence permettant d'écarter l'obligation d'obtenir un mandat.

[35] Souscrivant au résultat, le juge McDonald a estimé pour sa part que les droits que l'art. 8 garantit à M. Saeed n'avaient pas été violés, car le

He distinguished *Stillman*, holding that it applies only to samples of an accused's own bodily substances. In his view, the search here was effectively a strip search and was therefore governed by the requirements in *Golden*. The police met these requirements.

IV. Analysis

[36] To be reasonable and therefore consistent with s. 8 of the *Charter*, a search must meet three requirements: (1) the search must be authorized by law; (2) the authorizing law must be reasonable; and (3) the search must be conducted reasonably (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10). The Crown relies on the common law power of search incident to arrest as the authorizing law.

[37] The existing general framework for a valid search incident to arrest purports to authorize a broad range of searches. It requires only that (1) the individual searched has been lawfully arrested; (2) the search is truly incidental to the arrest in the sense that it is for a valid law enforcement purpose related to the reasons for the arrest; and (3) the search is conducted reasonably (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at para. 27).

[38] Despite this broadly framed power, in some contexts, the accused's privacy interests are so high that the police are precluded from relying on the power of search incident to arrest, because if the common law authorized such a search, it would not be reasonable and therefore not consistent with the *Charter*. In others, while the police may rely on the power of search incident to arrest, the power must be tailored to ensure that the accused's heightened privacy interests receive adequate protection. In other words, in these contexts, the common law power of search incident to arrest must be modified to permit

prélèvement en cause constituait une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Il a fait une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Stillman*, concluant que cette dernière ne s'appliquait qu'aux échantillons de substances corporelles de l'accusé lui-même. À son avis, la fouille effectuée en l'espèce constituait effectivement une fouille à nu et était donc assujettie aux exigences de l'arrêt *Golden*, lesquelles avaient été respectées par les policiers.

IV. Analyse

[36] Pour ne pas être abusive et, par conséquent, être conforme à l'art. 8 de la *Charte*, une fouille doit respecter trois exigences : (1) la fouille doit être autorisée par la loi, (2) la loi l'autorisant doit n'avoir rien d'abusif et (3) la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10). Le ministère public invoque, à titre de règle de droit autorisant le prélèvement effectué en l'espèce, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation.

[37] Le cadre général actuel permettant de procéder à une fouille valide accessoirement à une arrestation vise à autoriser un vaste éventail de fouilles. Il exige uniquement (1) que la personne soumise à la fouille ait été légalement arrêtée, (2) que la fouille soit véritablement accessoire à l'arrestation, c'est-à-dire qu'elle vise un objectif d'application de la loi valable, lié aux motifs de l'arrestation, et (3) que la fouille ne soit pas abusive (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 27).

[38] Malgré ce pouvoir défini en termes larges, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée sont, dans certains contextes, si élevés que les policiers ne peuvent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, car, si une telle fouille était autorisée par la common law, elle serait abusive et, partant, non conforme à la *Charte*. Dans d'autres cas, bien que les policiers puissent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, ce pouvoir doit être adapté de façon que les intérêts élevés de l'accusé au respect de sa vie privée bénéficient d'une protection adéquate. En

only reasonable searches — that is, searches that are *Charter*-compliant.

[39] Although Mr. Saeed has challenged the manner in which this search was conducted, the main issue on this appeal is whether the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest to take the penile swab, given the particular privacy interests at stake here. There is no real dispute that the police met the existing requirements of the general framework for a search incident to arrest. Mr. Saeed was validly arrested and the police had a legitimate law enforcement purpose related to his arrest for performing the search.

[40] The Crown submits that the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest, with some modifications, to take the penile swab. The Crown points to this Court's decision in *Golden*. In *Golden*, this Court modified the common law power of search incident to arrest in respect of strip searches, to ensure it conformed to the *Charter*. Specifically, *Golden* stated that the police must have reasonable grounds to believe the strip search is necessary in the particular circumstances and follow certain restrictive guidelines in carrying out the search (paras. 98-99 and 101). The Crown maintains that similar modifications for penile swabs will bring the existing general common law framework in line with the *Charter*.

[41] Mr. Saeed accepts the law as set out in *Golden*, but submits that it does not apply here. He says that the question of whether the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest can instead be resolved by a straightforward

d'autres mots, dans ce type de contextes, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être modifié de façon à permettre uniquement les fouilles non abusives — c'est-à-dire les fouilles qui sont conformes à la *Charte*.

[39] Bien que M. Saeed conteste la façon dont la fouille a été effectuée en l'espèce, la principale question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si les policiers avaient le droit d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis, eu égard aux intérêts particuliers en matière de vie privée qui sont en jeu dans le cas qui nous occupe. Personne ne prétend vraiment que les policiers n'ont pas respecté les exigences actuelles du cadre général permettant de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. L'arrestation de M. Saeed était valide et la fouille effectuée par les policiers visait à réaliser un objectif légitime d'application de la loi lié à cette arrestation.

[40] Le ministère public soutient que les policiers avaient, sous réserve de quelques modifications, le droit d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis. Il invoque à cet égard l'arrêt *Golden*, où la Cour a modifié le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation dans le cas des fouilles à nu pour faire en sorte que celui-ci soit conforme à la *Charte*. Plus particulièrement, elle a déclaré que les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire que la fouille à nu est nécessaire dans les circonstances particulières en cause et qu'ils doivent respecter certaines lignes directrices restrictives lorsqu'ils procèdent à celle-ci (par. 98-99 et 101). Le ministère public affirme que des modifications semblables à l'égard des prélèvements par écouvillonnage du pénis permettront d'harmoniser le cadre général actuel de la common law avec la *Charte*.

[41] M. Saeed accepte la règle de droit énoncée dans *Golden*, mais il soutient qu'elle ne s'applique pas en l'espèce. Il affirme plutôt que la simple application de l'arrêt *Stillman* permet de répondre à la question de savoir si les policiers avaient le droit

application of this Court's decision in *Stillman*. In that case, the Court held that the common law power of search incident to arrest cannot reasonably authorize the police to seize the accused's bodily samples and certain impressions, such as dental impressions. Instead, the police must have either consent or a warrant. Mr. Saeed says that a penile swab is a seizure of a bodily sample, and therefore, as the police had neither his consent nor a warrant, they were not entitled to take the swab.

[42] With respect, I disagree with Mr. Saeed's submission. In particular, I reject his argument that this case can be decided on a straightforward application of *Stillman*. But that is not the end of the matter. An accused's privacy interests are invariably implicated by a penile swab. While I would reject Mr. Saeed's argument that the privacy interests are so high as to require the police to obtain either consent or a warrant, I agree that the common law power of search incident to arrest must be tailored to protect the enhanced privacy interests involved. In my view, the police may take a penile swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe the swab will reveal and preserve evidence of the offence, and if the search is carried out in accordance with guidelines that are designed to respect the accused's privacy interests and interfere with them as little as possible.

A. *Stillman Does Not Apply*

[43] As indicated, Mr. Saeed submits that a penile swab falls within the scope of *Stillman*. I disagree.

d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Dans cette affaire, la Cour a affirmé que ce pouvoir de common law ne peut raisonnablement autoriser les policiers à saisir des échantillons corporels et certaines empreintes de l'accusé, comme des empreintes dentaires. Les policiers doivent plutôt avoir obtenu soit le consentement de ce dernier, soit un mandat. M. Saeed affirme qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis constitue une saisie d'un échantillon corporel et que, comme les policiers n'avaient obtenu ni son consentement ni mandat, ils n'avaient pas le droit d'effectuer celui-ci.

[42] Avec égards, je ne peux retenir la prétention de M. Saeed. De façon plus particulière, je rejette son argument selon lequel la présente affaire peut être tranchée par une simple application de l'arrêt *Stillman*. Mais cela ne clôt pas le débat. Un prélèvement effectué par écouvillonnage du pénis a inmanquablement une incidence sur les intérêts de l'accusé concerné au respect de sa vie privée. Bien que je rejette l'argument de M. Saeed selon lequel ces intérêts sont tellement élevés dans un tel cas que les policiers doivent obtenir le consentement de l'accusé ou un mandat, je reconnais que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être adapté de façon à protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en cause. À mon avis, les policiers peuvent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que ce prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve relative à l'infraction, et si cette fouille est effectuée conformément à des lignes directrices conçues pour assurer le respect des intérêts de l'accusé en matière de vie privée et faire en sorte que l'on porte le moins possible atteinte à ceux-ci.

A. *L'arrêt Stillman ne s'applique pas*

[43] Comme nous l'avons vu, M. Saeed soutient que le prélèvement par écouvillonnage du pénis relève du champ d'application de l'arrêt *Stillman*. Je ne suis pas de cet avis.

[44] Three factors played a significant role in the Court's decision in *Stillman* that the police must have consent or a warrant to seize the accused's bodily samples and certain impressions. First, seizing samples of *the accused's own body* to obtain information about him without his consent intrudes on an accused's privacy and dignity in a very significant way (*Stillman*, at para. 42, quoting with approval *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32). Second, forcefully removing the accused's hair and taking his dental impressions — a two-hour long procedure which involved inserting instruments and substances into the accused's mouth — was highly intrusive (*Stillman*, at paras. 44 and 46). Third, the accused's DNA or bodily impressions do not change, degrade, or disappear over time (*Stillman*, at para. 49). In other words, the accused has a significant privacy interest in his own bodily samples, the methods for taking these samples and impressions are invasive, and there is no reason the police need to rush to seize this evidence.

[45] The same cannot be said of a penile swab. First, a penile swab is not designed to seize the accused's own bodily materials but rather, the complainant's. The privacy interest accused persons have in their own samples and impressions stems, in part, from the fact that these samples and impressions are part of their bodies and can reveal personal information about them. The complainant's DNA is not part of the accused's body, and does not reveal anything about him.

[46] In *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, this was the very reason upon which the Court distinguished *Stillman*. In that case, the Court considered the power of customs officers to conduct a "bedpan vigil" and seize drugs from an accused's expelled faecal matter. Justice Iacobucci, writing for the Court, concluded that the accused's privacy interest in his own bodily fluids did not extend to the drugs contained in his

[44] Trois facteurs ont joué un rôle important dans l'arrêt *Stillman*, où la Cour a conclu que les policiers doivent avoir obtenu le consentement de l'accusé ou un mandat pour saisir des échantillons corporels et certaines empreintes de ce dernier. Premièrement, la saisie d'échantillons du *propre corps de l'accusé*, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, représente une atteinte très importante à la vie privée et à la dignité de l'accusé (*Stillman*, par. 42, citant avec approbation *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432). Deuxièmement, le prélèvement de force de cheveux et de poils de l'accusé, et la prise de ses empreintes dentaires — une procédure d'une durée de deux heures où il faut introduire des instruments et des substances dans la bouche de l'accusé —, constituent des actes très envahissants (*Stillman*, par. 44 et 46). Troisièmement, l'ADN ou les empreintes corporelles de l'accusé ne risquent pas de changer, de se dégrader ou de disparaître avec le temps (*Stillman*, par. 49). En d'autres mots, l'accusé a un intérêt important en matière de respect de sa vie privée en ce qui concerne ses propres échantillons corporels, les méthodes de prélèvement de ces échantillons et empreintes sont envahissantes ou attentatoires, et il n'y a aucune raison pour laquelle les policiers doivent se hâter pour recueillir ces éléments de preuve.

[45] Il en va autrement du prélèvement par écouvillonnage du pénis. Premièrement, ce prélèvement ne vise pas à saisir les substances corporelles de l'accusé, mais plutôt celles du plaignant. L'intérêt en matière de respect de la vie privée de l'accusé à l'égard de ses propres échantillons corporels et empreintes découle en partie du fait que ces échantillons et empreintes font partie de son corps et peuvent révéler des renseignements personnels à son sujet. L'ADN du plaignant ne fait pas partie du corps de l'accusé et ne révèle rien au sujet de celui-ci.

[46] C'est la raison même pour laquelle la Cour a établi une distinction d'avec l'affaire *Stillman* dans *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652. Dans cet arrêt, la Cour s'est penchée sur le pouvoir des agents des douanes d'effectuer une « veille au haricot » et de saisir la drogue qui se trouvait dans les matières fécales excrétées par l'accusé. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que l'intérêt de l'accusé

bodily waste, as the drugs sought were not “bodily samples containing personal information relating to the [accused]” (para. 44; see also para. 45).

[47] The same principle applies here. The evidence sought is not personal information relating to the accused. Accordingly, accused persons do not have a significant privacy interest in the complainant’s DNA, any more than they have a significant privacy interest in drugs that have passed through their digestive system.

[48] That said, I accept as a practical reality that swabs are likely to contain bodily substances of the accused from which his DNA could be obtained. But the fact that the evidence sought is the complainant’s DNA, and not information about the accused, changes the context. Unlike the situation in *Stillman*, taking a penile swab raises only a risk that an accused’s privacy interest in the information contained in his bodily substances will be intruded upon. And, as I shall explain, this risk is manageable. Put simply, if an accused’s DNA is obtained through a penile swab and the swab was taken without a warrant authorizing such seizure, or the accused’s consent, the accused’s DNA cannot be used for any purpose.

[49] Second, a penile swab is in some ways less invasive than a two-hour long process for taking dental impressions and forcefully removing hair from an accused’s body. As a general rule, it will be quick and painless. It is not penetrative. No objects or substances are placed inside the accused. Nor does the swab involve “the forcible taking of parts of a person” (*Stillman*, at para. 41, quoting with approval *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361 (C.A.), at p. 379). While the accused is required to expose a

au respect de la vie privée en ce qui concerne ses propres liquides organiques ne s’étendait pas à la drogue contenue dans ses excréments, car la drogue recherchée ne constituait pas des « échantillons de substances corporelles contenant des renseignements personnels concernant l’[accusé] » (par. 44; voir aussi le par. 45).

[47] Le même principe s’applique en l’espèce. Les éléments de preuve recherchés ne sont pas des renseignements personnels concernant l’accusé. En conséquence, les accusés n’ont pas un intérêt important au respect de leur vie privée à l’égard de l’ADN des plaignants, pas plus qu’ils ne possèdent un intérêt important au respect de leur vie privée en ce qui concerne les drogues ayant traversé leur système digestif.

[48] Cela dit, je reconnais qu’en pratique, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est susceptible de contenir des substances corporelles de l’accusé, substances à partir desquelles son ADN pourrait être obtenu. Toutefois, le fait que les éléments de preuve recherchés soient des échantillons de l’ADN du plaignant, et non des renseignements sur l’accusé, modifie le contexte. Contrairement à la situation dans *Stillman*, le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne crée qu’un risque d’atteinte aux intérêts de l’accusé au respect de sa vie privée en ce qui concerne les renseignements contenus dans ses substances corporelles. Et, comme je l’expliquerai plus loin, ce risque est gérable. Autrement dit, si l’ADN de l’accusé est obtenu au moyen d’un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat autorisant une telle saisie, ou sans le consentement de l’accusé, l’ADN de ce dernier ne peut être utilisé à quelque fin que ce soit.

[49] Deuxièmement, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est à certains égards moins envahissant que la prise d’empreintes dentaires — un processus d’une durée de deux heures —, et que le prélèvement de force de cheveux et de poils de l’accusé. Un tel prélèvement est, en règle générale, rapide et indolore. Il se fait sans introduction de quoi que ce soit dans le corps. En effet, aucun objet ni aucune substance ne sont introduits dans le corps de l’accusé. Il ne s’agit pas non plus d’un [TRADUCTION]

private area of his body to conduct the swab, the procedure for taking the swab is not invasive.

[50] Third, unlike with the accused’s bodily materials or impressions, evidence of the complainant’s DNA degrades over time. The accused can also destroy this evidence, whether intentionally or accidentally. It cannot be said that this evidence is in “no danger of disappearing” or that there is “simply no possibility of the evidence sought being destroyed if it [is] not seized immediately” (*Stillman*, at para. 49).

[51] In sum, the issue in this case cannot be resolved by a straightforward application of *Stillman*. A penile swab implicates different privacy interests and law enforcement objectives than seizures of an accused’s bodily samples and certain impressions.

B. *The Police Can Rely on the Power of Search Incident to Arrest*

[52] Even though *Stillman* does not apply, the question remains: Are an accused’s privacy interests in this context so high as to require consent, a warrant, or exigent circumstances, or can the police rely on the common law power of search incident to arrest in taking a penile swab?

[53] The principles and policy considerations which this Court has identified in *Fearon*, *Golden*, and *Stillman* provide the framework needed to resolve this question. In short, our task is to weigh the privacy interests and law enforcement objectives involved and “delineate the scope of the common law

« prélèvement de parties du corps d’une personne, effectué de force » (*Stillman*, par. 41, citant avec approbation *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361 (C.A.), p. 379). Bien que l’accusé soit tenu d’exposer une partie intime de son corps aux fins du prélèvement, la procédure employée pour effectuer celui-ci n’est pas envahissante.

[50] Troisièmement, contrairement aux substances corporelles ou aux empreintes de l’accusé, la preuve démontrant la présence de l’ADN du plaignant se dégrade avec le temps. L’accusé peut également détruire cette preuve, que ce soit de manière intentionnelle ou accidentelle. On ne saurait affirmer que cette preuve « ne [risque] pas [. . .] de disparaître » ou qu’il n’y a « simplement aucune possibilité que les éléments de preuve recherchés soient détruits s’ils [ne sont] pas saisis immédiatement » (*Stillman*, par. 49).

[51] En résumé, la question litigieuse en l’espèce ne peut être tranchée par une simple application de l’arrêt *Stillman*. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis met en cause des intérêts en matière de vie privée et des objectifs d’application de la loi qui diffèrent de ceux qui sont en jeu dans les saisies d’échantillons corporels et de certaines empreintes de l’accusé.

B. *Les policiers peuvent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation*

[52] Même si l’arrêt *Stillman* ne s’applique pas, la question demeure : les intérêts de l’accusé en matière de respect de sa vie privée en l’espèce sont-ils élevés au point d’exiger son consentement, un mandat ou l’existence d’une situation d’urgence, ou les policiers peuvent-ils invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation lorsqu’ils prélèvent des échantillons par écouvillonnage du pénis?

[53] Les principes et les considérations de politique générale que la Cour a dégagés dans les arrêts *Fearon*, *Golden* et *Stillman* établissent le cadre nécessaire pour trancher cette question. En bref, notre tâche consiste à soupeser les intérêts en matière de respect de la vie privée et les objectifs d’application

power . . . in a way that is consistent with the *Charter* right to be protected against unreasonable search and seizure” (*Golden*, at para. 87). This Court has, in *Fearon*, and in “both *Stillman* and *Golden*, . . . modified the common law power in relation to particularly invasive types of searches in order to make that power consistent with s. 8 of the *Charter*” (para. 44). With respect, these authorities do not bear out Karakatsanis J.’s statement that the common law power can only be tailored to comply with the *Charter* “in the rarest of cases” (para. 118).

[54] There can be no doubt that requiring an individual to expose and swab his genitals is an intrusion on an accused’s privacy. Much like a strip search, a penile swab has the potential to be a “humiliating, degrading and traumatic experience” for the accused (*Golden*, at para. 83). A penile swab may be all the more humiliating because it requires more than a mere visual inspection of the accused’s genitals.

[55] But that is not the end of the story. Swabbing itself is not inherently invasive. It can be conducted in a matter of minutes. It is not penetrative. The cotton swab touches only the accused’s outer skin. It does not cause pain or physical discomfort. It does not pose any risk to the accused’s health. And the evidence sought — the complainant’s DNA — does not implicate any particular privacy interest of the accused. The DNA sought belongs to someone else.

[56] In short, this search is a significant intrusion on the accused’s privacy because of the body part searched. If the same search was conducted elsewhere on the accused’s body — the back of his hands, for example — there could be no suggestion that the swab was a “humiliating, degrading and traumatic experience”.

de la loi en cause, et à « délimiter l’étendue du pouvoir de common law [. . .] sans porter atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la *Charte* » (*Golden*, par. 87). La Cour a, dans l’arrêt *Fearon*, ainsi que dans « les arrêts *Stillman* et *Golden*, [. . .] modifié le pouvoir de common law relativement à des fouilles particulièrement attentatoires afin de rendre ce pouvoir conforme à l’art. 8 de la *Charte* » (par. 44). Soit dit tout en respect, cette jurisprudence n’étaye pas l’affirmation de la juge Karakatsanis selon laquelle ce n’est que « dans des cas extrêmement rares » que le pouvoir de common law peut être adapté de manière à ce qu’il respecte la *Charte* (par. 118).

[54] Le fait de contraindre un accusé à exposer ses organes génitaux et à effectuer un prélèvement sur ceux-ci constitue indéniablement une atteinte à sa vie privée. À l’instar de la fouille à nu, le prélèvement par écouvillonnage du pénis peut représenter une « expérience humiliante, avilissante et traumatisante » pour l’accusé (*Golden*, par. 83). Un tel prélèvement peut être encore plus humiliant du fait qu’il nécessite davantage qu’un simple examen visuel des organes génitaux de l’accusé.

[55] Mais l’analyse ne s’arrête pas là. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne présente pas un caractère envahissant en soi. Il ne nécessite que quelques minutes. Il se fait sans introduction de quoi que ce soit. L’écouvillon de coton ne touche que la surface extérieure de la peau de l’accusé. Il ne provoque pas de douleur ou d’inconfort physique. Il ne présente aucun risque pour la santé de l’accusé. De plus, les éléments de preuve recherchés — l’ADN du plaignant — ne touchent pas un intérêt particulier de l’accusé en matière de respect de sa vie privée. L’ADN recherché appartient à quelqu’un d’autre.

[56] En somme, une telle fouille constitue une atteinte importante à la vie privée de l’accusé en raison de la partie du corps visée. Si la même fouille était effectuée ailleurs sur le corps de l’accusé — le dos de ses mains par exemple — on ne pourrait prétendre que le prélèvement constitue une « expérience humiliante, avilissante et traumatisante ».

[57] Unlike my colleague Karakatsanis J., I do not find the approach in the United Kingdom to be particularly helpful in assessing the privacy interests implicated here. The regime in the United Kingdom operates in an entirely different context, with different rules. The treatment of penile swabs in the United Kingdom cannot be considered in a contextual vacuum. For example, in the United Kingdom, if an individual refuses to consent to a penile swab without “good cause”, this can be used by the court or jury in determining whether that person is guilty of the offence charged (*Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (“*P.A.C.E.*”), s. 62(10)). Further, while the United Kingdom allows these swabs to be taken only with consent, it allows for hair (other than pubic hair) and saliva samples to be taken without consent or a warrant, unlike in Canada (*P.A.C.E.*, s. 63). At bottom, while the majority of the Court in *Golden* found *P.A.C.E.* useful in the context of strip searches (para. 101), it does not follow that *P.A.C.E.*’s treatment of penile swabs — or any other type of search incident to arrest — reflects Canadian constitutional standards.

[58] On the other side of the ledger, a penile swab conducted incident to arrest can serve important law enforcement objectives.

[59] Penile swabs performed incident to arrest enable the police to preserve important evidence. If this evidence is not promptly seized, it runs the risk of degrading or even worse, being destroyed by the accused. As my colleague Karakatsanis J. accepts, sexual assaults are notoriously difficult to prove (para. 107). This type of evidence is highly reliable. It can be crucial in the case of complainants who are unable to testify, such as children, adults with disabilities, or those who have died or suffered serious injuries as a result of the offence or otherwise (see, for example, the first complainant in *R. v. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL)). And of

[57] Contrairement à ma collègue la juge Karakatsanis, je ne crois pas que l’approche suivie au Royaume-Uni soit particulièrement utile pour apprécier les intérêts en matière de respect de la vie privée qui sont en cause en l’espèce. Le régime en place dans ce pays s’applique dans un tout autre contexte, et comporte des règles différentes. L’examen du traitement accordé aux prélèvements par écouvillonnage du pénis au Royaume-Uni ne saurait se faire dans un vide contextuel. À titre d’exemple, lorsqu’une personne dans ce pays refuse sans [TRANSDUCTION] « motif valable » de consentir à un tel prélèvement, ce refus peut être utilisé par un tribunal ou un jury pour déterminer si elle est coupable de l’infraction reprochée (*Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 60 (la « loi *P.A.C.E.* »), par. 62(10)). De plus, bien que le Royaume-Uni n’autorise ce type de prélèvement que si l’accusé y consent, ce pays, contrairement au Canada, permet la prise d’échantillons de cheveux, de poils (autres que les poils pubiens) et de salive sans consentement ni mandat (loi *P.A.C.E.*, art. 63). En définitive, même si, dans *Golden*, les juges majoritaires de notre Cour ont conclu à l’utilité de la loi *P.A.C.E.* dans le contexte des fouilles à nu (par. 101), il ne s’ensuit pas que le traitement réservé par cette loi aux prélèvements par écouvillonnage du pénis — ou à tout autre type de fouille accessoire à une arrestation — reflète les normes constitutionnelles canadiennes.

[58] En revanche, le prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à une arrestation peut permettre de réaliser d’importants objectifs d’application de la loi.

[59] Il permet en effet aux policiers de préserver des éléments de preuve importants. Si de tels éléments de preuve ne sont pas saisis rapidement, ils risquent de se dégrader ou, encore pire, d’être détruits par l’accusé. Comme en convient ma collègue la juge Karakatsanis, prouver une agression sexuelle est une tâche notoirement difficile (par. 107). De tels éléments de preuve sont très fiables. Ils peuvent avoir une importance cruciale dans le cas des plaignants incapables de témoigner, comme les enfants, les adultes handicapés, ou encore les personnes qui sont décédées ou qui ont été gravement blessées par suite de l’infraction ou autrement (voir, par

course, a penile swab incident to arrest may serve, in the end, to exclude a particular suspect.

[60] The facts of this case demonstrate the usefulness of a penile swab performed incident to arrest. By taking the swab, the police obtained evidence which was highly probative of Mr. Saeed's involvement in the crime, and preserved evidence which might otherwise have been destroyed.

[61] At bottom, while there is no disputing that a penile swab intrudes on an accused's privacy, the intrusion is limited. In my view, it is not so substantial as to require the police to obtain consent or a warrant. Permitting these swabs to be taken only with the accused's consent — as in the United Kingdom — would strike an inappropriate balance in the Canadian context. It would countenance an approach that effectively disregards the interests of victims of sexual assault, where the evidence is most likely to be pertinent, and all but ignores the public interest in bringing sexual offenders to justice.

[62] The privacy interests here are similar to those implicated in strip searches, and they can be protected by a similar approach. Both strip searches and penile swabs involve law enforcement inspecting private areas of an accused's body. While a strip search does not always require touching of the accused's private areas, both strip searches and penile swabs can involve such contact (see *Golden*, at paras. 101 and 114; see also *R. v. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146). The guidelines set out in *Golden* contemplate the touching of an accused's private areas to remove evidence or weapons (para. 101, see guideline 10). This process could certainly involve the exposure and possible manipulation of an accused's genitals, a potentially humiliating experience to be sure. Hence, the need for explicit guidelines designed to ensure, so far as

exemple, le cas de la première plaignante dans *R. c. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL)). Enfin, il va de soi qu'un tel prélèvement peut également permettre d'écarter un suspect particulier.

[60] Les faits de la présente affaire illustrent l'utilité du prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à une arrestation. Grâce au prélèvement, les policiers ont obtenu des éléments de preuve d'une très grande valeur probante en ce qui concerne le rôle qu'a joué M. Saeed dans le crime, et ils ont préservé des éléments de preuve qui, autrement, auraient pu être détruits.

[61] Au fond, bien que nul ne conteste qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis porte atteinte à la vie privée de l'accusé, cette atteinte est limitée. À mon avis, celle-ci n'est pas grave au point d'obliger les policiers à obtenir le consentement de l'accusé ou un mandat. Le fait d'autoriser de tels prélèvements uniquement lorsque l'accusé y consent — comme au Royaume-Uni — n'établirait pas un juste équilibre dans le contexte canadien. Cela reviendrait à accepter une approche qui dans les faits ne tient aucun compte des intérêts des victimes d'agression sexuelle — alors que la preuve en question est très probablement pertinente —, et qui, pour ainsi dire, fait fi de l'intérêt du public à ce que les délinquants sexuels soient traduits en justice.

[62] Les intérêts en matière de vie privée en jeu en l'espèce sont semblables à ceux en cause dans les fouilles à nu, et ils peuvent être protégés suivant une approche similaire. Tant dans le cas d'une fouille à nu que dans celui d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis, les autorités chargées d'appliquer la loi inspectent des parties intimes du corps de l'accusé. Bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire de toucher ces zones pour effectuer une fouille à nu, tant les fouilles à nu que les prélèvements par écouvillonnage du pénis peuvent comporter un tel contact (voir *Golden*, par. 101 et 114; voir aussi *R. c. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146). Les lignes directrices énoncées dans *Golden* prévoient le fait de toucher les parties intimes de l'accusé pour enlever des éléments de preuve ou des armes (par. 101, voir ligne directrice 10). Ce

possible, that the search is conducted in the least humiliating manner. So too, penile swabs must be conducted with the same care.

[63] As with strip searches, therefore, the common law must provide a means of preventing unjustified searches before they occur — to minimize the number of accused affected by this type of search — and a means of ensuring that when these searches do occur, they are conducted in a reasonable manner — to minimize the impact a swab can have on an accused who is subjected to one.

[64] The reasonable grounds standard and guidelines regarding the manner of taking the swab provide these two protections. The reasonable grounds standard prevents unjustified searches before they occur (*Golden*, at para. 89). It holds the police to a higher level of justification before they can take a penile swab, thereby limiting the number of cases in which accused persons will be required to expose their genitals for a swab. Detailed guidelines regarding the manner of taking the swab ensure that when a penile swab is taken, it is “conducted in a manner that interferes with the privacy and dignity of the person being searched as little as possible” (*Golden*, at para. 104). Both serve to protect the accused’s privacy while ensuring the police are free to pursue the valid objective of preserving this highly probative, perishable evidence. These two modifications to the common law ensure that it is *Charter*-compliant, or in other words, that it is reasonable.

processus pourrait certainement comporter l’exposition et de possibles manipulations des organes génitaux de l’accusé, une expérience qui est certes potentiellement humiliante, d’où la nécessité d’établir des lignes directrices explicites visant à garantir que la fouille sera, autant que faire se peut, effectuée de la manière la moins humiliante possible. Les prélèvements par écouvillonnage du pénis doivent donc eux aussi être effectués avec la même prudence.

[63] En conséquence, comme c’est le cas pour les fouilles à nu, la common law doit fournir un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant qu’elles ne se produisent — de façon à réduire au minimum le nombre d’accusés soumis au type de fouille en question — ainsi qu’un moyen de s’assurer que, lorsque de telles fouilles ont lieu, elles sont effectuées d’une manière non abusive — pour réduire au minimum l’incidence que peut avoir un écouvillonnage génital sur l’accusé soumis à un tel prélèvement.

[64] La norme des motifs raisonnables et les lignes directrices sur la manière d’effectuer le prélèvement confèrent ces deux protections. La norme des motifs raisonnables permet de prévenir les fouilles injustifiées avant qu’elles ne se produisent (*Golden*, par. 89). Elle assujettit les policiers à un degré de justification plus élevé avant qu’ils puissent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis, ce qui a pour effet de limiter le nombre de cas où des accusés seront tenus d’exposer leurs organes génitaux aux fins d’un prélèvement. Des lignes directrices détaillées sur la façon de prélever des échantillons par écouvillonnage du pénis garantissent que, lorsqu’un tel prélèvement est effectué, il l’est « d’une manière qui porte le moins possible atteinte au droit à la vie privée et à la dignité de la personne qui y est soumise » (*Golden*, par. 104). Tant la norme des motifs raisonnables que les lignes directrices permettent de protéger la vie privée de l’accusé tout en permettant aux policiers de réaliser l’objectif valide que constitue la préservation de cette preuve d’une très grande valeur probante, mais hautement périssable. Ces deux modifications à la common law font en sorte que les prélèvements de ce type sont conformes à la *Charte* ou, autrement dit, qu’ils n’ont pas un caractère abusif.

[65] I would add that, in some ways, allowing the police to take a penile swab incident to arrest is more beneficial to an accused than requiring a warrant. If the police were required to obtain a warrant, during the time needed to obtain it, they would either have to keep the accused handcuffed without access to water or toilet facilities (perhaps for several hours) in order to preserve the evidence, or run the risk of the accused destroying the evidence. Realistically, the police are going to choose the former, leaving accused persons to wait for an indefinite period in an uncomfortable and potentially degrading position. On the other hand, if the police are able to exercise their common law power of search incident to arrest and take a swab promptly, the waiting time for an accused will be minimal. Looked at that way, a prompt swab would seem more humane than requiring an accused to wait for a warrant to issue.

[66] Mr. Saeed makes one further argument in favour of requiring a warrant. He says that because an accused's DNA is likely to be collected in the course of taking a penile swab, if the police are not required to obtain a warrant, there is nothing to prevent them from using penile swabs to obtain the accused's DNA, thereby avoiding *Stillman* and the warrant procedures set out in the *Criminal Code*.

[67] In my view, this argument is flawed. *Stillman* continues to govern the procedure for seizing the accused's own bodily materials. The police must obtain consent or prior judicial authorization in order for evidence of the accused's DNA to be legally obtained. The police cannot use a penile swab incident to arrest to circumvent *Stillman* and the warrant procedures set out in the *Criminal Code*. If DNA of the accused is obtained through a penile swab and the swab was taken without a warrant authorizing

[65] J'ajouterais que, à certains égards, le fait de permettre aux policiers de prélever des échantillons par écouvillonnage du pénis accessoirement à l'arrestation comporte plus d'avantages pour l'accusé que celui d'exiger l'obtention d'un mandat. S'ils étaient tenus d'obtenir un mandat, les policiers devraient, pendant la période où ils doivent attendre celui-ci, garder l'accusé menotté et le priver (peut-être pendant plusieurs heures) d'eau et d'accès à des toilettes afin de préserver la preuve, ou prendre le risque que l'accusé détruise celle-ci. Il est réaliste de penser que les policiers choisiront la première méthode et laisseront l'accusé attendre pendant une période indéfinie dans une position inconfortable, voire humiliante. En revanche, si les policiers peuvent exercer leur pouvoir de common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation et ainsi prélever rapidement un échantillon par écouvillonnage du pénis, le temps d'attente de l'accusé sera minime. Envisagé sous cet angle, un prélèvement effectué rapidement semble une solution plus humaine que celle de contraindre l'accusé à attendre qu'un mandat ait été décerné.

[66] M. Saeed formule un autre argument en faveur de la solution requérant l'obtention d'un mandat. Selon l'appelant, comme l'ADN d'un accusé est susceptible d'être recueilli lors d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis, rien n'empêchera les policiers, si ceux-ci ne sont pas tenus d'obtenir un mandat, d'utiliser de tels prélèvements pour obtenir cette information, et de se soustraire ainsi à l'arrêt *Stillman* et aux procédures de délivrance de mandat énoncées au *Code criminel*.

[67] À mon avis, cet argument présente des failles. L'arrêt *Stillman* continue à régir la procédure relative à la saisie des substances corporelles de l'accusé lui-même. Les policiers doivent obtenir le consentement de l'accusé ou une autorisation judiciaire préalable pour pouvoir obtenir légalement des éléments de preuve relatifs à l'ADN de l'accusé. Ils ne peuvent utiliser le prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation pour contourner l'arrêt *Stillman* et les procédures de délivrance de

such seizure, or the accused's consent, the accused's DNA cannot be used for any purpose.

[68] If Mr. Saeed's argument were to be accepted, swabs of an accused's person incident to arrest would never be permitted. Lower courts have held — and Mr. Saeed appears to accept — that the police may dab or swab an accused's hands incident to arrest to check for gunshot residue or to obtain a sample of blood visible on the accused's skin (see, for example, *R. v. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at paras. 139-45; *R. v. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL) (S.C.J.)). Either of these procedures might enable the police to obtain the accused's DNA, but the police are not entitled to use them for that purpose.

[69] Similarly, the police are entitled to seize evidence found on the accused during a reasonable strip search incident to arrest, such as the bag found between the accused's buttocks in *Golden*. The police could in theory test such evidence to obtain the accused's DNA. But if the police were to use a strip search to obtain the accused's DNA, they would clearly be in violation of the accused's s. 8 rights.

[70] I add this final point on warrants. I recognize that the question of whether the police can obtain a warrant to take a penile swab is not settled. The only possible source of authorization at present is the general warrant provision in s. 487.01 of the *Criminal Code*. But this warrant power cannot “be construed as to permit interference with the bodily integrity of any person” (s. 487.01(2)). “Bodily integrity” is not defined in the *Criminal Code*, and this Court has not defined it in the context of s. 487.01(2). Clearly, a strong argument can be made that taking a penile swab interferes with an accused's “bodily integrity”.

mandat énoncées au *Code criminel*. Si l'ADN de l'accusé est obtenu au moyen d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat autorisant une telle fouille, ou sans le consentement de l'accusé, l'ADN en question ne peut être utilisé à quelque fin que ce soit.

[68] Si l'argument de M. Saeed était retenu, les prélèvements effectués sur la personne de l'accusé accessoirement à une arrestation ne seraient jamais autorisés. Les juridictions inférieures ont décidé — et M. Saeed semble reconnaître — que les policiers peuvent, au moyen d'un tampon ou d'un coton-tige, effectuer un prélèvement sur les mains de l'accusé accessoirement à une arrestation afin de vérifier la présence de résidus de poudre ou pour recueillir un échantillon de sang visible sur la peau de l'accusé (voir, par exemple, les décisions *R. c. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), par. 139-145, et *R. c. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL) (C.S.J.)). L'une ou l'autre de ces procédures pourrait permettre aux policiers de recueillir l'ADN de l'accusé, mais ils n'ont pas le droit de les utiliser à cette fin.

[69] De même, les policiers sont autorisés à saisir des éléments de preuve trouvés sur l'accusé au cours d'une fouille à nu non abusive effectuée accessoirement à une arrestation, éléments tel le sachet trouvé entre les fesses de l'accusé dans l'arrêt *Golden*. Les policiers pourraient, en théorie, faire analyser ces éléments de preuve pour obtenir l'ADN de l'accusé. Cependant, s'ils utilisaient la fouille à nu à cette fin, les policiers contreviendraient clairement aux droits que garantit l'art. 8 à l'accusé.

[70] J'ajouterai un dernier point en ce qui concerne les mandats. Je reconnais que la question de savoir si les policiers peuvent obtenir un mandat pour procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis n'est pas réglée. La seule source possible d'autorisation à l'heure actuelle est la disposition relative au mandat général énoncée à l'art. 487.01 du *Code criminel*. Mais ce pouvoir d'accorder un mandat n'a pas « pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne » (par. 487.01(2)). L'« intégrité physique » n'est pas définie dans le *Code criminel*, et la Cour n'a pas défini cette notion

At the same time, some courts have upheld general warrants for photographs of an accused's genital or anal areas, including situations where the taking of the photographs has required touching or manipulation of the accused's private areas (see, for example, *R. v. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581, at para. 48; *R. v. H.-G.*, 2005 QCCA 1160, at para. 4 (CanLII)). At the very least, there is a lack of clarity regarding the availability of a general warrant in these circumstances (*Laporte*, at para. 65).

[71] Assuming for argument's sake that at present, a warrant authorizing the taking of a penile swab is not available, my conclusion would not change. It is true that if no warrant is available, the indignity occasioned to an accused while waiting for a warrant and the possibility that the evidence might degrade or be destroyed during this time frame cannot be relied upon to support the police common law power of search incident to arrest. But the unavailability of a warrant in no way precludes the operation of the common law power of search incident to arrest (*Fearon*, at paras. 16 and 45). In *Golden*, the unavailability of a warrant did not prevent the Court from holding that strip searches can be conducted as an incident of arrest in appropriate circumstances. Importantly, while the Court noted that there were a few legislative provisions governing searches of the person, these provisions were "directed at the circumstances under which particular types of evidence may be obtained from a person" and they did not address "the scope of police powers to conduct personal searches for evidence or weapons incident to arrest" (para. 85). Absent legislative guidance, it fell to the Court "to determine the scope of the common law power to search as an incident to arrest, and what the limits are to this power in the context of strip searches" (*Golden*, at para. 85).

dans le contexte du par. 487.01(2). De toute évidence, il y a de bonnes raisons de soutenir qu'un tel prélèvement porte atteinte à l'« intégrité physique » de l'accusé. Par ailleurs, certains tribunaux ont confirmé la validité de mandats généraux autorisant la photographie des parties génitales ou anales de l'accusé, y compris dans des situations où il fallait, pour ce faire, toucher ou manipuler les parties intimes de celui-ci (voir, par exemple, *R. c. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581, par. 48; *R. c. H.-G.*, 2005 QCCA 1160, par. 4 (CanLII)). Il existe à tout le moins de l'incertitude relativement à la question de savoir si un mandat général peut être obtenu en pareilles circonstances (*Laporte*, par. 65).

[71] À supposer, pour les besoins de l'analyse, qu'un mandat autorisant le prélèvement d'échantillons par écouvillonnage du pénis ne peut être décerné à l'heure actuelle, ma conclusion reste la même. Il est vrai que, s'il est impossible d'obtenir un mandat, l'atteinte causée à la dignité de l'accusé pendant qu'on attend le mandat et la possibilité que la preuve se dégrade ou soit détruite pendant cette période ne sauraient être invoquées pour justifier l'exercice du pouvoir conféré aux policiers par la common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Mais cela n'empêche aucunement l'application du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation (*Fearon*, par. 16 et 45). Dans *Golden*, le fait qu'un mandat ne pouvait être décerné n'a pas empêché la Cour de conclure que les fouilles à nu peuvent être effectuées accessoirement à l'arrestation lorsque les circonstances s'y prêtent. Fait important, bien que la Cour ait souligné qu'il existait quelques dispositions législatives régissant les fouilles personnelles, ces dispositions « vis[ai]ent les circonstances dans lesquelles il [était] possible d'obtenir d'une personne des types précis d'éléments de preuve » et n'avaient pas trait à « la portée des pouvoirs de la police d'effectuer des fouilles personnelles accessoires à une arrestation à la recherche d'éléments de preuve ou d'armes » (par. 85). En l'absence de directives législatives, il incombait à la Cour « de déterminer la portée du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, ainsi que les limites applicables à ce pouvoir dans le contexte des fouilles à nu » (*Golden*, par. 85).

[72] In the end, while I have not found it necessary to decide whether a warrant is available, Parliament might wish to establish an express, comprehensive legislative regime for these and other intrusive searches, such as body cavity searches, to provide greater direction to the police. The common law power of search incident to arrest, as modified in these reasons, is not the only solution.

C. *Requirements for Conducting a Valid Penile Swab Incident to Arrest*

[73] I turn now to the requirements for taking a penile swab incident to arrest.

[74] First, as with every search incident to arrest, the arrest itself must be lawful. The swab must be truly incident to the arrest, in the sense that the swab must be related to the reasons for the arrest, and it must be performed for a valid purpose. The valid purpose will generally be to preserve or discover evidence (*Caslake*, at para. 19).

[75] Second, the police must also have reasonable grounds to believe that a penile swab will afford evidence of the offence for which the accused was arrested. These grounds are not to be confused with the reasonable grounds required for the arrest. They are independent. Whether reasonable grounds have been established will vary with the facts of each case. Relevant factors include the timing of the arrest in relation to the alleged offence, the nature of the allegations, and whether there is evidence that the substance being sought has already been destroyed.

[76] For example, the police will generally lack reasonable grounds if the alleged sexual offence did

[72] En fin de compte, bien que je ne croie pas qu'il soit nécessaire de décider s'il est possible ou non d'obtenir un mandat, le législateur pourrait vouloir établir un régime législatif explicite et complet à l'égard de ces fouilles et des autres fouilles envahissantes — par exemple l'examen des cavités corporelles — afin de fournir davantage de directives à la police. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, tel qu'il a été modifié dans les présents motifs, n'est pas l'unique solution.

C. *Conditions requises pour effectuer valablement un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation*

[73] Je vais maintenant examiner les exigences applicables lorsqu'il s'agit d'effectuer un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation.

[74] Premièrement, comme c'est le cas pour toute fouille accessoire à une arrestation, l'arrestation elle-même doit être légale. Le prélèvement doit être véritablement accessoire à l'arrestation, en ce sens qu'il doit avoir un lien avec les motifs de l'arrestation et viser un objectif valable. Un tel objectif consistera généralement à préserver ou à découvrir des éléments de preuve (*Caslake*, par. 19).

[75] Deuxièmement, la police doit aussi avoir des motifs raisonnables de croire qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis fournira des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté. Il ne faut pas confondre ces motifs avec les motifs raisonnables requis pour procéder à l'arrestation. Ils sont indépendants les uns des autres. La réponse à la question de savoir si on a établi l'existence de motifs raisonnables variera selon les faits de chaque affaire. Les facteurs pertinents sont notamment le moment choisi pour procéder à l'arrestation eu égard à l'infraction reprochée, la nature des allégations et la question de savoir si des éléments de preuve indiquent que la substance recherchée a déjà été détruite.

[76] À titre d'exemple, la police n'aura généralement pas de motifs raisonnables de procéder à un

not involve contact between the suspect's penis and the complainant. Similarly, if the suspect is arrested several days after the alleged offence, the police will probably lack reasonable grounds because it is likely that the evidence will have degraded or been wiped or washed away in the interim.

[77] To be clear, meeting the reasonable grounds standard is more than a mere pro forma exercise. The potential for destruction or degradation of the complainant's DNA will always be a concern in this context. The greater the time frame between the alleged offence and the swab, the more difficult it will be for the police to establish reasonable grounds for believing that the swab will afford evidence of the offence for which the accused was arrested.

[78] Finally, the penile swab must be conducted in a reasonable manner. Above all, the police must take care to respect the privacy of the accused. To this end, I would outline a number of factors to guide police in conducting penile swabs incident to arrest reasonably:

1. The penile swab should, as a general rule, be conducted at the police station;
2. The swab should be conducted in a manner that ensures the health and safety of all involved;
3. The swab should be authorized by a police officer acting in a supervisory capacity;
4. The accused should be informed shortly before the swab of the nature of the procedure for taking the swab, the purpose of taking the swab, and the authority of the police to require the swab;
5. The accused should be given the option of removing his clothing and taking the swab himself,

prélèvement par écouvillonnage du pénis si l'infraction d'ordre sexuel reprochée ne comportait pas de contact entre le pénis du suspect et le plaignant. De même, si le suspect est arrêté plusieurs jours après l'infraction reprochée, la police n'aura probablement pas de motifs raisonnables d'effectuer un tel prélèvement, car la preuve est susceptible de s'être dégradée ou d'avoir été essuyée ou lavée dans l'intervalle.

[77] En clair, la démonstration requise pour satisfaire à la norme des motifs raisonnables n'est pas qu'une simple formalité. Le risque de destruction ou de dégradation de l'ADN du plaignant constitue toujours une préoccupation dans un tel contexte. Plus il se sera écoulé de temps entre l'infraction reprochée et le prélèvement, plus il sera difficile pour les policiers d'établir qu'ils ont des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournira des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté.

[78] Enfin, le prélèvement par écouvillonnage du pénis doit être effectué d'une manière non abusive. La police doit avant tout veiller à respecter la vie privée de l'accusé. À cette fin, j'aimerais énoncer un certain nombre de facteurs afin d'aider les policiers à procéder d'une manière non abusive à un tel prélèvement accessoirement à une arrestation :

1. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis devrait, en règle générale, être effectué au poste de police.
2. Le prélèvement devrait être effectué d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu.
3. Le prélèvement devrait être autorisé par un agent de police agissant en qualité d'officier supérieur.
4. L'accusé devrait, peu de temps avant le prélèvement, être informé de la nature de la procédure employée pour le recueillir, du but de celui-ci et du pouvoir autorisant les policiers à l'exiger.
5. L'accusé devrait avoir la possibilité d'enlever ses vêtements et d'effectuer le prélèvement

and if he does not choose this option, the swab should be taken or directed by a trained officer or medical professional, with the minimum of force necessary;

6. The police officer(s) carrying out the penile swab should be of the same gender as the individual being swabbed, unless the circumstances compel otherwise;
7. There should be no more police officers involved in the swab than are reasonably necessary in the circumstances;
8. The swab should be carried out in a private area such that no one other than the individuals engaged in the swab can observe it;
9. The swab should be conducted as quickly as possible and in a way that ensures that the person is not completely undressed at any one time; and
10. A proper record should be kept of the reasons for and the manner in which the swabbing was conducted.

[79] Some of these factors require further explanation. As with strip searches, penile swabs should generally be performed at the police station. This requirement is even stricter for penile swabs than strip searches. Safety concerns may justify a strip search for weapons in the field. Safety concerns are highly unlikely to justify a penile swab in the field. However, I would not rule out the possibility that a penile swab may reasonably be performed in another suitable location, such as a hospital, if there is some valid reason for doing so.

[80] The police may use force in taking a penile swab incident to arrest, but only if the force used is “necessary and proportional in the specific

lui-même, et, s’il ne choisit pas cette solution, le prélèvement devrait être effectué ou supervisé par un agent ou un professionnel de la santé qualifié, en ne faisant usage que de la force minimale nécessaire.

6. Le ou les agents de police chargés du prélèvement devraient être du même sexe que la personne qui y est soumise, à moins que les circonstances ne le permettent absolument pas.
7. Le nombre de policiers participant au prélèvement devrait se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances.
8. Le prélèvement devrait être effectué dans un endroit privé où personne ne pourra l’observer, sauf les personnes chargées d’y procéder.
9. Le prélèvement devrait être effectué le plus rapidement possible et de telle manière que la personne ne soit jamais complètement nue.
10. Un procès-verbal faisant état des motifs et des modalités d’exécution du prélèvement devrait être dressé.

[79] Certains de ces facteurs requièrent davantage d’explications. Comme pour les fouilles à nu, les prélèvements par écouvillonnage du pénis devraient en règle générale être effectués au poste de police. Cette exigence est même plus stricte dans le cas des prélèvements par écouvillonnage du pénis que dans celui des fouilles à nu. Des préoccupations relatives à la sécurité peuvent justifier d’effectuer une fouille à nu sur le terrain pour trouver des armes. Or il est fort peu probable que de telles préoccupations justifient de procéder sur le terrain à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. Cependant, je n’exclus pas la possibilité qu’un tel prélèvement puisse être effectué d’une manière non abusive dans un autre lieu approprié, un hôpital par exemple, si des raisons valables le justifient.

[80] Les policiers peuvent recourir à la force lorsqu’ils procèdent à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation,

circumstances” (*Golden*, at para. 116). In other words, as with strip searches, if the accused resists the swab, the police may only use the minimum amount of force necessary to obtain it. The fact that an accused resists does not entitle the police “to engage in behaviour that disregards or compromises his or her physical and psychological integrity and safety” (*Golden*, at para. 116).

[81] As a general rule, the police must explain to the accused the procedure for taking a swab before it is taken, to ensure the accused understands the nature of the procedure and the steps it involves. Reviewing the procedure with the accused in advance can only help to keep the procedure quick and efficient. Giving the accused the option of taking the swab himself enables the accused to minimize the intrusiveness of the swab. A detailed record of how the swab was conducted is important for after-the-fact review of these searches to be effective (*Fearon*, at para. 82). And it is likely to focus police officers’ attention on whether their conduct is reasonable (*Fearon*, at para. 82).

[82] These factors require the police to take great care in performing a penile swab and will often ensure that the swab is performed in a reasonable manner. But they will not be determinative in every case. As this Court observed in *Golden*, the greater the intrusion on the accused’s privacy, the higher the degree of justification required before the search may be carried out, and the greater the constraints there will be as to the manner in which it may be performed (para. 87). The same logic applies here. My colleague Karakatsanis J. raises the concern that a “genital swab is even more intrusive in the context of a female individual” (para. 101). These reasons should not be taken as deciding the question of whether a penetrative swab performed in accordance with the common law police power of search incident to arrest would be reasonable and therefore *Charter*-compliant. They are restricted to

mais seulement si la force employée est « nécessaire et proportionné[e] dans les circonstances particulières de l’affaire » (*Golden*, par. 116). Autrement dit, tout comme pour les fouilles à nu, si l’accusé résiste au prélèvement, les policiers ne peuvent employer que la force minimale nécessaire pour effectuer celui-ci. Le fait qu’un accusé résiste n’autorise pas les policiers « à recourir à un comportement qui ne respecte pas ou compromet l’intégrité physique et psychologique et la sécurité de cette personne » (*Golden*, par. 116).

[81] En règle générale, avant de procéder au prélèvement, les policiers doivent expliquer à l’accusé la procédure qui sera employée, afin de s’assurer qu’il en comprend la nature et les différentes étapes. Le fait de passer la procédure en revue au préalable avec l’accusé ne peut que contribuer à son déroulement rapide et efficace. Offrir à l’accusé la possibilité d’effectuer lui-même le prélèvement permet de réduire au minimum le caractère envahissant de l’intervention. Un compte rendu détaillé de la manière dont le prélèvement a été effectué est important pour l’efficacité du contrôle après le fait de telles fouilles (*Fearon*, par. 82). Et une telle mesure amènera probablement les policiers à se concentrer sur la question de savoir si leur conduite est non abusive (*Fearon*, par. 82).

[82] Ces facteurs obligent les policiers à faire preuve d’une grande prudence lorsqu’ils effectuent un prélèvement par écouvillonnage du pénis et permettront souvent de faire en sorte que celui-ci soit réalisé de manière non abusive. Ils ne seront toutefois pas déterminants dans tous les cas. Comme l’a fait remarquer la Cour dans *Golden*, plus l’atteinte à la vie privée de l’accusé sera grande, plus élevé sera le degré de justification requis pour pouvoir procéder à la fouille, et plus serrées seront les contraintes qui s’appliqueront quant à la manière dont celle-ci pourra être effectuée (par. 87). La même logique vaut en l’espèce. Ma collègue la juge Karakatsanis s’inquiète du fait que le « prélèvement par écouvillonnage génital est encore plus envahissant lorsque la personne qui y est soumise est une femme » (par. 101). Il ne faut pas considérer que les présents motifs décident de la question de savoir

genital swabs conducted on the outer surface of the skin.

[83] At bottom, whether a particular penile swab incident to arrest complies with s. 8 will depend on the facts of the case. The onus is on the Crown to establish that the police had reasonable grounds to believe the swab would reveal the evidence sought and that the swab was conducted in a reasonable manner.

V. Application

[84] In light of the requirements set out above, taking the penile swab did not violate Mr. Saeed's rights under s. 8 of the *Charter*.

[85] There is no question that Mr. Saeed was validly arrested. And as indicated, the swab was performed for a valid purpose related to Mr. Saeed's arrest: preserving evidence of the sexual assault for which Mr. Saeed was arrested. The only questions remaining are whether the police had reasonable grounds to believe the swab would afford the evidence sought, and whether the swab was taken in a reasonable manner.

A. *The Police Had Reasonable Grounds*

[86] The police had the required reasonable grounds. The nature of the allegations gave the police reasonable grounds to believe that the complainant's DNA had transferred to Mr. Saeed's penis during the assault. And the timing of the swab — within several hours of the assault — gave the police reasonable grounds to believe that the complainant's DNA was still there at the time of the swab. The police had no reason to think that Mr. Saeed had taken steps to destroy the evidence, especially given that he was in

si un prélèvement nécessitant l'introduction de quoi que ce soit dans le corps, effectué conformément au pouvoir que la common law confère aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, serait non abusif et, partant, conforme à la *Charte*. Ceux-ci s'appliquent uniquement aux prélèvements par écouvillonnage génital effectués sur la surface extérieure de la peau.

[83] Au fond, la question de savoir si un prélèvement par écouvillonnage effectué sur un pénis accessoirement à une arrestation respecte l'art. 8 dépendra des faits de chaque affaire. Il incombe au ministère public d'établir que la police avait des motifs raisonnables de croire que le prélèvement révélerait les éléments de preuve recherchés et qu'il a été effectué d'une manière non abusive.

V. Application

[84] À la lumière des exigences susmentionnées, le prélèvement par écouvillonnage du pénis auquel a été soumis M. Saeed n'a pas porté atteinte aux droits garantis à ce dernier par l'art. 8 de la *Charte*.

[85] La validité de l'arrestation de M. Saeed ne fait aucun doute. De plus, comme nous l'avons vu, le prélèvement avait un objectif valable lié à cette arrestation : préserver des éléments de preuve relatifs à l'agression sexuelle pour laquelle M. Saeed a été arrêté. Les seules questions qui restent à trancher sont celles de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournirait les éléments de preuve recherchés et si celui-ci a été effectué d'une manière non abusive.

A. *La police avait les motifs raisonnables requis*

[86] Les policiers avaient les motifs raisonnables requis pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis. De par la nature des allégations, ils possédaient des motifs raisonnables de croire qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed durant l'agression. Et, en raison du moment auquel a été effectué le prélèvement — dans les quelques heures ayant suivi l'agression —, ils avaient des motifs raisonnables de croire que cet ADN s'y trouvait encore. Les policiers n'avaient

police custody for most of the time following the assault.

[87] Mr. Hunter's expert opinion evidence confirmed the reasonableness of the officers' belief that the complainant's DNA had transferred to Mr. Saeed, and would likely still be there at the time of the swab. I would emphasize that the issue at this stage is not whether the police knew the science behind DNA degradation testified to by the Crown's expert, Mr. Hunter. The police are not required to know to a scientific degree of certainty that evidence of the complainant's DNA will be found on an accused's penis in order to justify a swab. Rather, the issue is whether, when they took the sample, the police had reasonable grounds to believe that evidence of the complainant's DNA would be found on Mr. Saeed's penis.

B. The Swab Was Conducted in a Reasonable Manner

[88] The Crown has established that the swab was performed in a reasonable manner. In short, the police officers involved in the swab were sensitive to the need to preserve Mr. Saeed's privacy and dignity.

[89] Mr. Saeed was informed in advance of the procedure for taking the swab and the purpose of the swab. The swab itself was conducted quickly, smoothly, and privately. The swab took at most two minutes. Mr. Saeed took the swab himself. There was no physical contact between the officers and Mr. Saeed. The officers involved took detailed notes regarding the reasons for and the process of taking the swab.

[90] While the process of taking a penile swab from Mr. Saeed intruded on Mr. Saeed's privacy, it did not fundamentally violate his human dignity. Far from it. The police conducted a well-grounded search incident to a valid arrest. They took care to

aucune raison de croire que M. Saeed avait pris des mesures pour détruire la preuve, d'autant plus que celui-ci avait passé le plus clair de son temps sous garde policière après l'agression.

[87] Le témoignage d'expert de M. Hunter a confirmé le caractère raisonnable de la croyance des policiers qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur M. Saeed, et qu'il s'y trouverait probablement encore au moment du prélèvement. Je tiens à souligner qu'il ne s'agit pas à ce stade de déterminer si les policiers connaissaient les principes scientifiques concernant la dégradation de l'ADN dont a parlé l'expert du ministère public, M. Hunter, dans son témoignage. Pour justifier un prélèvement, les policiers ne sont pas tenus de savoir avec un degré de certitude scientifique que des preuves de l'ADN du plaignant se trouvent sur le pénis de l'accusé. La question est plutôt de savoir si, lorsqu'ils ont prélevé l'échantillon, les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que des preuves de l'ADN de la plaignante se trouvaient sur le pénis de M. Saeed.

B. Le prélèvement a été effectué de manière non abusive

[88] Le ministère public a établi que le prélèvement avait été effectué de manière non abusive. En bref, les policiers chargés du prélèvement ont été sensibles au besoin de préserver la vie privée et la dignité de M. Saeed.

[89] M. Saeed a été informé à l'avance de la procédure employée pour obtenir le prélèvement ainsi que de l'objectif de celui-ci. Le prélèvement lui-même s'est déroulé rapidement, sans difficulté et en privé. Il a duré tout au plus deux minutes. M. Saeed l'a effectué lui-même. Il n'y a eu aucun contact physique entre les policiers et M. Saeed. Les policiers en cause ont pris des notes détaillées au sujet des motifs du prélèvement et du processus suivi pour l'obtenir.

[90] Bien que le processus de prélèvement par écouvillonnage du pénis de M. Saeed ait constitué une atteinte à sa vie privée, il n'a pas violé de manière fondamentale sa dignité humaine. Loin de là. Les policiers ont effectué une fouille légitime

minimize the intrusion on Mr. Saeed's privacy. I therefore conclude that the search did not breach Mr. Saeed's s. 8 *Charter* rights.

VI. Conclusion

[91] For the reasons set out above, the penile swab taken incident to Mr. Saeed's arrest did not violate his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. The police had reasonable grounds to believe that the swab would afford evidence of the complainant's DNA, and they conducted the swab in a reasonable manner. The evidence from the penile swab was therefore properly admitted at trial. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[92] KARAKATSANIS J. — How we treat those suspected of serious criminal offences says a great deal about the values of our free and democratic society. This case is no exception. My colleague Moldaver J. concludes that the common law should empower police to swab a person's genitals on arrest — without a warrant. Given the profound impact such state conduct can have on an individual's privacy and human dignity, I cannot agree.

[93] Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* balances an individual's interest in privacy with the state's interest in investigating and prosecuting crime. While the state's interest in obtaining probative evidence is undeniably important, a genital swab represents a profound affront to individual privacy and human dignity. Obviously, a genital swab cannot be taken without exposing, touching and manipulating the genitals, the most private area of the body, in the presence of others. Regardless of whether it can be lawfully used, a

accessoirement à une arrestation valide. Ils ont pris soin de réduire au minimum l'atteinte à la vie privée de M. Saeed. Je conclus donc que cette fouille n'a pas porté atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Saeed.

VI. Conclusion

[91] Pour les motifs exposés ci-dessus, le prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à l'arrestation de M. Saeed n'a pas violé le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournirait des preuves de l'ADN de la plaignante, et ils ont effectué ce prélèvement de manière non abusive. La preuve provenant du prélèvement par écouvillonnage du pénis a donc été admise à bon droit au procès. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[92] LA JUGE KARAKATSANIS — La façon dont nous traitons les personnes soupçonnées d'infractions criminelles graves en dit long sur les valeurs de notre société libre et démocratique. La présente affaire ne fait pas exception. Mon collègue le juge Moldaver conclut que la common law devrait habiliter les policiers à effectuer des prélèvements sur les parties génitales d'une personne lors de son arrestation — sans être tenus d'obtenir un mandat. Vu l'impact profond qu'une telle conduite de l'État peut avoir sur la vie privée et la dignité d'une personne, je ne puis me rallier à cette conclusion.

[93] L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* met en équilibre l'intérêt d'une personne au respect de sa vie privée et celui de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs. Malgré l'importance indéniable de l'intérêt qu'a l'État à recueillir des éléments de preuve probants, un écouvillonnage génital constitue une atteinte profonde à la vie privée et à la dignité de la personne. Il est évident qu'on ne peut procéder à un tel prélèvement sur une personne sans, pour ce faire, exposer, toucher et manipuler ses organes génitaux — la

genital swab also gives the police a sample which contains the individual's DNA. It is difficult to conceive of a more personal or private interest in our bodies.

[94] As a result, I conclude the common law power of search incident to arrest does not authorize the police to take genital swabs. Since the penile swab taken from Mr. Saeed was not authorized by law, it was unreasonable and in violation of s. 8 of the *Charter*.

[95] However, on balance, I agree with the courts below that the evidence obtained in breach of the *Charter* was nonetheless admissible under s. 24(2).

I. Analysis: Section 8

[96] Section 8 of the *Charter* provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.”

[97] The common law authorizes the police to search an individual incident to arrest; however, this power is an exception to the general rule that a warrantless search is presumptively unreasonable (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 13). Although the precise limits of this common law power are not defined, that does not mean the power is unlimited (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 186). It must evolve in a way that is consistent with *Charter* principles, particularly the *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure (*Cloutier*, at p. 184; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at paras. 86-87). In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, Cory J. emphasized the importance of placing limits on the power of search incident to arrest:

When [the police] are carrying out their duties as highly respected and admired agents of the state they must respect the dignity and bodily integrity of all who are arrested. The

région la plus intime de son corps — en présence d’autres personnes. Indépendamment de la question de savoir si un tel prélèvement peut ou non être légalement utilisé, il fournit aux policiers un échantillon contenant aussi l’ADN de cette personne. Il est difficile d’imaginer intérêt plus personnel ou privé appartenant à une personne à l’égard de son corps.

[94] En conséquence, je conclus que le pouvoir de fouille accessoire à l’arrestation reconnu par la common law n’autorise pas les policiers à prélever des échantillons par écouvillonnage génital. Comme le prélèvement effectué sur le pénis de M. Saeed n’était pas autorisé par une règle de droit, il était abusif et contraire à l’art. 8 de la *Charte*.

[95] Cependant, tout bien considéré, à l’instar des juridictions inférieures, je suis d’avis que la preuve obtenue en violation de la *Charte* pouvait néanmoins être utilisée en vertu du par. 24(2).

I. Analyse : art. 8

[96] L’article 8 de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

[97] La common law autorise les policiers à fouiller une personne accessoirement à son arrestation; ce pouvoir constitue toutefois une exception à la règle générale selon laquelle une fouille sans mandat est présumée abusive (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 13). Bien que les limites de ce pouvoir de common law ne soient pas définies avec précision, il n’est pas pour autant illimité (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 186). Il doit évoluer d’une manière compatible avec les principes consacrés par la *Charte*, en particulier le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (*Cloutier*, p. 184; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 86-87). Dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, le juge Cory a souligné l’importance de limiter le pouvoir de fouille accessoire à l’arrestation :

Dans l’exercice de leurs fonctions de mandataires de l’État très respectés et admirés, [les policiers] doivent respecter la dignité et l’intégrité physique de tous ceux

treatment meted out by agents of the state to even the least deserving individual will often indicate the treatment that all citizens of the state may ultimately expect. Appropriate limits to the power of search incidental to arrest must be accepted and respected. [Emphasis added; para. 47.]

[98] Thus, some kinds of searches fall outside the scope of the common law power of search incident to arrest because they do not reflect a reasonable balance between the individual's interest in preserving dignity and privacy and the state's interest in investigating crime. The issue in this appeal is whether expanding the common law to permit the police to take genital swabs incident to arrest would strike a reasonable balance between these competing individual and state interests.

[99] In *Stillman*, this Court held that mouth swabs, dental impressions and hair samples cannot be taken as part of searches incident to arrest because they represent too great an infringement of bodily integrity and affront to privacy and dignity. Although *Stillman* did not deal with genital swabs, the principles animating the decision suggest that it would also not be a reasonable balancing of interests for the common law to authorize genital swabs.

[100] As Moldaver J. acknowledges, genital swabs represent a significant interference with individual dignity and privacy. He concludes, however, that the seizures at issue in *Stillman* are more physically intrusive than genital swabs. He suggests that a genital swab can be conducted in a matter of minutes, touches only the individual's outer skin, does not cause pain or physical discomfort, and does not pose any risk to the individual's health. He concludes that dental impressions and hair samples are actually *more* physically invasive than genital swabs: dental impressions because they can take up to two hours

qu'ils arrêtent. Le traitement que des mandataires de l'État réservent même à l'individu le moins digne d'égards sera souvent une indication du traitement que tous les citoyens de l'État peuvent s'attendre à recevoir en fin de compte. Des limites appropriées doivent être acceptées et respectées en ce qui concerne le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. [Je souligne; par. 47.]

[98] Par conséquent, certains types de fouilles échappent à l'application du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law, parce que ces fouilles ne reflètent pas un équilibre raisonnable entre l'intérêt de l'individu à la protection de sa dignité et de sa vie privée et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes. Le pourvoi soulève la question de savoir si le fait d'élargir la common law de manière à autoriser les policiers à effectuer des prélèvements par écouvillonnage génital accessoirement à une arrestation permettrait d'établir un équilibre raisonnable entre ces intérêts opposés.

[99] Dans l'arrêt *Stillman*, notre Cour a jugé que des prélèvements buccaux, des empreintes dentaires et des échantillons de cheveux et de poils ne peuvent être pris à l'occasion de fouilles accessoires à l'arrestation, parce qu'il s'agit d'une atteinte trop grave à l'intégrité physique, à la vie privée et à la dignité de la personne. Même si l'affaire *Stillman* ne portait pas sur des prélèvements par écouvillonnage génital, les principes sur lesquels repose cette décision tendent à indiquer que le fait d'autoriser de tels prélèvements en vertu de la common law ne permettrait pas non plus d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts en cause.

[100] Comme le reconnaît le juge Moldaver, les prélèvements par écouvillonnage génital représentent une atteinte importante à la dignité et à la vie privée de la personne. Il conclut toutefois que les saisies en cause dans *Stillman* ont un caractère plus envahissant physiquement que ces prélèvements. Ceux-ci, affirme-t-il, ne requièrent que quelques minutes, ne touchent que la surface extérieure de la peau des personnes qui y sont soumises, ne provoquent pas de douleur ou d'inconfort physique, et ne présentent aucun risque pour la santé de ces personnes. À son avis, la prise d'empreintes

to create; hair samples, one infers, because they can cause some pain to remove.

[101] I cannot agree. A swab of the genital area is far more damaging to personal dignity and privacy than a swab of the inside of the mouth or a pluck of hair from the head. In ideal circumstances a genital swab may take only a few minutes, but it still requires an individual to expose and manipulate his or her genitals in the presence of other persons. If the individual resists the swab, the process can be more protracted and especially invasive.¹ A genital swab is even more intrusive in the context of a female individual. Genital swabs are substantially more invasive and dehumanizing than mouth swabs, hair samples and dental impressions.

[102] Moldaver J. further distinguishes *Stillman* on the basis that there is no informational privacy at stake here because it is not the purpose of a genital swab to collect biographical information from the individual. Rather it is to test for the presence of the DNA of another person — the victim of a sexual assault. However, the Court in *Stillman* was concerned about far more than informational privacy in one's own DNA. The main principle animating *Stillman* was a concern to protect human dignity, which — whatever the degree of informational privacy at stake — is all the more pronounced in the case of genital swabs.

dentaires et d'échantillons de cheveux et de poils a dans les faits un caractère *plus* envahissant physiquement qu'un prélèvement par écouvillonnage génital : les empreintes dentaires, parce que leur création peut prendre jusqu'à deux heures, et les échantillons de cheveux et de poils, on suppose, parce que leur prélèvement est susceptible d'être douloureux.

[101] Je ne suis pas d'accord. Un prélèvement effectué dans la région génitale constitue une atteinte beaucoup plus importante à la dignité et à la vie privée de la personne qu'un prélèvement buccal ou que le fait d'arracher des cheveux sur la tête d'une personne. Dans des circonstances idéales, un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite que quelques minutes, mais il exige néanmoins que l'individu visé expose et manipule ses organes génitaux en présence d'autres personnes. Si celui-ci résiste au prélèvement, le processus peut être plus long et particulièrement envahissant¹. Un prélèvement par écouvillonnage génital est encore plus envahissant lorsque la personne qui y est soumise est une femme. De tels prélèvements sont considérablement plus envahissants et déshumanisants que des écouvillonnages buccaux, la prise d'échantillons de cheveux et de poils, ou la réalisation d'empreintes dentaires.

[102] Le juge Moldaver établit en outre une distinction d'avec l'arrêt *Stillman*, au motif qu'aucune intimité informationnelle n'est en cause en l'espèce, parce qu'un prélèvement par écouvillonnage génital n'a pas pour but de recueillir des renseignements biographiques sur l'individu qui y est soumis. Ce prélèvement vise plutôt à vérifier la présence de l'ADN d'une autre personne, soit la victime d'une agression sexuelle. Cependant, les préoccupations de la Cour dans *Stillman* dépassaient largement l'intimité informationnelle d'une personne relativement à son propre ADN. Le principe fondamental à la base de l'arrêt *Stillman* était le souci de protéger la dignité humaine, protection dont l'importance — quel que soit le degré d'intimité informationnelle en cause — est encore plus marquée dans le cas des prélèvements par écouvillonnage génital.

¹ See, for instance, *R. v. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9.

¹ Voir, par exemple, *R. c. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9.

[103] Cory J. emphasized in *Stillman* that taking bodily samples engages a strong privacy interest related to human dignity. It “may constitute the ultimate affront to human dignity”, he said (para. 39). He reiterated: “It has often been clearly and forcefully expressed that state interference with a person’s bodily integrity is a breach of a person’s privacy and an affront to human dignity” (para. 42). Notably, he found that the common law power of search incident to arrest does not go so far as to authorize the police to take bodily samples because the taking of bodily samples is “highly intrusive” and “violate[s] the sanctity of the body which is essential to the maintenance of human dignity” (para. 51). This resonates with this Court’s repeated emphasis on the close relationship between bodily privacy and human dignity (see, e.g., *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 21; *Golden*, at paras. 87 and 98-99; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949). In my view, my colleague’s discussion of *Stillman* betrays an unduly narrow reading of the decision and the fundamental interests it sought to protect.

[104] Further, although the *purpose* of a genital swab may be to search for “residue” deposited on the individual’s genitals, an *effect* of the seizure is to put the individual’s DNA in the hands of the state. As the expert evidence in this case indicated, this residue is indivisible from the person’s own bodily substances: the sample also contains the individual’s DNA. Whatever its purpose, a genital swab has the result of giving police a DNA sample from the individual.

[105] As Moldaver J. notes, it would presently be unlawful for the police to treat the genital swab sample as evidence of the individual’s DNA. In principle, the courts would supervise any such future use. But the sample would nonetheless exist and remain in the

[103] Dans l’arrêt *Stillman*, le juge Cory a souligné que le prélèvement d’échantillons corporels met en cause un intérêt important en matière de respect de la vie privée, lié à la dignité humaine. Pareil prélèvement « peu[t] constituer l’atteinte la plus grave à la dignité humaine », a-t-il affirmé (par. 39). Il a rappelé ce qui suit : « On a souvent dit clairement et avec vigueur qu’une atteinte de l’État à l’intégrité physique d’une personne est une violation de la vie privée de cette personne et une atteinte à la dignité humaine » (par. 42). Il a notamment conclu que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l’arrestation ne va pas jusqu’à autoriser les policiers à prélever des échantillons corporels, parce qu’un tel prélèvement est « un acte très envahissant » et qu’il « viol[e] l’intégrité du corps, qui est essentielle à la dignité humaine » (par. 51). Cette conclusion fait écho à l’importance, maintes fois répétée par la Cour, du lien étroit qui existe entre l’intimité physique et la dignité humaine (voir, p. ex., *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 21; *Golden*, par. 87 et 98-99; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, p. 949). À mon avis, l’analyse que fait mon collègue de l’arrêt *Stillman* trahit une interprétation indûment restrictive de cette décision et des intérêts fondamentaux qu’elle vise à protéger.

[104] De plus, bien que l’*objectif* d’un prélèvement par écouvillonnage génital consiste à chercher la présence de « résidus » déposés sur les organes génitaux de l’individu qui y est soumis, l’un des *effets* d’une telle saisie est de mettre l’ADN de ce dernier entre les mains de l’État. Comme l’a indiqué la preuve d’expert en l’espèce, ces résidus sont indissociables des propres substances corporelles de l’individu : l’échantillon contient également son ADN. Quel que soit son objectif, un prélèvement par écouvillonnage génital a pour résultat de fournir aux policiers un échantillon de l’ADN de la personne sur laquelle il est effectué.

[105] Comme le souligne le juge Moldaver, il serait pour l’instant illégal pour les policiers de considérer les échantillons prélevés sur les organes génitaux d’un individu comme des éléments de preuve de l’ADN de cette personne. En principe, les

hands of the police, available for undetermined potential future use. The law may subsequently evolve, or the sample might be used by the police — perhaps improperly — for purposes other than to generate evidence the admissibility of which would be scrutinized in court.

[106] The highly invasive and dehumanizing nature of genital swabs has been recognized in the United Kingdom, where genital swabs are treated as a particularly invasive kind of search and seizure. Under the U.K. legislation *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (*P.A.C.E.*), a genital swab is governed by the rules for “intimate samples”, not body *searches*, and is prohibited altogether except on consent (ss. 62(1) and 65). Genital swabs and other intimate samples — like blood, urine, and semen samples — are in a separate category from both strip searches and non-intimate samples — such as hair samples and other swabs. The definition of an intimate sample makes no reference to the purpose of the sample. What makes these samples “intimate” under *P.A.C.E.* is the high degree of bodily invasion, not the purpose of the search.

[107] Turning to society’s interests in effective law enforcement, I agree with my colleague that genital swabs can advance compelling state interests. Not only is sexual assault a very serious offence, but it is also notoriously difficult to prove. A search for the victim’s DNA on the genitals of the arrested person can yield highly probative physical evidence.

tribunaux contrôlèrent toute utilisation de la sorte qui en serait faite subséquemment. Mais ces échantillons continueraient néanmoins d’exister, de demeurer entre les mains des policiers et, de fait, de pouvoir être utilisés de façon indéterminée dans le futur. Il est possible que le droit évolue éventuellement, ou encore que les échantillons soient utilisés par les policiers — peut-être de façon inappropriée — à des fins autres que celles consistant à générer des éléments de preuve dont l’admissibilité serait examinée devant un tribunal.

[106] La nature hautement envahissante et dés-humanisante des prélèvements par écouvillonnage génital a été reconnue au Royaume-Uni, où l’on considère qu’il s’agit d’un type particulièrement envahissant de fouille et de saisie. Selon la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 60 (la « loi *P.A.C.E.* »), du Royaume-Uni, les prélèvements par écouvillonnage génital sont régis par les règles applicables, non pas aux *fouilles* corporelles, mais aux [TRADUCTION] « échantillons intimes », et ils sont tout à fait interdits, sauf s’il y a consentement (par. 62(1) et art. 65). Le prélèvement d’échantillons par écouvillonnage génital et le prélèvement d’autres échantillons intimes — tels les échantillons de sang, d’urine et de sperme — n’appartiennent pas à la même catégorie que les fouilles à nu et les prélèvements d’échantillons non intimes — tels les échantillons de cheveux et de poils et d’autres prélèvements par écouvillonnage. La définition d’échantillon intime ne mentionne aucunement l’objectif de cet échantillon. Ce qui rend ces échantillons « intimes » pour l’application de la loi *P.A.C.E.* est le haut degré d’atteinte à l’intégrité physique, et non l’objectif de la fouille.

[107] Pour ce qui est de l’intérêt de la société à ce que la loi soit appliquée efficacement, je conviens avec mon collègue que les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent favoriser des intérêts impérieux de l’État. Non seulement l’agression sexuelle constitue une infraction très grave, mais elle est aussi notoirement difficile à prouver. Vérifier la présence de l’ADN de la victime sur les organes génitaux de l’accusé peut permettre d’obtenir des éléments de preuve matériels très probants.

[108] However, I do not agree with Moldaver J. that the state interests are more compelling here than they were in *Stillman*. My colleague says the kind of evidence collected by genital swabs is inherently transient and vulnerable to destruction, whereas the kind of evidence collected by mouth swabs, hair samples and dental impressions is in no danger of disappearing. He concludes that the common law can advance important state interests by ensuring the police can collect genital swab evidence before it disappears. However, in stressing that genital swabs enable the police to preserve evidence which could otherwise disappear, my colleague implicitly assumes that this is evidence that the police could eventually collect lawfully, presumably upon obtaining a warrant. But if there is no lawful means by which the police could collect the evidence, ever, it would not matter how long the evidence lasts. Nothing would be lost when the evidence disappeared — no state interests would be compromised — because even if the evidence had survived, the police would have had no lawful authority to collect it.

[109] This was the case in *Stillman*: at the time of the seizures, the *Criminal Code* provision authorizing a warrant for that kind of DNA evidence had not yet been enacted and thus the effect of the decision was that there was no other lawful means by which the police could have obtained that evidence. As a result, the question of whether the evidence would disappear could not have been relevant to the scope of the common law power at that time: at the time of the seizures, the police could not obtain the DNA evidence *at all*. Thus, the fact that the evidence was in no danger of disappearing in *Stillman* is not a basis upon which to distinguish the evidence in this case.

[108] Cependant, je ne suis pas d'accord avec le juge Moldaver pour dire que les intérêts de l'État sont en l'espèce plus impérieux qu'ils ne l'étaient dans l'arrêt *Stillman*. Mon collègue affirme que les éléments de preuve obtenus au moyen d'un prélèvement par écouvillonnage génital sont intrinsèquement éphémères et vulnérables aux risques de destruction, alors que ceux recueillis au moyen de prélèvements buccaux, ou par la prise d'échantillons de cheveux et de poils, ou d'empreintes dentaires ne risquent pas de disparaître. Il conclut que la common law peut favoriser des intérêts importants de l'État en faisant en sorte que la police puisse recueillir des éléments de preuve par écouvillonnage génital avant que ceux-ci ne disparaissent. Cependant, en soulignant que de tels prélèvements permettent aux policiers de préserver des éléments de preuve qui, autrement, pourraient disparaître, mon collègue suppose implicitement qu'il s'agit d'éléments de preuve que les policiers pourraient ultérieurement obtenir légalement, vraisemblablement après avoir obtenu un mandat. Cependant, s'il n'existe aucun moyen légal susceptible de permettre aux policiers, à quelque moment que ce soit dans le futur, de recueillir ces éléments, la durée de vie de ceux-ci importe peu. Rien ne serait alors perdu en cas de disparition de cette preuve — aucun intérêt étatique ne serait compromis —, car, même si elle avait subsisté, les policiers n'auraient pas été légalement autorisés à la recueillir.

[109] C'était le cas dans l'affaire *Stillman* : comme au moment des saisies la disposition du *Code criminel* autorisant la délivrance d'un mandat relativement à ce type de preuve génétique n'avait pas encore été édictée, il ressort de cette décision que les policiers ne disposaient d'aucun autre mécanisme légal au moyen duquel ils auraient pu obtenir ces éléments de preuve. Par conséquent, le risque de disparition de ces éléments ne pouvait constituer une considération pertinente dans la détermination de la portée du pouvoir de common law à l'époque : au moment des saisies, les policiers ne pouvaient *absolument pas* obtenir la preuve génétique. Le fait que, dans *Stillman*, la preuve en cause ne risquait pas de disparaître ne peut donc pas être invoqué pour établir une distinction entre cette preuve et celle qui nous intéresse en l'espèce.

[110] Similarly, it is not clear whether there is any other lawful means by which the police can conduct genital swabs. Without finally deciding the issue, there is no warrant obviously available. The general warrant provision in s. 487.01(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, empowers a judge to issue a warrant to do anything that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure — but that subsection cannot be “construed as to permit interference with the bodily integrity of any person” (s. 487.01(2)). Genital swabs also do not appear to fall within any of the special warrants. While it is not necessary to decide this issue here, I note that if no warrant is available for genital swabs, then it simply does not follow that the common law can advance state interests by allowing the police to take a genital swab before the sample degrades in the time it would take to obtain a warrant. Perishability alone cannot transform an unlawful seizure into a lawful one.

[111] Finally, Moldaver J. suggests that in order to prevent an individual from destroying the evidence a genital swab would collect, the police must detain the individual in a way that makes wiping his or her genitals impossible. Here, this meant handcuffing Mr. Saeed to a pipe in a dry cell, without access to water or a toilet. My colleague reasons that such a form of detention is itself undignified, but this indignity can be prevented if a warrantless genital swab is carried out as soon as possible.

[112] This manner of detention certainly involves a further and troubling compromise of the individual’s dignity. I note, first, that the trial judge did not make a finding of fact that this manner of detention is *necessary* to preserve the evidence a genital swab

[110] De la même façon, on ne saurait dire avec certitude si les policiers disposent d’autres moyens légaux de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital. Sans trancher la question de façon définitive, on peut affirmer qu’il n’existe pas de mandat autorisant de façon évidente de telles fouilles. La disposition relative au mandat général énoncée au par. 487.01(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, habilite un juge à décerner un mandat autorisant à accomplir tout acte qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive; ce paragraphe n’a toutefois pas « pour effet de permettre de porter atteinte à l’intégrité physique d’une personne » (par. 487.01(2)). Les prélèvements par écouvillonnage génital ne semblent pas non plus relever d’un des mandats spéciaux. Bien qu’il ne soit pas nécessaire de décider la question en l’espèce, je tiens à souligner que l’absence de mandat permettant de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital ne signifie pas forcément que la common law peut favoriser les intérêts de l’État en autorisant les policiers à prélever ce type d’échantillon pour parer à la dégradation de la preuve qui surviendrait en attendant la délivrance d’un mandat. Le caractère périssable d’une preuve ne saurait à lui seul transformer une saisie illégale en une saisie légale.

[111] Enfin, le juge Moldaver laisse entendre que, pour empêcher un individu de détruire les éléments de preuve susceptibles d’être prélevés par écouvillonnage génital, les policiers doivent le détenir de manière à ce qu’il lui soit impossible de s’essuyer les organes génitaux. Dans la présente affaire, on l’a fait en menottant M. Saeed à un tuyau dans une cellule sèche, sans toilettes ou lavabo. Suivant le raisonnement de mon collègue, cette forme de détention constitue en soi une atteinte à la dignité, laquelle peut toutefois être évitée si un prélèvement par écouvillonnage génital est réalisé sans mandat dès que possible.

[112] Ce mode de détention suppose certainement une autre atteinte préoccupante à la dignité de la personne. Je relève tout d’abord que la juge du procès n’a pas tiré la conclusion de fait selon laquelle cette forme de détention était *nécessaire* pour préserver

would collect. The expert could not identify the time frame within which the residue will degrade naturally. And, although there was evidence that an individual can dissipate the residue by wiping or washing his or her genitals, there was no evidence that detention in a dry cell is the only means by which this can be prevented.

[113] More fundamentally, even if this practice was proven necessary to preserve perishable evidence, this necessity could not be used to justify the greater affront to dignity that a genital swab would represent. One indignity cannot justify another. It would be ironic indeed if s. 8 did not protect individuals from the indignity of genital swabs *precisely because* it protects them from the indignity of detention in dry cells.

[114] Balancing the competing individual and state interests, I find — as did the Court in *Stillman* — that the individual's freedom from such an indignity and invasion of privacy must prevail. In *Stillman*, the individual privacy interests at stake in mouth swabs, dental impressions and hair samples were so important that the Court held the common law does not authorize such seizures — even though there was, at that time, no other lawful means by which the police could have obtained that kind of evidence. (The *Criminal Code* warrant for a mouth swab or hair sample was enacted *after* the seizures in *Stillman: An Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis)*, S.C. 1995, c. 27, s. 1.) In my view, the individual privacy interests at stake in this case are even more compelling: this kind of examination of a person's genitals is a profound affront to privacy and dignity. The state interests in this case, while strong, are no more compelling than they were in *Stillman*. I conclude it is not a reasonable balancing of the competing interests to permit the police to take warrantless genital swabs

les éléments de preuve que l'écouvillonnage génital permet de recueillir. L'expert n'était pas en mesure de préciser la période dans laquelle les résidus se détérioreraient de façon naturelle. En outre, même si des éléments de preuve indiquaient qu'un individu peut faire disparaître les résidus en essuyant ses organes génitaux ou en les lavant, il n'y avait aucune preuve établissant que la détention dans une cellule sèche est la seule façon d'empêcher que cela se produise.

[113] Plus fondamentalement, même si on démontrait que cette pratique est nécessaire pour préserver des éléments de preuve périssables, on ne pourrait invoquer cette nécessité pour justifier l'atteinte plus grave à la dignité de la personne que représente un prélèvement par écouvillonnage génital. Une atteinte à la dignité ne saurait en justifier une autre. Il serait d'ailleurs paradoxal que l'art. 8 ne protège pas une personne contre l'atteinte à la dignité que constitue un prélèvement par écouvillonnage génital *précisément parce qu'il* la protège contre l'atteinte à la dignité que représente sa détention dans une cellule sèche.

[114] Après avoir soupesé les intérêts opposés de l'individu et de l'État, je conclus, comme l'a fait la Cour dans l'arrêt *Stillman*, que c'est le droit de l'individu d'être protégé contre une telle atteinte à la dignité et à la vie privée qui doit l'emporter. Dans *Stillman*, les intérêts individuels en matière de respect de la vie privée que soulèvent les prélèvements buccaux et la prise d'empreintes dentaires et d'échantillons de cheveux et de poils ont été jugés à ce point importants que la Cour a conclu que la common law n'autorisait pas de telles saisies, même s'il n'existait à l'époque aucun autre moyen légal qui aurait permis aux policiers d'obtenir ce type d'éléments de preuve. (Les dispositions du *Code criminel* relatives au mandat autorisant les prélèvements buccaux ou la prise d'échantillons de cheveux ou de poils ont été édictées *postérieurement* aux saisies en cause dans *Stillman : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)*, L.C. 1995, c. 27, art. 1.) À mon avis, les intérêts individuels en matière de respect de la vie

under the common law power of search incident to arrest.

[115] Moldaver J. indeed agrees that the traditional safeguards for the common law power are insufficient to protect the enhanced privacy interests at stake with genital swabs. His solution is to add a higher threshold of police justification. The traditional threshold test for a search incident to arrest requires only that the arrest be lawful and the search be conducted for a valid purpose connected to the arrest; no further justification is needed for the search itself (*Cloutier*, at pp. 185-86). My colleague proposes to create a specific test for genital swabs with an additional requirement: the police must also have reasonable grounds to believe the genital swab will reveal and preserve evidence of an offence.

[116] Only once before has this Court imposed a heightened threshold test for a particular type of search incident to arrest in order to protect the interests engaged by s. 8 of the *Charter*. In *Golden*, the majority of the Court held that the police may conduct a strip search incident to arrest only when they have reasonable and probable grounds for the strip search. Iacobucci and Arbour JJ. explained their reasoning as follows (para. 98):

privée en jeu dans la présente affaire sont encore plus impérieux : en effet, le type d'examen des organes génitaux en cause ici constitue une atteinte profonde à la vie privée et à la dignité de la personne concernée. Malgré leur importance, les intérêts de l'État en l'espèce ne sont pas plus impérieux qu'ils ne l'étaient dans *Stillman*. Je conclus que le fait d'autoriser les policiers à procéder sans mandat à des prélèvements par écouvillonnage génital en vertu du pouvoir que reconnaît la common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation ne permet pas d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts divergents en présence.

[115] Le juge Moldaver reconnaît d'ailleurs que les garanties traditionnelles associées au pouvoir de common law ne sont pas suffisantes pour protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en jeu lors des prélèvements par écouvillonnage génital. Sa solution consiste à resserrer le critère préliminaire de la justification auquel doivent satisfaire les policiers. Suivant le critère préliminaire traditionnel applicable pour justifier une fouille accessoire à une arrestation, il suffit que l'arrestation soit légale et que la fouille vise à réaliser un objectif valable lié à l'arrestation; aucun autre motif n'est requis pour justifier la fouille elle-même (*Cloutier*, p. 185-186). Mon collègue propose de créer un critère particulier à l'égard des prélèvements par écouvillonnage génital, qui comporterait une exigence additionnelle : les policiers doivent également avoir des motifs raisonnables de croire qu'un tel prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction.

[116] Notre Cour n'a qu'une seule fois jusqu'ici imposé un critère préliminaire plus exigeant à l'égard d'un type particulier de fouille accessoire à une arrestation afin de protéger les intérêts garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Golden*, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que des policiers ne pouvaient procéder à une fouille à nu accessoire à une arrestation que s'ils avaient des motifs raisonnables et probables de le faire. Les juges Iacobucci et Arbour ont expliqué comme suit leur raisonnement (par. 98) :

In *Cloutier, supra*, this Court concluded that a common law search incident to arrest does not require additional grounds beyond the reasonable and probable grounds necessary to justify the lawfulness of the arrest itself: *Cloutier, supra*, at pp. 185-86. However, this conclusion was reached in the context of a “frisk” search, which involved a minimal invasion of the detainee’s privacy and personal integrity. In contrast, a strip search is a much more intrusive search and, accordingly, a higher degree of justification is required in order to support the higher degree of interference with individual freedom and dignity. In order to meet the constitutional standard of reasonableness that will justify a strip search, the police must establish that they have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest.

[117] It follows from this passage that a higher degree of justification than reasonable and probable grounds is required for searches which are more intrusive than strip searches. Genital swabs, which require touching and manipulation of the genitals (and result in what is in fact a DNA sample), are without doubt more intrusive. A straightforward application of *Golden* thus implies that something more than reasonable and probable grounds is required for genital swabs.² My colleague’s threshold test of “reasonable grounds to believe” is insufficient.

[118] More fundamentally, additional requirements for particular types of searches incident to arrest should be avoided. When the traditional test for search incident to arrest — the arrest must be lawful and the search must be conducted for a valid purpose connected to the arrest — is insufficient to protect the individual privacy and dignity interests at stake, the search is not authorized by the existing common

² Further, as noted above, the U.K. legislation upon which the Court relied in *Golden* distinguishes between a genital swab and strip searches (*P.A.C.E.*, s. 65). Unlike strip searches, genital swabs are prohibited except on consent and with the authorization of an inspector (*P.A.C.E.*, s. 62(1)). This is so even though the purpose is to obtain DNA information about someone other than the individual.

Dans l’arrêt *Cloutier*, précité, notre Cour a conclu qu’une fouille accessoire à une arrestation en common law n’a pas à être justifiée par d’autres motifs que les motifs raisonnables et probables nécessaires pour justifier la légalité de l’arrestation elle-même : *Cloutier*, précité, p. 185-186. Cette conclusion a toutefois été tirée dans le contexte d’une fouille sommaire, qui ne portait qu’une atteinte minimale à la vie privée et à l’intégrité personnelle du détenu. Par contraste, une fouille à nu est beaucoup plus envahissante et, partant, elle commande un degré plus élevé de justification pour appuyer l’atteinte plus grave portée à la liberté et à la dignité de la personne. Pour satisfaire à la norme constitutionnelle du caractère raisonnable justifiant la fouille à nu, les agents de police doivent établir qu’ils avaient des motifs raisonnables de conclure qu’une fouille à nu était nécessaire dans les circonstances particulières de l’arrestation.

[117] Il ressort de cet extrait qu’un degré plus élevé de justification que celui des motifs raisonnables et probables est nécessaire lorsqu’il s’agit de fouilles plus envahissantes qu’une fouille à nu. Les prélèvements par écouvillonnage génital, au cours desquels les organes génitaux d’une personne doivent être touchés et manipulés (et dont le résultat est en réalité un échantillon d’ADN), constituent indubitablement des fouilles plus envahissantes. Une simple application de l’arrêt *Golden* indique donc qu’un critère plus exigeant que celui des motifs raisonnables et probables est requis dans le cas des prélèvements par écouvillonnage génital². Le critère préliminaire des « motifs raisonnables de croire » proposé par mon collègue est insuffisant.

[118] Plus fondamentalement, il vaut mieux éviter d’appliquer des exigences additionnelles à l’égard de types particuliers de fouilles accessoires à une arrestation. Lorsque le critère traditionnel des fouilles accessoires à une arrestation — à savoir la nécessité que l’arrestation soit légale et que la fouille vise à réaliser un objectif valable lié à l’arrestation — ne suffit pas à protéger les intérêts en matière de vie privée

² De plus, comme je l’ai déjà signalé, la loi du Royaume-Uni sur laquelle la Cour s’est fondée dans l’arrêt *Golden* établit une distinction entre le prélèvement par écouvillonnage génital et la fouille à nu (loi *P.A.C.E.*, art. 65). Contrairement à la fouille à nu, le prélèvement par écouvillonnage génital est interdit, sauf s’il y a consentement et si un inspecteur l’autorise (loi *P.A.C.E.*, par. 62(1)), et ce, même si le prélèvement vise à obtenir des renseignements sur l’ADN d’une autre personne que celle qui est soumise à l’écouvillonnage génital.

law. Only in the rarest of cases should the court impose an additional requirement and thereby create a new test specific to that type of search.

[119] This is so for at least two reasons. First, a specific threshold test is much less effective in safeguarding privacy than judicial pre-authorization. As Moldaver J. acknowledges, the purpose of s. 8 is to prevent unjustified searches before they happen, not simply to decide after the fact whether a search should have happened (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 160; *Golden*, at para. 89). Additional threshold requirements for the test for search incident to arrest must be applied in the field by the police who are focussed on law enforcement. Judicial oversight would only come after the fact, and only in a subset of cases — where incriminating evidence is found, charges are laid, and the lawfulness of the search is challenged at trial. It would come as cold comfort to someone who has suffered the indignity of a genital swab, for example, to learn some time later that it never should have happened because there were no reasonable and probable grounds for it. Judicial pre-authorization minimizes the risk of unjustified searches occurring much more effectively than does an additional threshold requirement for the test for search incident to arrest.

[120] A second problem with judicially imposed threshold requirements for specific types of searches incident to arrest is that defining these requirements is a nuanced exercise which may be best left to Parliament. Not only must the right balance be found between the competing privacy and law enforcement interests; the framework must be workable for the police. The common law power of search incident to arrest is a blunt tool, but this makes it relatively straightforward for the police to use. Rather than

et de dignité qui sont en cause, la fouille n'est pas autorisée par les règles de common law existantes. Ce n'est que dans des cas extrêmement rares que les tribunaux devraient imposer une exigence additionnelle et créer ainsi un nouveau critère propre au type de fouille en question.

[119] Il en est ainsi pour au moins deux raisons. Premièrement, l'application d'un critère préliminaire spécifique protège beaucoup moins efficacement la vie privée qu'une procédure d'autorisation judiciaire préalable. Comme le reconnaît le juge Moldaver, l'art. 8 a pour but d'empêcher les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non pas simplement de déterminer après le fait si une fouille aurait dû être effectuée (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 160; *Golden*, par. 89). L'application d'exigences additionnelles assortissant le critère applicable aux fouilles accessoires à l'arrestation se fait nécessairement sur le terrain par les policiers, qui se concentrent sur leurs fonctions d'application de la loi. Le contrôle judiciaire n'intervient qu'après le fait et uniquement dans certaines situations — lorsque des éléments de preuve incriminants sont découverts, que des accusations sont portées et que la légalité de la fouille est contestée au procès. À titre d'exemple, il ne serait guère réconfortant pour une personne ayant souffert l'indignité d'un prélèvement par écouvillonnage génital d'apprendre quelque temps plus tard qu'elle n'aurait jamais dû être soumise à un tel prélèvement parce qu'il n'existait aucun motif raisonnable et probable le justifiant. Une procédure d'autorisation judiciaire préalable réduit beaucoup plus efficacement le risque de fouilles injustifiées que l'ajout d'une exigence au critère préliminaire applicable aux fouilles accessoires à l'arrestation.

[120] Deuxièmement, un autre problème lié à l'imposition par voie judiciaire d'exigences préliminaires applicables à certains types de fouilles accessoires à une arrestation est le fait que la définition de ces exigences représente un exercice délicat, qu'il est préférable de laisser au législateur. Non seulement doit-on trouver le juste équilibre entre les intérêts divergents que constituent le respect de la vie privée et l'intérêt des autorités chargées de l'application de la loi, mais encore faut-il que les

complicating matters with various add-ons intended to perform different functions, it should be left to Parliament to equip the police with additional tools tailor-made for specific functions.

[121] Thus, I certainly agree with Moldaver J. that Parliament could choose to create a legislative regime for genital swabs that balances the need to obtain and preserve evidence with the need to safeguard privacy interests, much as it did for DNA samples.

[122] In conclusion, I recognize that genital swabs can provide important evidence of serious offences. In principle, they can be an effective law enforcement tool. However, the state interest in law enforcement must be considered in light of the profound impact on privacy and human dignity inherent in a genital swab. The common law power of search incident to arrest has limits. I conclude that it does not authorize the police to take genital swabs.

[123] Because it was not authorized by law, the swab the police took from Mr. Saeed's penis was carried out in breach of s. 8 of the *Charter*.

II. Analysis: Section 24(2)

[124] In the exceptional circumstances of this case, I would nonetheless uphold the trial judge's decision to admit the evidence obtained from Mr. Saeed in breach of the *Charter*. In deciding whether the

policiers soient en mesure d'appliquer le cadre qui est retenu. Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law n'est pas un outil des plus raffinés, mais cette même caractéristique le rend relativement simple à utiliser par les policiers. Au lieu de compliquer les choses en greffant à ce pouvoir divers éléments censés remplir différentes fonctions, il serait préférable de laisser au législateur le soin d'équiper les policiers d'outils additionnels spécialement adaptés à certaines fonctions particulières.

[121] En conséquence, je suis certes d'accord avec le juge Moldaver lorsqu'il affirme que le législateur pourrait, en ce qui concerne les prélèvements par écouvillonnage génital, décider de créer un régime législatif qui établirait un juste équilibre entre, d'une part, le besoin de recueillir et de préserver des éléments de preuve et, d'autre part, la nécessité de protéger les intérêts en matière de vie privée de l'individu visé, comme il l'a fait dans le cas des échantillons d'ADN.

[122] En conclusion, je reconnais que les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent permettre de recueillir d'importants éléments de preuve relatifs à des infractions graves. En principe, ils peuvent s'avérer un outil d'application de la loi efficace. Toutefois, l'intérêt de l'État à assurer l'application de la loi doit être examiné au regard du profond impact qu'ont intrinsèquement de tels prélèvements sur la vie privée et la dignité humaine. Le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law comporte des limites. J'estime qu'il n'autorise pas la police à effectuer des prélèvements par écouvillonnage génital.

[123] Comme le prélèvement recueilli par les policiers sur le pénis de M. Saeed n'était pas autorisé par une règle de droit, il a été effectué en violation de l'art. 8 de la *Charte*.

II. Analyse : par. 24(2)

[124] Vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, je confirmerais néanmoins la décision de la juge du procès de permettre l'utilisation des éléments de preuve obtenus de M. Saeed en violation de

admission of the evidence would bring the justice system into disrepute, the three factors to consider are (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71).

[125] A trial judge's findings on these issues are entitled to considerable deference and should be overturned only if the judge did not consider the proper factors or made an unreasonable finding (*Grant*, at para. 86; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 82). In this case, the trial judge (and both sets of reasons from the Court of Appeal, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219) held that the evidence should be admitted. In my view, the trial judge's exercise of discretion should not be disturbed.

[126] In considering the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the trial judge found that the officer who directed the swab did not appropriately consider Mr. Saeed's *Charter* rights and the ambit of the police's power of search incident to arrest, but that there was no "actual bad faith" on the part of the police. She considered that the *Charter*-infringing state conduct was serious. However, where the police act on a mistaken understanding of the law where the law is unsettled, their *Charter*-infringing conduct is considered to be less serious (*Cole*, at paras. 86-87; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 69 and 71). If anything, the trial judge erred in the appellant's favour by overstating the seriousness of the state conduct. Since the law respecting genital swabs was unsettled at the time this swab was taken and the police acted on their understanding of the law, the first factor does not weigh in favour of the exclusion of the evidence.

la *Charte*. Pour déterminer si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, trois facteurs doivent être pris en compte : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte*; (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71).

[125] Les conclusions tirées par les juges qui président les procès sur ces questions commandent une déférence considérable et elles ne devraient être modifiées que si ceux-ci n'ont pas tenu compte des considérations applicables ou s'ils ont tiré une conclusion déraisonnable (*Grant*, par. 86; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 82). Dans le cas qui nous occupe, la juge du procès a estimé que la preuve devrait être utilisée (et les deux opinions rédigées en Cour d'appel vont dans le même sens, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219). À mon avis, il n'y a pas lieu d'intervenir dans la façon dont la juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire.

[126] Dans l'examen de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, la juge du procès a conclu que le policier qui avait ordonné le prélèvement n'avait pas dûment tenu compte des droits que garantit la *Charte* à M. Saeed et de l'étendue des pouvoirs dont disposent les policiers en matière de fouille accessoire à l'arrestation, mais qu'il n'y avait pas eu [TRADUCTION] « véritablement mauvaise foi » de leur part. Elle a qualifié de grave la conduite attentatoire à la *Charte* de l'État. Toutefois, lorsque les policiers agissent sur la foi d'une interprétation erronée du droit applicable et que celui-ci est incertain, leur conduite attentatoire à la *Charte* est considérée moins grave (*Cole*, par. 86-87; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 69 et 71). De fait, la juge du procès a plutôt commis une erreur favorable à l'appelant en exagérant la gravité de la conduite de l'État. Comme le droit relatif aux prélèvements par écouvillonnage génital était incertain au moment où le prélèvement a été effectué et que les policiers ont agi en fonction de leur interprétation du droit, le premier facteur ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve.

[127] The second factor — the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused — was obviously serious, and weighs against admitting the evidence. There is no doubt that this was a very intrusive search that engaged the core of the accused’s bodily privacy. The trial judge found that the process “violated a very core value of privacy, an accused’s privacy with respect to his genitals, and his right to not being exposed”. In addition, in *Côté*, this Court noted that “[i]f the search could not have occurred legally, it is considerably more intrusive of the individual’s reasonable expectation of privacy” (para. 72). As discussed above, it is doubtful whether a warrant is available for this evidence. If the police could not have lawfully obtained this evidence at all, either under search incident to arrest or under any warrant, then this would further heighten the impact on the accused’s *Charter*-protected interests (*Côté*, at paras. 58-74). As the trial judge held, the second factor weighs strongly in favour of exclusion.

[128] The third factor — society’s interest in the adjudication of the case on its merits — weighs in favour of admission. This inquiry asks “whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion” (*Grant*, at para. 79). Three relevant considerations are the reliability of the evidence, the importance of the evidence to the Crown’s case, and the seriousness of the offence (*Grant*, at paras. 80-84), although the latter may “cut both ways” in some cases (para. 84). First, the DNA evidence was reliable and probative. Second, the evidence was very important in the Crown’s case. In finding that Mr. Saeed was in fact the attacker, the trial judge considered the DNA evidence alongside eyewitness accounts. Although the Crown’s case would not have been gutted without the DNA evidence, the Crown conceded on appeal that a conviction may not have reasonably flowed from the remaining evidence. Third, aggravated sexual assault is a serious offence: while society

[127] Le deuxième facteur — l’incidence de la violation sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte* — était manifestement grave et milite contre l’utilisation de la preuve. Il n’y a aucun doute qu’il s’agissait d’une fouille très envahissante qui touchait à l’essence même de l’intimité physique de l’accusé. La juge du procès a conclu que la procédure [TRA-DUCTION] « violait une valeur absolument fondamentale de la vie privée, à savoir le droit de l’accusé au respect de sa vie privée en ce qui a trait à ses organes génitaux, ainsi que son droit de ne pas être tenu d’exposer son corps ». De plus, dans l’arrêt *Côté*, notre Cour a souligné que « [l]orsque la fouille ou la perquisition n’aurait pu avoir lieu légalement, il y a empiètement accru sur l’attente raisonnable en matière de vie privée » (par. 72). Comme je l’ai déjà expliqué, il est douteux qu’il soit possible d’obtenir un mandat pour recueillir cette preuve. S’il était absolument impossible pour les policiers d’obtenir celle-ci légalement, que ce soit en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l’arrestation ou en vertu d’un mandat, l’incidence sur les droits garantis à l’accusé par la *Charte* serait alors plus marquée (*Côté*, par. 58-74). Comme l’a conclu la juge du procès, le deuxième facteur milite fortement en faveur de l’exclusion.

[128] Le troisième facteur — l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond — milite en faveur de l’utilisation de la preuve. Il s’agit de « déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l’utilisation ou par l’exclusion d’éléments de preuve » (*Grant*, par. 79). La fiabilité des éléments de preuve, leur importance pour la poursuite et la gravité de l’infraction reprochée constituent trois considérations pertinentes à cet égard (*Grant*, par. 80-84), bien que cette dernière puisse « jouer dans les deux sens » dans certains cas (par. 84). Premièrement, la preuve génétique était fiable et probante. Deuxièmement, cette preuve revêtait une grande importance pour la thèse du ministère public. Pour conclure que M. Saeed était effectivement l’agresseur, la juge du procès a tenu compte de la preuve génétique en corrélation avec les récits des témoins oculaires. Même si l’exclusion des éléments de preuve génétique n’aurait pas été fatale à la preuve du ministère public, le ministère public a concédé en appel que

has an interest in a justice system that is beyond reproach when the penal stakes are high, this brutal public assault of an adolescent girl was particularly heinous, and society also has a keen interest in the adjudication of this case on its merits. Taking all these considerations together, the third factor weighs in favour of admitting the evidence.

[129] Having regard to all the circumstances, the evidence should be admitted. The impact of the *Charter* breach on the accused was very serious. Going forward, in the face of settled law, it would be difficult to justify its admission. However, the law on this issue was unsettled at the time of this seizure and the police acted on their understanding of the law. Furthermore, society has a strong interest in the adjudication of this brutal sexual assault. On balance, I conclude that the trial judge was justified in concluding that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

III. Conclusion

[130] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[131] ABELLA J. (dissenting) — In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, this Court concluded that searches that violate bodily integrity “may constitute the ultimate affront to human dignity”. The case involved the taking of hair samples, buccal swabs, and dental impressions. Because those searches were found to be “highly intrusive” and “the ultimate invasion of the appellant’s privacy”, the evidence was excluded. If the taking of hair, buccal and dental samples are “the ultimate invasion” of an individual’s privacy, one wonders how to conceptualize a search whereby an individual is required to remove his

les autres éléments n’auraient pas raisonnablement permis de déclarer l’accusé coupable. Troisièmement, une agression sexuelle grave est une infraction grave : bien que la société ait intérêt à ce que le système de justice soit irréprochable lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales, cette brutale agression publique commise contre une adolescente était particulièrement odieuse et la société a également un vif intérêt à ce que l’affaire soit jugée au fond. Compte tenu de toutes ces considérations, le troisième facteur milite en faveur de l’utilisation de la preuve.

[129] Eu égard à l’ensemble des circonstances, l’utilisation de la preuve devrait être autorisée. L’incidence de la violation de la *Charte* sur l’accusé était très grave. Dans le futur, en présence de règles de droit bien établies, il serait difficile de justifier l’utilisation de cette preuve. Toutefois, le droit était incertain au moment de la saisie et les policiers ont agi en fonction de leur interprétation de celui-ci. De plus, la société a un intérêt sérieux à ce que cette brutale agression sexuelle soit jugée. Tout bien considéré, je suis d’avis que la juge du procès était justifiée de conclure que l’utilisation de la preuve n’était pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

III. Conclusion

[130] En conséquence, je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[131] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Dans l’arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, notre Cour a conclu que les fouilles qui violent l’intégrité physique d’une personne « peuvent constituer l’atteinte la plus grave à la dignité humaine ». Cette affaire portait sur la prise d’échantillons de cheveux et de poils, de prélèvements buccaux et d’empreintes dentaires. Comme la Cour a conclu que ces fouilles étaient des actes « très envahissant[s] » et constituaient « l’atteinte la plus grave à la vie privée de l’appelant », les éléments de preuve recueillis ont été écartés. Si le fait de prendre des échantillons

clothes and swab his penis in front of two uniformed police officers.

[132] While I agree with Justice Karakatsanis that the search was a breach of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I do not, with respect, share her view that the resulting evidence should be admitted.

[133] In determining whether the evidence should be excluded under s. 24(2), three factors are to be balanced in accordance with *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353:

- The seriousness of the *Charter*-infringing state conduct;
- The impact of the breach on *Charter*-protected interests of the accused; and
- The societal interest in adjudication on the merits.

[134] While the public clearly has an interest in the adjudication of a case on its merits, it also has an interest “in ensuring that the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with . . . serious offences”: *R. v. Spencer*, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 80; see also *R. v. Taylor*, [2014] 2 S.C.R. 495. No factor, in other words, is determinative. And, of equal significance, none is absolute.

[135] The first factor engages its own continuum, as Doherty J.A. pointed out in *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.):

Police conduct can run the gamut from blameless conduct, through negligent conduct, to conduct demonstrating a blatant disregard for *Charter* rights: see Hill, “The Role of Fault in Section 24(2) of the *Charter*”, in *The*

de cheveux et de poils, des prélèvements buccaux et des empreintes dentaires constitue « l’atteinte la plus grave » à la vie privée d’une personne, que faut-il penser d’une fouille au cours de laquelle un individu doit enlever ses vêtements et faire un prélèvement par écouvillonnage de son pénis devant deux policiers en uniforme.

[132] Bien que je convienne avec la juge Karakatsanis que la fouille contrevenait à l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne puis, en toute déférence, me rallier à son point de vue selon lequel la preuve obtenue à la suite de celle-ci devrait être utilisée.

[133] Pour décider si cette preuve devrait être écartée en application du par. 24(2), trois facteurs doivent être soupesés conformément à l’arrêt *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353 :

- la gravité de la conduite attentatoire de l’État;
- l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé garantis par la *Charte*;
- l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond.

[134] Quoique le public ait manifestement intérêt à ce que l’affaire soit jugée au fond, il a aussi intérêt « à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés [d’]infractions graves » (*R. c. Spencer*, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 80; voir également *R. c. Taylor*, [2014] 2 R.C.S. 495). Autrement dit, aucun facteur n’est déterminant. Et, point tout aussi important, aucun n’est absolu.

[135] Comme l’a fait remarquer le juge Doherty dans *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), le premier facteur possède son propre continuum :

[TRADUCTION] La conduite de la police peut couvrir tout le spectre des comportements, de la conduite irréprochable à la conduite démontrant un mépris flagrant des droits garantis par la *Charte* en passant par la conduite

Charter's Impact on the Criminal Justice System (1996) at p. 57 (Cameron, ed.). What is important is the proper placement of the police conduct along that fault line, not the legal label attached to the conduct. [para. 41]

[136] The key, as a result, is not so much whether the conduct fits within a compartment called “good faith” or “bad faith”, but whether the police reasonably believed they were respecting the *Charter*: David M. Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 408; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Chuhaniuk* (2010), 292 B.C.A.C. 89, at para. 34.

[137] Ryan J.A., for the majority, elaborated on the “good faith” analysis in *R. v. Washington* (2007), 248 B.C.A.C. 65, where she explained:

Although good faith is not fully defined in the jurisprudence, the underlying notion is [that] good faith is present when the police have conducted themselves in manner that is consistent with what they subjectively, reasonably, and non-negligently believe to be the law. This is perhaps better understood as a contrast to situations where the police deliberately, flagrantly and wilfully breach a *Charter* right to gain some perceived advantage, that advantage usually being the avoidance of compliance with the *Charter*. [para. 78]

[138] In other words, as a police officer’s disregard of *Charter* requirements becomes more deliberate or flagrant, his or her conduct approaches the “bad faith” end of the spectrum: *R. v. Morelli*, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Dhillon* (2012), 93 C.R. (6th) 260 (B.C.C.A.); *R. v. Voong* (2013), 347 B.C.A.C. 278.

[139] Where does the police conduct fall on the spectrum in this case? Even though the trial judge did not conclude that the police acted in bad faith, neither did she find good faith. This is hardly surprising in the circumstances. Mr. Saeed was initially arrested at 6:05 a.m., released from custody sometime between 7:00 a.m. and 7:30 a.m., and then

négligente (voir Hill, « The Role of Fault in Section 24(2) of the *Charter* », dans *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996) p. 57 (Cameron, dir.)). Ce qui importe, c’est de positionner au bon endroit la conduite de la police sur ce spectre plutôt que de s’attacher à sa qualification juridique. [par. 41]

[136] Ainsi, ce qui importe, ce n’est pas tant de savoir si le comportement entre dans la catégorie des actes accomplis de « bonne foi » ou de « mauvaise foi », mais plutôt de savoir si les policiers croyaient raisonnablement qu’ils respectaient la *Charte* (David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd. 2015), p. 408; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Chuhaniuk* (2010), 292 B.C.A.C. 89, par. 34).

[137] Au nom des juges majoritaires, la juge Ryan a précisé l’analyse relative à la « bonne foi » dans l’arrêt *R. c. Washington* (2007), 248 B.C.A.C. 65, dans lequel elle explique :

[TRADUCTION] Bien que la bonne foi ne soit pas entièrement définie dans la jurisprudence, le principe sous-jacent veut qu’il y ait bonne foi lorsque la conduite des policiers est conforme à ce que ceux-ci estiment — subjectivement, raisonnablement et sans négligence — être légal. Cela est peut-être plus facile à comprendre si l’on compare ces situations à celles où les policiers portent atteinte délibérément, volontairement et de manière flagrante à un droit garanti par la *Charte* pour gagner ce qu’ils perçoivent être un avantage, lequel consiste le plus souvent à éviter de se conformer à la *Charte*. [par. 78]

[138] En d’autres mots, plus le mépris des exigences de la *Charte* par un policier devient délibéré ou flagrant, plus sa conduite s’approche de l’extrémité du spectre correspondant aux comportements de « mauvaise foi » (*R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Dhillon* (2012), 93 C.R. (6th) 260 (C.A. C.-B.); *R. c. Voong* (2013), 347 B.C.A.C. 278).

[139] Où se situe la conduite des policiers en l’espèce? Même si elle n’a pas estimé que les policiers avaient agi de mauvaise foi, la juge du procès n’a pas conclu non plus qu’ils étaient de bonne foi. Cela n’est guère surprenant dans les circonstances. M. Saeed a été arrêté pour la première fois à 6 h 05, puis libéré entre 7 h et 7 h 30, et arrêté de nouveau

re-arrested at 8:35 a.m. When he arrived at the police station at around 8:50 a.m., he was placed in a dry cell with his hands cuffed behind his back to a metal pipe which was positioned low to the ground. He was made to sit on the floor in this position for almost an hour without the opportunity to use the washroom or drink water.

[140] At 10:26 a.m., he was directed to expose his genitals and wipe a cotton-tipped swab around the head of his penis in the presence of two police officers. Mr. Saeed did not consent to the search. While the swab was conducted, Mr. Saeed was described by one of the officers as being “naked”.

[141] Nor did the police make any inquiry to determine whether a swab would even be probative before chaining him to a pipe in a dry cell. Mr. Saeed had been free for an hour and a half when he was re-arrested. Despite the fact that he had ample opportunity to wash away the evidence, not only before the initial arrest but also during the time that he was left alone at his apartment before he was re-arrested, the police did not ask whether he had washed or wiped himself during that time. This is a crucial information gap, since expert evidence at the trial indicated that without knowing whether he had washed, it would have been impossible for the police to know whether the best source of DNA evidence was a genital swab or Mr. Saeed’s underwear. The police nonetheless chose the most invasive option.

[142] The police testified that they considered that the search was authorized as being incidental to arrest. Restrictions on obtaining bodily samples as part of a search incident to arrest were articulated in *Stillman*, 14 years before the events in this case occurred, and were confirmed in *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, four years later. The police must therefore be taken to have been aware of them: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 34.

à 8 h 35. Lorsqu’il est arrivé au poste de police vers 8 h 50, il a été placé dans une cellule sèche et menotté, les mains derrière le dos, à un tuyau métallique situé près du sol. Il a été contraint de s’asseoir sur le sol dans cette position pendant près d’une heure sans avoir la possibilité d’utiliser des toilettes ou de boire de l’eau.

[140] À 10 h 26, on lui a ordonné d’exposer ses organes génitaux et de passer un écouvillon autour du gland en présence de deux policiers. M. Saeed n’a pas consenti à la fouille. Selon un des policiers présents, M. Saeed était [TRADUCTION] « nu » pendant que le prélèvement était effectué.

[141] Les policiers n’ont pas non plus cherché à savoir si un prélèvement par écouvillonnage serait même susceptible d’avoir une valeur probante avant d’enchaîner M. Saeed à un tuyau dans une cellule sèche. M. Saeed avait passé une heure et demie en liberté lorsqu’il a été de nouveau arrêté. En dépit du fait qu’il aurait eu amplement le temps de supprimer la preuve en se lavant, et ce, non seulement avant la première arrestation, mais aussi pendant qu’on l’avait laissé seul dans son appartement avant la deuxième arrestation, les policiers ne lui ont pas demandé s’il s’était lavé ou essuyé dans l’intervalle. L’absence de cette information est cruciale étant donné que, selon une preuve d’expert produite au procès, à défaut de savoir si M. Saeed s’était lavé, il était impossible aux policiers de déterminer laquelle des deux sources suivantes était la plus susceptible de fournir une preuve génétique : un prélèvement par écouvillonnage génital ou les sous-vêtements de l’accusé. Les policiers ont néanmoins choisi la solution la plus envahissante.

[142] Les policiers ont témoigné qu’ils avaient considéré que la fouille était autorisée en tant que fouille accessoire à une arrestation. Les restrictions applicables à l’obtention d’échantillons corporels dans le cadre d’une telle fouille ont été énoncées dans *Stillman*, 14 ans avant les événements en cause en l’espèce, et elles ont été confirmées dans *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, quatre ans plus tard. Il faut donc tenir pour acquis que les policiers les connaissaient (*R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 34).

[143] Those decisions confirmed that a search incidental to arrest does not authorize invasive searches of an individual in order to get bodily samples as evidence: *Golden*, at para. 24; *Stillman*, at paras. 42-49. That means the police were required to get prior judicial authorization. Yet there was no explanation for why the police sought no prior judicial authorization. Their evidence was that they began to consider obtaining a genital swab from Mr. Saeed at 8:10 a.m., before he was in police custody for the second time. In the two and a quarter hours between when they decided to obtain the swab and when they got it, they took no steps towards obtaining either a general warrant or a telewarrant for the search.

[144] Their evidence was that they took no steps to obtain a warrant because they wanted to “speed up the process of collecting the evidence” and felt that taking the time to apply for a warrant would leave Mr. Saeed handcuffed to the pipe for too long. One of the officers said that Mr. Saeed was handcuffed to the pipe to “preven[t] him from licking his hands and possibly washing away some of the DNA evidence that we wanted to preserve”. They never explained why there was no time to get a telewarrant. When asked “[d]id you ever at all during this point of the investigation turn your mind to the possibility of applying for a telewarrant?” the answer was “[n]o, I did not.”

[145] Moreover, as the trial judge found, there were no exigent circumstances. She found that the only testimony demonstrating any concern about the need to preserve evidence so as to justify a search incidental to arrest was merely a “vague statement” by one of the officers.

[146] It is not for the police to unilaterally decide to waive an accused’s s. 8 *Charter* protections by deciding that it is more in his interests that the swab be performed quickly than that it be performed

[143] Ces arrêts confirment que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne permet pas d’effectuer des fouilles personnelles envahissantes en vue d’obtenir des échantillons de substances corporelles comme éléments de preuve (*Golden*, par. 24; *Stillman*, par. 42-49). Cela signifie que les policiers devaient obtenir une autorisation judiciaire préalable. Or, aucune explication n’a été donnée sur la raison pour laquelle ils ne l’ont pas fait. Il ressort de leurs témoignages qu’ils ont commencé à envisager de prélever sur M. Saeed des échantillons par écouvillonnage génital à 8 h 10, soit avant qu’il ne soit mis en détention une seconde fois. Au cours de la période de deux heures et quart qui s’est écoulée entre le moment où ils ont décidé d’obtenir un prélèvement et le moment où ils ont obtenu celui-ci, les policiers n’ont fait aucune démarche pour que soit décerné un mandat général ou un télémandat en vue de la fouille.

[144] Ils ont témoigné qu’ils n’avaient entrepris aucune démarche en ce sens parce qu’ils souhaitaient [TRADUCTION] « accélérer la collecte des éléments de preuve » et qu’ils pensaient que, s’ils prenaient le temps de demander un mandat, M. Saeed resterait menotté au tuyau trop longtemps. Un des policiers a déclaré que M. Saeed avait été menotté au tuyau pour « l’empêcher de se lécher les mains et possiblement d’éliminer une partie de la preuve génétique que nous voulions préserver ». Les policiers n’ont jamais expliqué pourquoi ils n’avaient pas eu le temps d’obtenir un télémandat. À la question « [a]vez-vous à quelque moment que ce soit à cette étape de l’enquête envisagé de demander un télémandat? », ce policier a répondu : « Non, je ne l’ai pas envisagé. »

[145] De plus, comme l’a conclu la juge du procès, il n’y avait pas de situation d’urgence. Selon elle, le seul témoignage qui établissait que les policiers se souciaient de préserver des éléments de preuve d’une manière qui justifiait une fouille accessoire à l’arrestation n’était qu’une [TRADUCTION] « vague déclaration » faite par l’un d’eux.

[146] Il ne revient pas aux policiers de décider unilatéralement de retirer à un accusé les protections que lui confère l’art. 8 de la *Charte* en décidant qu’il est davantage dans l’intérêt de celui-ci d’effectuer le

constitutionally. It is true that the Crown led expert evidence to show that DNA evidence may begin to degrade in as little as five hours, but, notably, there was no evidence from the police that they were even aware of this information, let alone sought to act in accordance with it. But even if the police were concerned with obtaining the evidence within five hours, that time had already elapsed when they finally took the swab.

[147] But the most significant problem with this warrantless search is that it is by no means clear that obtaining a warrant for the genital swab was even legally available. There is no statutory authority in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for the issuance of a warrant in these circumstances.³

[148] Section 487.01 of the *Code* provides for the issuance of a general warrant, and expressly states that “[n]othing . . . shall be construed . . . to permit interference with the bodily integrity of any person” (s. 487.01(2)). Warrants for the taking of bodily samples for forensic DNA analysis are available under s. 487.05 of the *Code*. But warrants issued under this provision are limited to the investigative procedures in s. 487.06(1). *None* of the procedures set out in s. 487.06(1) includes conducting genital swabs.

[149] Taken together, we have circumstances that in my respectful view fall at the opposite end of the “good faith” continuum. The police officers failed to inquire and obtain the requisite information to establish reasonable and probable grounds that the evidence sought would still be present on Mr. Saeed’s genitals. They nevertheless proceeded to handcuff him to a pipe against a wall and deprive him of access to water or bathroom facilities. He was then instructed to expose the most private part of his body

³ The relevant provisions are in an Appendix at the end of these reasons.

prélèvement rapidement que constitutionnellement. Il est vrai que le ministère public a présenté une preuve d’expert pour démontrer que la preuve génétique peut commencer à se dégrader en l’espace de cinq heures seulement, mais, fait à noter, les policiers n’ont soumis aucune preuve indiquant qu’ils étaient même au courant de cette donnée, et encore moins qu’ils avaient essayé d’agir en conséquence. Cependant, même si les policiers étaient préoccupés par la nécessité de recueillir les éléments de preuve dans les cinq heures ayant suivi la perpétration du crime, ce laps de temps s’était déjà écoulé lorsqu’ils ont finalement effectué le prélèvement.

[147] Toutefois, le problème le plus important que pose cette fouille sans mandat est qu’il est loin d’être évident qu’il était même légalement possible d’obtenir un mandat pour effectuer un prélèvement par écouvillonnage génital. Aucune disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ne confère le pouvoir de décerner un mandat dans de telles circonstances³.

[148] L’article 487.01 du *Code* pourvoit à la délivrance d’un mandat général, et énonce expressément que cette disposition « n’a pas pour effet de permettre de porter atteinte à l’intégrité physique d’une personne » (par. 487.01(2)). Les mandats visant le prélèvement d’échantillons de substances corporelles en vue d’effectuer une analyse génétique à des fins médico-légales peuvent être délivrés en vertu de l’art. 487.05 du *Code*. Cependant, ces mandats ne concernent que les méthodes d’enquête visées au par. 487.06(1), et *aucune* de ces méthodes n’a trait au prélèvement par écouvillonnage génital.

[149] À mon avis, prises ensemble, les circonstances de la présente espèce se situent à l’autre extrémité du continuum de la « bonne foi ». Les policiers n’ont ni cherché à obtenir ni obtenu les renseignements nécessaires pour établir qu’ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que les éléments de preuve recherchés se trouveraient toujours sur les organes génitaux de M. Saeed. Ils l’ont quand même menotté à un tuyau contre un mur et privé d’eau et d’accès à des toilettes. On lui

³ Les dispositions pertinentes sont reproduites dans une annexe à la fin des présents motifs.

and swab it in front of two uniformed police officers. All of this occurred without Mr. Saeed's consent and without prior judicial authorization. And on top of this deliberate disregard for Mr. Saeed's s. 8 rights, is the fact that the *Criminal Code* appears not to countenance such searches at all.

[150] The next *Grant* question is the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, where we are to examine “the interests engaged by the infringed right and . . . the degree to which the violation impacted on those interests”: para. 77.

[151] This Court concluded in *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, that “[s]trip searches are inherently humiliating and degrading *regardless of the manner in which they are carried out* and thus constitute significant injury to an individual's intangible interests”: para. 64 (emphasis added). Surely this means that the invasion of dignity and bodily integrity does not depend on whether, as the majority concludes, it is “penetrative”, painful or uncomfortable. What is a more private anatomical zone than the genital area?

[152] A genital swab does not just require the individual to expose his or her genitals to state scrutiny, it asks that individual to violate his or her own bodily integrity by collecting potentially self-incriminatory evidence from that most private of areas. The impact on Mr. Saeed's privacy interests is as profound as one can imagine, leaving far in its wake the prior “ultimate” baseline from *Stillman*.

[153] The third *Grant* factor is society's interest in an adjudication on the merits. This too is nuanced and multi-faceted: *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494, at paras. 33-34. What is weighed in considering

a ensuite ordonné d'exposer la partie la plus intime de son corps et d'y faire un prélèvement par écouvillonnage devant deux policiers en uniforme. Tout cela a eu lieu sans le consentement de M. Saeed et sans autorisation judiciaire préalable. En plus de ce mépris délibéré des droits que l'art. 8 garantit à M. Saeed, il y a le fait que le *Code criminel* ne semble aucunement permettre de telles fouilles.

[150] La question suivante sur laquelle il faut se pencher conformément à l'arrêt *Grant* concerne l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte*, ce qui nécessite d'examiner « les intérêts protégés par le droit transgressé, puis [. . .] l'ampleur des conséquences de la violation sur ces intérêts » (par. 77).

[151] Dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, notre Cour a conclu que « [l]es fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, *peu importe la manière dont elles sont effectuées* et constituent une atteinte importante aux intérêts intangibles de la personne » (par. 64 (italiques ajoutés)). Cela signifie certainement que l'atteinte à la dignité et à l'intégrité physique ne dépend pas, contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires, de la question de savoir si la fouille nécessite « l'introduction de quoi que ce soit dans le corps », si elle est douloureuse ou si elle est inconfortable. Existe-t-il une région du corps qui est plus intime que la région génitale?

[152] Un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite pas seulement que la personne qui y est soumise expose ses organes génitaux aux autorités, mais aussi qu'elle viole sa propre intégrité physique en recueillant une preuve potentiellement auto-incriminante sur la partie de son corps la plus intime qui soit. On ne saurait imaginer impact plus profond sur les intérêts en matière de vie privée de M. Saeed, impact qui laisse loin derrière l'ancienne atteinte « la plus grave » établie dans *Stillman*.

[153] Le troisième facteur énoncé dans l'arrêt *Grant* est l'intérêt qu'a la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit également d'un facteur nuancé qui comporte de multiples facettes (*R. c.*

this third factor is the seriousness of the offence, the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case: *Grant*, at paras. 83-84.

[154] As the majority of this Court explained in *Grant*, the seriousness of the offence can be a relevant consideration at this stage of the analysis, but it points both towards inclusion and exclusion of the evidence. What is of utmost importance in weighing the third factor is the long-term reputation of the justice system:

In our view, while the seriousness of the alleged offence may be a valid consideration, it has the potential to cut both ways. Failure to effectively prosecute a serious charge due to excluded evidence may have an immediate impact on how people view the justice system. Yet . . . *it is the long-term repute of the justice system that is s. 24(2)'s focus*. As pointed out in *Burlingham*, [[1995] 2 S.C.R. 206,] the goals furthered by s. 24(2) “operate independently of the type of crime for which the individual stands accused” (para. 51). And as Lamer J. observed in *Collins*, [[1987] 1 S.C.R. 265,] “[t]he *Charter* is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the *Charter* must not be left to that majority” (p. 282). The short-term public clamour for a conviction in a particular case must not deafen the s. 24(2) judge to the longer-term repute of the administration of justice. . . . *[W]hile the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high*. [Emphasis added; para. 84.]

[155] In Professor Hamish Stewart's view, “[t]his passage might well be interpreted as holding that although the seriousness of the offence enhances the public interest in a trial on the merits, it also enhances the disrepute associated with the admission of unconstitutionally obtained evidence; on this interpretation, in most cases, the seriousness of the offence will be a neutral factor”: “Section 24(2):

Harrison, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 33-34). Dans l'examen de ce facteur, il faut prendre en compte la gravité de l'infraction, la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public (*Grant*, par. 83-84).

[154] Comme l'ont expliqué les juges majoritaires de la Cour dans *Grant*, la gravité de l'infraction peut être un élément pertinent à ce stade de l'analyse, mais elle peut jouer autant en faveur de l'inclusion de la preuve que de son exclusion. La considération dont jouit à long terme le système de justice est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit d'apprécier le troisième facteur :

Nous estimons pour notre part que [si la gravité de l'infraction reprochée] peut effectivement [constituer] un facteur valide, c'en est un qui peut jouer dans les deux sens. L'exclusion d'éléments de preuve qui empêche l'examen judiciaire d'une infraction grave peut avoir un effet immédiat sur la perception publique du système de justice, mais [. . .] *c'est la considération dont il jouit à long terme qui importe pour l'application du par. 24(2)*. Comme la Cour l'a indiqué dans *Burlingham*, [[1995] 2 R.C.S. 206,] les objectifs visés par le par. 24(2) « s'appliquent indépendamment du genre de crime reproché à l'accusé » (par. 51). Le juge Lamer a également fait remarquer, dans *Collins*, [[1987] 1 R.C.S. 265,] que « [l]a *Charte* vise à protéger l'accusé contre la majorité, donc la mise en application de la *Charte* ne doit pas être laissée à cette majorité » (p. 282). La clameur publique immédiate exigeant une condamnation ne doit pas faire perdre de vue au juge appelé à appliquer le par. 24(2) la réputation à plus long terme du système de justice. [. . .] *[S]i la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréprochabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales*. [Italiques ajoutés; par. 84.]

[155] Selon le professeur Hamish Stewart, [TRADUCTION] « [O]n peut fort bien considérer que ce passage signifie que, bien que la gravité de l'infraction accroisse l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, elle accroît également la déconsidération liée à l'utilisation d'éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement; suivant cette interprétation, la gravité de l'infraction sera, dans la plupart des

Before and After *Grant*” (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 253, at p. 257; see also p. 262; *R. v. Côté*, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 53.

[156] The view in *Grant* was reiterated in *Harrison*, where the Court said, “the public . . . has a vital interest in a justice system that is beyond reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high”: para. 34. Later, in *Côté*, a majority of this Court noted:

The seriousness of the offence . . . has the potential to “cut both ways” and will not always weigh in favour of admission (*Grant*, at para. 84). While society has a greater interest in seeing a serious offence prosecuted, it has an equivalent interest in ensuring that the judicial system is above reproach, particularly when the stakes are high for the accused person. [para. 53]

(See also *Spencer*, at paras. 79-80, and *Taylor*, at para. 38.)

[157] And although the reliability of the evidence and its importance to the Crown’s case are relevant, bodily evidence will be excluded, the majority of this Court said in *Grant*, “where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused’s . . . bodily integrity and dignity is high . . . notwithstanding its relevance and reliability”: para. 111.

[158] These passages from *Grant* and *Harrison* are clear that, at the very least, the seriousness of the offence should have a limited role in the third stage of the *Grant* test, as it had in *Morelli*. Mr. Morelli was charged with possession of child pornography. The evidence was obtained through an improperly obtained search warrant. A majority of the Court found that Mr. Morelli’s s. 8 rights had been violated. Without the evidence, the Crown had no case. Nevertheless, even though the police did not breach the accused’s rights intentionally, the Court excluded the evidence, stating that “we are required by *Grant* to bear in mind the long-term and prospective repute

cas, un facteur neutre » (« Section 24(2) : Before and After *Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 253, p. 257; voir aussi p. 262; *R. c. Côté*, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 53).

[156] Le point de vue exposé dans *Grant* a été repris dans l’arrêt *Harrison*, où la Cour déclare que « le public a [. . .] un intérêt vital à ce que le système de justice soit irréprochable, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales » (par. 34). Plus tard, dans *Côté*, les juges majoritaires de notre Cour ont souligné ce qui suit :

La gravité de l’infraction est [. . .] susceptible de « jouer dans les deux sens » et ne milite pas toujours en faveur de l’utilisation de la preuve (*Grant*, par. 84). La société a certes grandement intérêt à ce qu’une affaire de crime grave soit jugée au fond, mais elle a un intérêt tout aussi important à ce que le système de justice demeure à l’abri de tout reproche, particulièrement lorsque l’accusé encourt de lourdes conséquences pénales. [par. 53]

(Voir également *Spencer*, par. 79-80, et *Taylor*, par. 38.)

[157] En outre, bien que la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public constituent des considérations pertinentes, la Cour a affirmé à la majorité dans l’arrêt *Grant* que les éléments de preuve corporelle seront écartés « en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l’atteinte à l’intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants sur [. . .] l’intégrité corporelle et la dignité de l’accusé » (par. 111).

[158] Ces passages des arrêts *Grant* et *Harrison* montrent clairement que la gravité de l’infraction devrait jouer, à tout le moins, un rôle limité à la troisième étape de l’analyse de l’arrêt *Grant*, comme cela fut le cas dans *Morelli*. M. Morelli avait été accusé de possession de pornographie juvénile. Les éléments de preuve avaient été recueillis au moyen d’un mandat de perquisition obtenu irrégulièrement. La Cour a conclu à la majorité que les droits que l’art. 8 garantit à M. Morelli avaient été violés. Sans ces éléments, le ministère public ne disposait d’aucune preuve. Néanmoins, bien que la police n’ait pas intentionnellement porté atteinte aux droits de

of the administration of justice, focussing less on the particular case than on the impact over time of admitting the evidence obtained by infringement of the constitutionally protected rights of the accused”: para. 108. Similarly, in *Taylor* this Court excluded blood samples despite the fact that they were “reliable and key to the case” because they were taken in breach of the accused’s s. 8 rights: para. 38. And, it bears noting, this Court in *Stillman* and *Côté*, both murder cases, excluded the evidence.

[159] David M. Paciocco has expressed concern, however, that notwithstanding this Court’s clear direction on how to apply the third *Grant* factor, courts have been overly focused on the seriousness of the offence resulting in unduly favouring the inclusion of evidence:

We have struggled to maintain a meaningful purposive approach to s. 24(2) and we have struggled to maintain doctrinal consistency between it and related constitutional remedies. The truth is that the fortunes of the exclusionary remedy have at times been driven more by the politics of exclusion than the pursuit of remedial purpose. Principles do not perform their usual role of directing conclusions; instead they are selected from time to time to explain policy choices that have been made.

(“Section 24(2): Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning” (2011), 58 *C.L.Q.* 15, at p. 16)

[160] One empirical analysis of 100 cases applying the *Grant* framework from 2010 demonstrated that at the very least there was some confusion in how to interpret the third factor:

l’accusé, la Cour a écarté les éléments preuve en question, et souligné que « nous devons, comme nous y oblige l’arrêt *Grant*, tenir compte des répercussions à long terme sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Ainsi nous devons porter notre regard davantage sur l’incidence future que risque d’avoir l’admission de la preuve obtenue en violation des droits constitutionnels de l’accusé que sur l’affaire en cause » (par. 108). De même, dans *Taylor*, la Cour a exclu des échantillons de sang en dépit du fait qu’il s’agissait d’une preuve « fiable et déterminante pour l’issue de l’affaire », car ceux-ci avaient été prélevés en violation des droits garantis à l’accusé par l’art. 8 (par. 38). De plus, il convient de noter que, dans *Stillman* et *Côté*, deux affaires de meurtre, notre Cour a écarté la preuve.

[159] David M. Paciocco s’est toutefois dit préoccupé par le fait que, en dépit des directives claires de notre Cour sur la manière d’appliquer le troisième facteur de *Grant*, les tribunaux s’attachent trop à la gravité de l’infraction, favorisant ainsi indûment l’inclusion de la preuve :

[TRADUCTION] On s’efforce tant bien que mal de maintenir une interprétation téléologique utile du par. 24(2), ainsi que la cohésion sur le plan théorique entre cette interprétation et les réparations constitutionnelles connexes. La réalité est qu’à certains moments, le sort de la réparation consistant à écarter certains éléments de preuve a été dicté davantage par les aspects politiques de l’exclusion de la preuve que par la poursuite d’un objectif réparateur. Les principes ne jouent pas leur rôle habituel, à savoir orienter les conclusions; ils sont plutôt choisis, de temps à autre, afin d’expliquer certains choix stratégiques ayant été faits.

(« Section 24(2) : Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning » (2011), 58 *C.L.Q.* 15, p. 16)

[160] Une analyse empirique de 100 décisions dans lesquelles les tribunaux ont appliqué le cadre établi dans *Grant* à compter de 2010 a démontré qu’il existait à tout le moins une certaine confusion quant à la manière d’interpréter le troisième facteur :

With respect to classification of the third *Grant* factor — society’s interest in adjudication on the merits — much more interpretive discretion was exercised. Courts do not seem to coherently or uniformly write about this factor. . . . It is difficult to extract meaningful conclusions about the data from the third factor, since courts are considering the factor in different ways. Theoretically, the factor should always be high: society always has a high interest in seeing a case adjudicated on its merits. It is unclear, however, how courts are actually “balancing” this abstract, largely unquantifiable factor alongside the first two *Grant* factors, and how they are assessing this factor in cases where unreliable evidence is being considered, or where evidence that is not central to the case is being considered.

(Mike Madden, “Marshalling the Data: An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant*” (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 229, at p. 236)

[161] Ultimately, based on his empirical analysis of the jurisprudence, Madden concluded that “courts at all levels seem to have ignored or departed from fairly clear suggestions that were laid down by the SCC in *Grant*”: p. 250.

[162] Another empirical study of the post-*Grant* s. 24(2) jurisprudence reached similar conclusions: Justin Milne, “Exclusion of Evidence Trends post *Grant*: Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges?” (2015), 19 *Can. Crim. L.R.* 373. Milne looked at 60 appellate court decisions from 2011 to 2015 reviewing trial judges’ application of *Grant*, to see whether appellate courts were deferring to the *Grant* analyses by trial judges. He found that despite this Court’s strong endorsement of deference to trial judges’ *Grant* analyses in *Côté*, there was no change in the levels of deference shown. Moreover, he found that appellate courts across Canada were more likely to defer to trial judges’ analyses when evidence had been admitted and the offence was serious. He also found that appellate judges who did not show deference frequently interfered with the

[TRANSLATION] En ce qui concerne la classification du troisième facteur de *Grant* — l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond —, les tribunaux ont exercé un plus grand pouvoir discrétionnaire dans son interprétation. Ils ne semblent pas exprimer des points de vue cohérents ou uniformes au sujet de ce facteur. [. . .] Il est difficile de tirer des conclusions significatives à l’égard des données relatives au troisième facteur, étant donné que les tribunaux prennent ce facteur en considération de différentes façons. Théoriquement, il devrait toujours se voir accorder une importance élevée : la société a toujours grandement intérêt à ce qu’une affaire soit jugée sur le fond. Toutefois, il est difficile de dire comment, concrètement, les tribunaux « mettent en balance » ce facteur abstrait et dans une large mesure non quantifiable avec les deux autres facteurs de l’arrêt *Grant*, et comment ils évaluent ce facteur lorsque des éléments de preuve non fiables ou des éléments de preuve non cruciaux pour l’instance sont examinés.

(Mike Madden, « Marshalling the Data : An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 229, p. 236)

[161] En définitive, en se fondant sur son analyse empirique de la jurisprudence, M. Madden a conclu que [TRANSLATION] « les tribunaux de tous les niveaux semblent avoir fait abstraction ou s’être écartés des suggestions passablement claires formulées par la CSC dans *Grant* » (p. 250).

[162] Des conclusions semblables ont été tirées dans une autre étude empirique de la jurisprudence relative au par. 24(2) postérieure à l’arrêt *Grant* (Justin Milne, « Exclusion of Evidence Trends post *Grant* : Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges? » (2015), 19 *Rev. can. D.P.* 373). M. Milne a examiné 60 décisions de cours d’appel — rendues de 2011 à 2015 et portant sur l’application de l’arrêt *Grant* par des juges de première instance — en vue de déterminer si les cours d’appel faisaient montre de déférence à l’égard des analyses de ces juges basées sur *Grant*. Il a conclu que, bien que dans *Côté* notre Cour ait fortement encouragé l’adoption d’une attitude déférente à l’égard des analyses fondées sur l’arrêt *Grant* effectuées par les juges de première instance, le niveau de déférence accordé n’avait pas changé. De plus, il a constaté que les

trial judge's findings at each stage of the *Grant* analysis: p. 375.

[163] The case before us provides an opportunity to confirm the Court's guidance in *Grant* and *Harrison*.

[164] The trial judge relied on the seriousness of the offence at the third stage to counter the "serious" breach of Mr. Saeed's rights. She acknowledged that "[t]here are certainly dangers to the repute of the justice system in admitting this evidence", but did not elaborate on what those dangers were. Nor did she refer to society's heightened interest in protecting the *Charter* rights of those who are accused of serious offences. By failing to consider a relevant factor in the analysis, her analysis is subject to reassessment by this Court: *Côté*, at para. 87.

[165] Even though the DNA evidence is reliable and important to the Crown's case, it is not necessarily vital. Another witness provided eyewitness testimony identifying Mr. Saeed as the perpetrator and, as was noted by the trial judge, S's evidence was strongly corroborated by the fact that she was able to guide the police to Mr. Saeed's apartment.

[166] But whether or not there is other available evidence, the reputation of the justice system weighs against admission of the evidence. The police arrested, released, and re-arrested Mr. Saeed, handcuffed him to a pipe in a dry cell, and, without taking any steps either to obtain a warrant or a telewarrant, proceeded to conduct a genital swab for the purposes of obtaining DNA evidence. The law is clear that judicial authorization is required

cours d'appel canadiennes étaient plus enclines à faire preuve de déférence à l'égard de l'analyse réalisée en première instance lorsque les éléments de preuve avaient été utilisés et que l'infraction reprochée était grave. Il a ajouté que les juges d'appel qui n'adoptaient pas une attitude déférente intervenaient fréquemment à chacune des étapes de l'analyse fondée sur *Grant* (p. 375).

[163] Le présent pourvoi nous offre la possibilité de confirmer les directives énoncées par notre Cour dans *Grant* et *Harrison*.

[164] La juge du procès a invoqué la gravité de l'infraction à la troisième étape de l'analyse pour faire contrepoids à la « grave » violation des droits de M. Saeed. Elle a reconnu que [TRADUCTION] « l'utilisation de ces éléments de preuve comportait certes certains risques d'atteinte à la considération dont jouit le système de justice », mais elle n'a pas précisé en quoi consistaient ces risques. Elle n'a pas non plus fait mention de l'intérêt élevé qu'a la société à protéger les droits que garantit la *Charte* aux personnes accusées d'une infraction grave. Comme la juge a omis de tenir compte d'un facteur pertinent, son analyse peut être réexaminée par la Cour (*Côté*, par. 87).

[165] Bien qu'elle soit fiable et importante pour la preuve du ministère public, la preuve génétique n'est pas nécessairement cruciale. Un autre témoin — un témoin oculaire — a identifié M. Saeed dans sa déposition comme étant l'auteur du crime, et, comme l'a souligné la juge du procès, le témoignage de S était largement corroboré par le fait que cette dernière avait été en mesure d'indiquer aux policiers où se trouvait l'appartement de M. Saeed.

[166] Mais qu'il existe ou non d'autres éléments de preuve, la considération reconnue au système de justice milite contre l'utilisation de la preuve en l'espèce. Les policiers ont arrêté, remis en liberté puis arrêté de nouveau M. Saeed, ils l'ont menotté à un tuyau dans une cellule sèche et, sans faire aucune démarche afin d'obtenir un mandat ou un télémandat, ils ont procédé à un prélèvement par écouvillonnage génital pour obtenir une preuve

to conduct invasive searches with a view to obtaining bodily samples. The police's unjustified and unexplained avoidance of this requirement weighs against admissibility. So does their disregard for the likelihood that a warrant was not even available for such intrusive searches.

[167] Put another way, the deliberate failure to consider a warrant in the absence of exigent circumstances is, at its best, careless; ignoring the legal possibility that under Canadian law the police were not even entitled to take a penile swab, is fatal.

[168] In these circumstances, based on public confidence in the integrity of the justice system, I would exclude the evidence and order a new trial.

APPENDIX

Information for general warrant

487.01 (1) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

(a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;

(b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and

génétique. Le droit est clair : une autorisation judiciaire est nécessaire pour pouvoir effectuer des fouilles envahissantes en vue d'obtenir des échantillons de substances corporelles. L'omission non justifiée et inexplicquée des policiers de respecter cette exigence milite contre l'utilisation de la preuve, tout comme le fait que ces derniers ont négligé de considérer qu'il puisse même ne pas être possible d'obtenir un mandat pour effectuer de telles fouilles.

[167] Autrement dit, l'omission délibérée d'envisager l'obtention d'un mandat vu l'absence de situation d'urgence constitue, au mieux, de l'insouciance; le fait d'avoir négligé la possibilité qu'en droit canadien les policiers n'étaient même pas autorisés à obtenir un prélèvement par écouvillonnage du pénis est fatal.

[168] Dans ces circonstances, vu l'importance de maintenir la confiance du public dans l'intégrité du système de justice, j'écarterais les éléments de preuve en cause et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

ANNEXE

Dénonciation pour mandat général

487.01 (1) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien :

a) si le juge est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus grâce à une telle utilisation ou à l'accomplissement d'un tel acte;

b) s'il est convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice;

(c) there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.

Limitation

(2) Nothing in subsection (1) shall be construed as to permit interference with the bodily integrity of any person.

Information for warrant to take bodily substances for forensic DNA analysis

487.05 (1) A provincial court judge who on *ex parte* application made in Form 5.01 is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe

- (a) that a designated offence has been committed,
- (b) that a bodily substance has been found or obtained
 - (i) at the place where the offence was committed,
 - (ii) on or within the body of the victim of the offence,
 - (iii) on anything worn or carried by the victim at the time when the offence was committed, or
 - (iv) on or within the body of any person or thing or at any place associated with the commission of the offence,
- (c) that a person was a party to the offence, and
- (d) that forensic DNA analysis of a bodily substance from the person will provide evidence about whether the bodily substance referred to in paragraph (b) was from that person

and who is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so may issue a warrant in

c) s'il n'y a aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoit un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte.

Limite

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

Mandat relatif aux analyses génétiques

487.05 (1) Sur demande *ex parte* présentée selon la formule 5.01, un juge de la cour provinciale peut délivrer un mandat — rédigé selon la formule 5.02 — autorisant le prélèvement en conformité avec le paragraphe 487.06(1), pour analyse génétique, du nombre d'échantillons de substances corporelles d'une personne jugé nécessaire à cette fin, s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment, que cela servirait au mieux l'administration de la justice et qu'il existe des motifs raisonnables de croire :

- a) qu'une infraction désignée a été perpétrée;
- b) qu'une substance corporelle a été trouvée ou recueillie;
 - (i) sur le lieu de l'infraction,
 - (ii) sur la victime ou à l'intérieur du corps de celle-ci,
 - (iii) sur ce qu'elle portait ou transportait lors de la perpétration de l'infraction,
 - (iv) sur une personne ou à l'intérieur du corps d'une personne, sur une chose ou à l'intérieur d'une chose ou en des lieux, liés à la perpétration de l'infraction;
- c) que la personne a participé à l'infraction;
- d) que l'analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves selon lesquelles la substance corporelle visée à l'alinéa b) provient ou non de cette personne.

Form 5.02 authorizing the taking, from that person, for the purpose of forensic DNA analysis, of any number of samples of one or more bodily substances that is reasonably required for that purpose, by means of the investigative procedures described in subsection 487.06(1).

Investigative procedures

487.06 (1) A peace officer or a person acting under a peace officer's direction is authorized by a warrant issued under section 487.05, an order made under section 487.051 or an authorization granted under section 487.055 or 487.091 to take samples of bodily substances by any of the following means:

- (a) the plucking of individual hairs from the person, including the root sheath;
- (b) the taking of buccal swabs by swabbing the lips, tongue and inside cheeks of the mouth to collect epithelial cells; or
- (c) the taking of blood by pricking the skin surface with a sterile lancet.

Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Royal & Company, Edmonton; Conor Davis, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

Prélèvements

487.06 (1) Le mandat délivré en vertu de l'article 487.05, l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.051 ou l'autorisation délivrée en vertu des articles 487.055 ou 487.091 autorise l'agent de la paix — ou toute personne agissant sous son autorité — à obtenir des échantillons de substances corporelles de l'intéressé par prélèvement :

- a) de cheveux ou de poils comportant la gaine épithéliale;
- b) de cellules épithéliales par écouvillonnage des lèvres, de la langue ou de l'intérieur des joues;
- c) de sang au moyen d'une piqûre à la surface de la peau avec une lancette stérilisée.

Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelant : Royal & Company, Edmonton; Conor Davis, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 2016 Vol. 1

3^e cahier, 2016 Vol. 1

Cited as [2016] 1 S.C.R. 587-850

Renvoi [2016] 1 R.C.S. 587-850

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY

ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
STÉPHANIE MORIN
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY
ANNA TURINOV

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CHLOE MAGEE

NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) v. Fraser Health Authority 587

Workers' compensation — Occupational disease — Causation — Evidence — Standard of proof — Hospital laboratory technicians diagnosed with breast cancer applying for compensation on basis that their cancers are occupational diseases — Compensation payable if employment is of causative significance in development of disease — Medical experts unable to find sufficient scientific basis to establish causal link between workers' cancers and employment — Whether Tribunal erred in its approach to causation in deciding that workers' cancer was occupational disease arising due to nature of employment — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, ss. 6, 250(4).

R. v. Vassell 625

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of three years to trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

R. v. Jordan 631

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of more than four years between charges and end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for applying s. 11(b).

R. v. Williamson 741

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of nearly three years between charges and end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for determining s. 11(b) infringement applied.

SOMMAIRE

Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c. Fraser Health Authority 587

Accidents du travail — Maladie professionnelle — Lien de causalité — Preuve — Norme de preuve — Techniciennes du laboratoire d'un hôpital atteintes d'un cancer du sein demandant une indemnisation parce que leur cancer constitue une maladie professionnelle — Indemnisation payable s'il existe un lien causal significatif entre l'emploi et l'évolution de la maladie — Experts médicaux incapables de conclure à l'existence de données scientifiques permettant d'établir un lien de causalité entre le cancer des employées et leur travail — Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son analyse du lien de causalité en décidant que le cancer dont étaient atteintes les employées était une maladie professionnelle attribuable à la nature de leur travail? — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 6, 250(4).

R. c. Vassell 625

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de trois ans jusqu'au procès — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé, garanti à l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés, d'être jugé dans un délai raisonnable?

R. c. Jordan 631

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de plus de quatre ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'art. 11b).

R. c. Williamson 741

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de près de trois ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application d'un nouveau cadre d'analyse pour décider s'il y a eu violation de l'art. 11b).

CONTENTS (Concluded)

Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd. 770

Employment law — Unjust dismissal — Dismissal without cause — Non-unionized employees — Employer terminating non-unionized employee on a without-cause basis with severance package — Employee filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code — Whether non-unionized employees can be lawfully dismissed without cause under Code — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employer terminating non-unionized employee on a without-cause basis with severance package — Employee filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code — Adjudicator allowing employee's complaint — Whether decision of Adjudicator reasonable — Streamlining standard of review framework — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.

SOMMAIRE (Fin)

Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée 770

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Congédiement non motivé — Employés non syndiqués — Licenciement non motivé par l'employeur d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte pour congédiement injuste déposée par l'employé en vertu du Code canadien du travail — Le Code permet-il le congédiement non motivé des employés non syndiqués? — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Licenciement non motivé par l'employeur d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte pour congédiement injuste déposée par l'employé en vertu du Code canadien du travail — Plainte de l'employé accueillie par l'arbitre — La décision de l'arbitre était-elle raisonnable? — Simplification du cadre d'analyse de la norme de contrôle — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.

**Workers' Compensation Appeal
Tribunal** *Appellant*

v.

**Fraser Health Authority,
Katrina Hammer,
Patricia Schmidt and
Anne MacFarlane** *Respondents*

- and -

**Katrina Hammer,
Patricia Schmidt and
Anne MacFarlane** *Appellants*

v.

**Workers' Compensation Appeal Tribunal and
Fraser Health Authority** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Ontario Network of Injured
Workers' Groups, Industrial Accident
Victims' Group of Ontario,
Community Legal Assistance Society
and British Columbia Federation
of Labour** *Interveners*

**INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA
(WORKERS' COMPENSATION APPEAL TRIBUNAL) v.
FRASER HEALTH AUTHORITY**

2016 SCC 25

File No.: 36300.

2016: January 14; 2016: June 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

**Workers' Compensation Appeal
Tribunal** *Appellant*

c.

**Fraser Health Authority,
Katrina Hammer,
Patricia Schmidt et
Anne MacFarlane** *Intimées*

- et -

**Katrina Hammer,
Patricia Schmidt et
Anne MacFarlane** *Appelantes*

c.

**Workers' Compensation Appeal Tribunal et
Fraser Health Authority** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
Ontario Network of Injured
Workers' Groups, Industrial Accident
Victims' Group of Ontario,
Community Legal Assistance Society
et British Columbia Federation
of Labour** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE
(WORKERS' COMPENSATION APPEAL TRIBUNAL) c.
FRASER HEALTH AUTHORITY**

2016 CSC 25

N° du greffe : 36300.

2016 : 14 janvier; 2016 : 24 juin.

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

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

Workers' compensation — Occupational disease — Causation — Evidence — Standard of proof — Hospital laboratory technicians diagnosed with breast cancer applying for compensation on basis that their cancers are occupational diseases — Compensation payable if employment is of causative significance in development of disease — Medical experts unable to find sufficient scientific basis to establish causal link between workers' cancers and employment — Whether Tribunal erred in its approach to causation in deciding that workers' cancer was occupational disease arising due to nature of employment — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, ss. 6, 250(4).

H, S and M (the “workers”) were among seven technicians at a single hospital laboratory who were diagnosed with breast cancer. Each of them applied for compensation under the *Workers Compensation Act* on the basis that the cancer was an occupational disease. The *Act* provides that where a worker is disabled from an occupational disease that is due to the nature of his or her employment, compensation is payable as if the disease were a personal injury arising out of and in the course of that employment. In accordance with the applicable policy, the payment of benefits is conditional upon the employment having been of “causative significance” in the development of the worker’s illness.

The medical experts who provided evidence concluded that there was a lack of a sufficient scientific basis to causally link the incidence of breast cancer to the workers’ employment in the laboratory. A review officer of the Workers’ Compensation Board denied each of the workers’ claims. The workers each appealed the Board’s decision to the Workers’ Compensation Appeal Tribunal. A majority of the Tribunal found that the workers’ breast cancers were indeed occupational diseases. Upon application by the employer to the Tribunal for reconsideration, a reconsideration panel upheld the original decision. The employer’s application for judicial review of the Tribunal’s original and reconsideration decisions was allowed: both decisions were set aside and the matter was remitted back to the Tribunal. On appeal by the workers, the majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the Tribunal’s reconsideration decision was a nullity and that the Tribunal’s original decision was patently unreasonable. The workers now appeal to this Court, raising the issue of whether the Tribunal erred in its approach to causation. The Tribunal also appeals to this Court, raising the issue of whether it can, by way of

Accidents du travail — Maladie professionnelle — Lien de causalité — Preuve — Norme de preuve — Techniciennes du laboratoire d’un hôpital atteintes d’un cancer du sein demandant une indemnisation parce que leur cancer constitue une maladie professionnelle — Indemnisation payable s’il existe un lien causal significatif entre l’emploi et l’évolution de la maladie — Experts médicaux incapables de conclure à l’existence de données scientifiques permettant d’établir un lien de causalité entre le cancer des employées et leur travail — Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son analyse du lien de causalité en décidant que le cancer dont étaient atteintes les employées était une maladie professionnelle attribuable à la nature de leur travail? — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 6, 250(4).

H, S et M (les « employées ») font partie des sept techniciennes du même laboratoire d’un hôpital qui ont appris être atteintes d’un cancer du sein. Chacune d’elles a réclamé une indemnité au titre de la *Workers Compensation Act* (la « Loi ») en affirmant que le cancer constituait une maladie professionnelle. Selon la *Loi*, lorsqu’un travailleur est invalide à cause d’une maladie professionnelle attribuable à la nature de son travail, une indemnité doit lui être versée tout comme s’il s’agissait d’une blessure corporelle survenue par le fait et à l’occasion de ce travail. La directive applicable assujettit le versement des prestations au fait que le travail a eu un effet « causal significatif » sur l’évolution de la maladie qui frappe le travailleur.

La preuve fournie par les experts médicaux indique qu’ils ont conclu à l’absence de données scientifiques permettant d’établir l’existence d’un lien de causalité entre l’incidence du cancer du sein et le travail en laboratoire des employées. Un agent de révision du Workers’ Compensation Board (la « Commission ») a rejeté chacune des demandes des employées. Chacune d’elles a fait appel de la décision de la Commission devant le Workers’ Compensation Appeal Tribunal (« Tribunal »). Une majorité des membres du Tribunal a qualifié de maladie professionnelle le cancer du sein dont étaient atteintes les employées. L’employeur a demandé au Tribunal de réexaminer sa décision et un comité de réexamen a confirmé cette décision. La demande de contrôle judiciaire de l’employeur à l’encontre de la décision initiale du Tribunal et de sa décision sur la demande de réexamen a été accueillie; les deux décisions ont été annulées et l’affaire a été renvoyée au Tribunal. Dans l’appel interjeté par les employées, la Cour d’appel à la majorité a rejeté l’appel, concluant que la décision du Tribunal sur la demande de réexamen était nulle et que sa décision initiale était manifestement déraisonnable.

a reconsideration decision, reopen an earlier decision to consider whether it was patently unreasonable.

Held (Côté J. dissenting in part): The appeal by the workers should be allowed. The appeal by the Tribunal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Brown JJ.: The standard of review applicable to the Tribunal's original decision requires curial deference, absent a finding of fact or law that is patently unreasonable. Because a court must defer where there is evidence capable of supporting a finding of fact, patent unreasonableness is not established where the reviewing court considers the evidence merely to be insufficient.

The presence or absence of opinion evidence from an expert positing or refuting a causal link is not determinative of causation. Causation can be inferred — even in the face of inconclusive or contrary expert evidence — from other evidence, including merely circumstantial evidence. Subject to the applicable standard of review, the task of weighing evidence rests with the trier of fact. In the instant case, the Tribunal's original decision cannot be said to have been patently unreasonable. While the record on which that decision was based did not include confirmatory expert evidence, the Tribunal nonetheless relied upon other evidence which, viewed reasonably, was capable of supporting its finding of a causal link between the workers' breast cancers and workplace conditions.

In addition, according to the standard of proof set out in s. 250(4) of the *Act*, where the evidence is evenly weighed on causation, that issue must be resolved in the workers' favour. This standard of proof contrasts sharply with the scientific standards employed by the medical experts in the case at bar. The majority of the Tribunal was right to consider that the experts thus imposed a too stringent standard of proof. In relying upon the inconclusive quality of the experts' findings as determinative of whether a causal link was established between the workers' breast cancers and their employment, the chambers judge and the majority of the Court of Appeal erred in law.

Les employées se pourvoient maintenant devant la Cour et soulèvent la question de savoir si le Tribunal a commis une erreur dans son analyse de la causalité. Le Tribunal se pourvoit lui aussi devant la Cour, soulevant la question de savoir s'il peut, par une décision sur une demande de réexamen, rouvrir une décision antérieure pour déterminer si elle était manifestement déraisonnable.

Arrêt (la juge Côté est dissidente en partie) : Le pourvoi des employées est accueilli. Le pourvoi du Tribunal est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Brown : La norme de contrôle applicable à la décision initiale du Tribunal commande la retenue, en l'absence d'une conclusion de fait ou de droit manifestement déraisonnable. Étant donné qu'une cour doit faire preuve de retenue lorsque les éléments de preuve peuvent étayer une conclusion de fait, le caractère manifestement déraisonnable n'est pas établi lorsque la cour de révision estime simplement que la preuve est insuffisante.

La présence ou l'absence de témoignage d'opinion d'un expert qui confirme ou réfute l'existence d'un lien de causalité n'est pas un critère déterminant en matière de causalité. Il est possible d'inférer la causalité — même en présence d'une preuve d'expert non concluante ou contraire — à partir d'autres éléments de preuve, y compris d'une preuve simplement circonstancielle. Sous réserve de la norme de contrôle applicable, l'évaluation de la preuve incombe au juge des faits. En l'espèce, on ne saurait dire que la décision initiale du Tribunal était manifestement déraisonnable. Bien que le dossier sur lequel reposait la décision ne contienne aucune preuve d'expert confirmative, le Tribunal s'est néanmoins fondé sur d'autres éléments de preuve qui, perçus de façon raisonnable, pouvaient étayer sa conclusion quant à l'existence d'un lien causal entre le cancer du sein des employées et leurs conditions de travail.

De plus, selon la norme de preuve établie au par. 250(4) de la *Loi*, lorsque les éléments de preuve ont une valeur probante égale quant au lien de causalité, la question doit être tranchée en faveur des employés. Cette norme de preuve contraste nettement avec les normes d'ordre scientifique appliquées par les experts médicaux en l'espèce. Les membres majoritaires du Tribunal ont estimé avec raison que les experts imposaient une norme de preuve trop stricte. En se fondant sur les conclusions incertaines des experts pour se prononcer quant à l'existence de la preuve d'un lien de causalité entre le cancer du sein des employées et leur travail, le juge en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur de droit.

With respect to the appeal by the Tribunal, the employer agrees with the Court of Appeal's assessment that the Tribunal's reconsideration decision was a nullity. Accordingly, there is no reason to interfere with that aspect of the Court of Appeal's decision.

Per Côté J. (dissenting in part): There is agreement with the majority with respect to the Tribunal's appeal only. As for the workers' appeal, it should be dismissed since the original decision of the Tribunal is patently unreasonable and ought to be set aside. There is no evidence — and certainly no positive evidence — capable of supporting a causal link between the workers' employment and the development of their respective diseases.

Experts are responsible for providing decision-makers with precisely those inferences that decision-makers — due to the technical nature of the issues — are unable to formulate themselves. The Tribunal is not presumed to possess medical expertise. As a result, while the Tribunal is not bound by the medical experts' findings, it cannot simply disregard their uncontradicted conclusions. In this case, the expert reports before the Tribunal were unequivocal: the available evidence could not establish any causal relationship between the workers' employment as laboratory technicians and the development of their breast cancer.

In the instant case, the medical experts did not seek to establish causation on a level of scientific certainty. Having undertaken a more limited investigation, the medical experts simply found no workplace exposure that could plausibly have increased the risk of developing breast cancer. As a result, even on the relaxed standard of proof applicable under s. 250(4) of the *Act*, there is still no positive evidence capable of establishing causative significance.

While drawing inferences is important in fact finding, the evidence in the record must still be capable of supporting the inferences drawn. Otherwise, the fact-finder is at risk of straying outside the realm of inference and reasonable deductions and into the wilderness of mere speculation or conjecture. Common sense or inferential reasoning cannot bridge insuperable gaps in the evidence, in either a standard civil action or in an administrative claim under the *Act*. In the case at bar, the only support for the Tribunal's original decision is the existence of a cluster of diagnosed cases of breast cancer.

Pour ce qui est de l'appel du Tribunal, l'employeur estime à l'instar de la Cour d'appel que la décision du Tribunal sur la demande de réexamen était nulle. En conséquence, il n'y a aucune raison de modifier la décision de la Cour d'appel à cet égard.

La juge Côté (dissidente en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires uniquement en ce qui concerne l'appel du Tribunal. Pour ce qui est de l'appel des employées, il doit être rejeté puisque la décision initiale du Tribunal est manifestement déraisonnable et doit être annulée. Il n'existe dans ce dossier aucun élément de preuve — et certainement aucun élément de preuve positive — susceptible d'étayer l'existence d'un lien de causalité entre l'emploi des employées et le développement de leur maladie respective.

Le rôle de l'expert est précisément de fournir au décideur une conclusion que ce dernier, en raison de la nature technique de la question à trancher, ne peut formuler. Le Tribunal n'est pas présumé posséder une expertise spécialisée dans le domaine médical. Ainsi, bien qu'il ne soit pas lié par les conclusions des experts médicaux, le Tribunal ne peut simplement écarter leurs conclusions non contredites. En l'espèce, les rapports d'experts soumis au Tribunal étaient catégoriques : la preuve présentée ne permettait pas d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le travail de chaque employée en tant que technicienne de laboratoire et le cancer du sein que chacune avait développé.

Dans la présente affaire, les experts médicaux ne cherchaient pas à établir l'existence d'un lien de causalité avec un degré de certitude scientifique. Ayant ainsi limité le cadre de leur analyse, les experts médicaux ont simplement conclu qu'aucune exposition à des substances en milieu de travail ne pouvait de façon plausible avoir augmenté le risque de développer un cancer du sein. En conséquence, même en appliquant la norme assouplie de preuve applicable aux termes du par. 250(4) de la *Loi*, on ne trouve aucun élément de preuve positive susceptible de démontrer l'existence d'un lien causal significatif.

Bien qu'il faille accorder de l'importance aux conclusions tirées par le juge des faits, la preuve au dossier doit néanmoins permettre d'étayer les conclusions ainsi tirées. Sinon, le juge des faits risque de déborder le cadre des inférences et des déductions raisonnables et de s'aventurer dans la jungle des pures hypothèses et spéculations. Le raisonnement par induction ou fondé sur le bon sens ne peut tout simplement pas combler les lacunes insurmontables dans la preuve, que ce soit dans une action civile ou dans une demande administrative présentée en vertu de la *Loi*. En l'espèce, la décision

The Tribunal's findings of fact simply do not rise above the level of mere speculation. The Tribunal disregarded the consensus view of the medical experts, in spite of its own lack of expertise in medical matters. The Tribunal also ignored the applicable policy, which states that there must be sufficient positive evidence capable of supporting a finding of causative significance, failing which the only possible option is to deny the claim.

Cases Cited

By Brown J.

Referred to: *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Sam v. Wilson*, 2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199; *Moore v. Castlegar & District Hospital* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98; *Speckling v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Kovach, Re* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98, rev'd 2000 SCC 3, [2000] 1 S.C.R. 55; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Medwid v. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

By Côté J. (dissenting in part)

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v; *Page v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2009 BCSC 493; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32; *Caswell v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 152; *Kozak v. Funk* (1997), 158 Sask. R. 283, aff'g in part (1995), 135 Sask. R. 81; *Meringolo v. Oshawa General*

initiale du Tribunal repose uniquement sur l'existence d'un groupe de cas diagnostiqués de cancer du sein. Les conclusions de fait tirées par le Tribunal ne vont pas au-delà de simples spéculations. Le Tribunal a écarté l'opinion unanime des experts médicaux, malgré le fait qu'il ne possédait lui-même aucune connaissance spécialisée dans le domaine médical. Le Tribunal a également fait fi de la directive applicable, qui prévoit qu'il doit exister suffisamment d'éléments de preuve positive permettant de conclure à l'existence d'un lien causal significatif, à défaut de quoi la seule décision possible est le rejet de la demande.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêts mentionnés : *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Sam c. Wilson*, 2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199; *Moore c. Castlegar & District Hospital* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98; *Speckling c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Kovach, Re* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98, inf. par 2000 CSC 3, [2000] 1 R.C.S. 55; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Medwid c. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

Citée par le juge Côté (dissidente en partie)

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v; *Page c. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2009 BCSC 493; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32; *Caswell c. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 152; *Kozak c. Funk* (1997), 158 Sask. R. 283, conf. en partie (1995),

Hospital (1991), 46 O.A.C. 260, leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. vii; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, s. 58.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, ss. 6, 96, 96.2 to 96.4, 245.1(w), 250(2), (4), 253.1, 254, 255(1), 256(2), Sch. B.

Authors Cited

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
 British Columbia. Workers' Compensation Board. *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II (online: <http://www.worksafebc.com>).
 Cheifetz, David. "The Snell Inference and Material Contribution: Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark" (2005), 30 *Advocates' Q.* 1.
 Haack, Susan. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014.
 Hill, Austin Bradford. "The Environment and Disease: Association or Causation?" (1965), 58 *Proc. R. Soc. Med.* 295.
 Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia. *Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, Final Report by George Astrakianakis et al. March 31, 2006 (online: <http://www.phsa.ca>).
 Wright, Richard W. "Proving Causation: Probability versus Belief", in Richard Goldberg, ed., *Perspectives On Causation*. Oxford: Hart, 2011, 195.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Chiasson, Frankel, Bennett and Goepel J.J.A.), 2014 BCCA 499, 364 B.C.A.C. 241, 82 Admin. L.R. (5th) 246, 67 B.C.L.R. (5th) 213, 380 D.L.R. (4th) 204, 625 W.A.C. 241, [2015] 4 W.W.R. 1, [2014] B.C.J. No. 3111 (QL), 2014 CarswellBC 3824 (WL Can.), affirming a decision of Savage J., 2013 BCSC 524, [2013] B.C.J. No. 605 (QL), 2013 CarswellBC 795 (WL Can.). Appeal by the Workers' Compensation Appeal Tribunal dismissed. Appeal by Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane allowed, Côté J. dissenting.

135 Sask. R. 81; *Meringolo c. Oshawa General Hospital* (1991), 46 O.A.C. 260, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. vii; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, art. 58.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 6, 96, 96.2 à 96.4, 245.1(w), 250(2), (4), 253.1, 254, 255(1), 256(2), ann. B.

Doctrine et autres documents cités

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
 Cheifetz, David. « The Snell Inference and Material Contribution : Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark » (2005), 30 *Advocates' Q.* 1.
 Colombie-Britannique. Workers' Compensation Board. *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II (online : <http://www.worksafebc.com>).
 Haack, Susan. *Evidence Matters : Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, Cambridge University Press, 2014.
 Hill, Austin Bradford. « The Environment and Disease : Association or Causation? » (1965), 58 *Proc. R. Soc. Med.* 295.
 Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia. *Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, Final Report by George Astrakianakis et al., March 31, 2006 (online : <http://www.phsa.ca>).
 Wright, Richard W. « Proving Causation : Probability versus Belief », in Richard Goldberg, ed., *Perspectives On Causation*, Oxford, Hart, 2011, 195.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Chiasson, Frankel, Bennett et Goepel), 2014 BCCA 499, 364 B.C.A.C. 241, 82 Admin. L.R. (5th) 246, 67 B.C.L.R. (5th) 213, 380 D.L.R. (4th) 204, 625 W.A.C. 241, [2015] 4 W.W.R. 1, [2014] B.C.J. No. 3111 (QL), 2014 CarswellBC 3824 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Savage, 2013 BCSC 524, [2013] B.C.J. No. 605 (QL), 2013 CarswellBC 795 (WL Can.). Pourvoi du Workers' Compensation Appeal Tribunal rejeté. Pourvoi de Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane accueilli, la juge Côté est dissidente.

Timothy J. Martiniuk and Jeremy Thomas Lovell, for the appellant/respondent the Workers' Compensation Appeal Tribunal.

Tonie Beharrell, Randall J. Noonan and Kaity Cooper, for the appellants/respondents Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane.

Nazeer T. Mitha, Dianne D. Rideout and Erin Cutler, for the respondent Fraser Health Authority.

Christine Mohr and Alexander Pless, for the interveners the Attorney General of Canada.

Sara Blake and Sandra Nishikawa, for the interveners the Attorney General of Ontario.

Ivana Petricone, for the interveners the Ontario Network of Injured Workers' Groups and the Industrial Accident Victims' Group of Ontario.

Monique Pongracic-Speier, for the interveners the Community Legal Assistance Society and the British Columbia Federation of Labour.

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

BROWN J. —

I. Introduction

[1] These appeals call upon the Court to consider (1) whether the British Columbia Workers' Compensation Appeal Tribunal can, by way of a "reconsideration" decision, reopen an earlier decision to consider whether it was patently unreasonable (the "WCAT Appeal"); and (2) whether, in the circumstances of this case, the Tribunal erred in its approach to causation¹ in deciding that each of three workers' cases of breast cancer was an "occupational disease"

¹ Tort law recognizes two dimensions of causation: factual (cause-in-fact) and legal (cause-in-law/remoteness) (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 3). In these reasons, where I refer to "causation" I mean *factual* causation.

Timothy J. Martiniuk et Jeremy Thomas Lovell, pour l'appelant/intimé Workers' Compensation Appeal Tribunal.

Tonie Beharrell, Randall J. Noonan et Kaity Cooper, pour les appelantes/intimées Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane.

Nazeer T. Mitha, Dianne D. Rideout et Erin Cutler, pour l'intimée Fraser Health Authority.

Christine Mohr et Alexander Pless, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Sara Blake et Sandra Nishikawa, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Ivana Petricone, pour les intervenants Ontario Network of Injured Workers' Groups et Industrial Accident Victims' Group of Ontario.

Monique Pongracic-Speier, pour les intervenantes Community Legal Assistance Society et British Columbia Federation of Labour.

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

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] En l'espèce, la Cour est appelée à déterminer (1) si le Workers' Compensation Appeal Tribunal de la Colombie-Britannique (« Tribunal ») peut, par une décision sur une « demande de réexamen », rouvrir une décision antérieure pour déterminer si elle était manifestement déraisonnable (« l'appel du Tribunal »); et (2) si, eu égard aux circonstances de l'espèce, le Tribunal a commis une erreur dans son analyse de la causalité¹ en statuant que le cancer du

¹ Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît deux dimensions à la causalité : la dimension factuelle (en fait), et la dimension juridique (en droit/caractère éloigné) (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 3). Dans les présents motifs, le terme « causalité » s'entend de la causalité *factuelle*.

arising “due to the nature of [their] employment” (the “Workers’ Appeal”). A majority of the British Columbia Court of Appeal held that the Tribunal’s reconsideration decision (which simply affirmed its original decision) was a nullity, and that the Tribunal erred in its original decision in finding a causal link between the workers’ breast cancers and their employment.

[2] I would allow the Workers’ Appeal and dismiss the WCAT Appeal. As to the WCAT Appeal, as I will explain, the respondent Fraser Health Authority agrees with the Court of Appeal’s assessment that the Tribunal’s reconsideration decision was a nullity. I therefore see no reason to interfere with that aspect of the Court of Appeal’s decision. On the issue of causation raised by the Workers’ Appeal, however, for the reasons that follow I am of the view that, in light of the applicable standard of review, the Tribunal’s finding of a causal link between the workers’ breast cancers and their employment should not have been upset.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background and Statutory Provisions*

[3] Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane were among seven technicians at a single hospital laboratory who were diagnosed with breast cancer. Each of them applied for compensation under the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492, on the basis that the cancer was an “occupational disease”.

[4] The *Act* establishes a comprehensive no-fault insurance scheme for workers who sustain workplace injuries or suffer from occupational diseases. More specifically, s. 6 of the *Act* provides that where a worker is disabled from an occupational disease that is due to the nature of his or her employment, compensation is payable “as if the disease were a

sein dont chacune des trois employées était atteinte constituait une [TRADUCTION] « maladie professionnelle attribuable à la nature de [leur] emploi » (« l’appel des employées »). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu à la majorité que la décision du Tribunal sur la demande de réexamen (qui confirmait simplement sa décision initiale) était nulle, et que le Tribunal avait commis une erreur dans sa décision initiale en concluant à l’existence d’un lien de causalité entre le cancer du sein dont étaient atteintes les employées et leur emploi.

[2] Je suis d’avis d’accueillir l’appel des employées et de rejeter l’appel du Tribunal. Pour ce qui est de l’appel du Tribunal, comme je l’explique plus loin, l’intimée Fraser Health Authority estime à l’instar de la Cour d’appel que la décision du Tribunal sur la demande de réexamen était nulle. En conséquence, je ne vois aucune raison de modifier la décision de la Cour d’appel à cet égard. Toutefois, pour ce qui est de la question de la causalité que soulève l’appel des employées, j’estime, pour les motifs exposés ci-après, que compte tenu de la norme de contrôle applicable, il n’y avait pas lieu de modifier la conclusion du Tribunal quant à l’existence d’un lien de causalité entre le cancer du sein qui a frappé les employées et leur emploi.

II. Aperçu des faits et des procédures

A. *Contexte et dispositions législatives*

[3] Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane font partie des sept techniciennes du même laboratoire d’un hôpital qui ont appris être atteintes d’un cancer du sein. Chacune d’elles a réclamé une indemnité au titre de la loi intitulée *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 (la « *Loi* »), en affirmant que le cancer constituait une « maladie professionnelle ».

[4] La *Loi* établit un régime exhaustif d’assurance sans égard à la responsabilité à l’intention des travailleurs blessés en milieu de travail ou atteints de maladies professionnelles. Plus particulièrement, suivant l’art. 6 de la *Loi*, lorsqu’un travailleur est invalide à cause d’une maladie professionnelle attribuable à la nature de son travail, une indemnité

personal injury arising out of and in the course of that employment”.

[5] Upon receiving a claim, the Workers’ Compensation Board inquires into, hears and determines all matters and questions of fact and law (s. 96). Certain decisions of the Board can be reviewed by a review officer (ss. 96.2 to 96.4) and, further, can be appealed to the Tribunal. Section 254 confers upon the Tribunal “exclusive jurisdiction to inquire into, hear and determine all those matters and questions of fact, law and discretion arising or required to be determined [on appeals under the *Act*]”. Further, the Tribunal may amend its own decisions to cure a clerical or typographical error, an “accidental or inadvertent error, omission or other similar mistake” or an arithmetical error (s. 253.1), or it may reconsider a decision to cure a jurisdictional defect or if new evidence has become available or has been discovered (ss. 253.1(5) and 256(2)).

[6] As to whether a worker suffers from an occupational disease due to the nature of his or her employment, the Board’s *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II (“*RSCM II*” (online), the relevant policy which must be applied by the Tribunal to decide these appeals (s. 250(2) of the *Act*), conditions payment of benefits upon the employment having been of “causative significance” in the development of the worker’s illness. This means “more than a trivial or insignificant aspect of the injury or death” (*RSCM II*, Chapter 3, policy item #14.00), and entails consideration of whether:

- there is a physiological association between the injury or death and the employment activity, including whether the activity was of sufficient degree and/or duration to be of causative significance in the injury or death;

doit lui être versée tout [TRADUCTION] « comme s’il s’agissait d’une blessure corporelle survenue par le fait et à l’occasion de ce travail ».

[5] À la réception d’une demande, la commission des accidents du travail, le Workers’ Compensation Board (la « Commission »), tranche, après examen et audition, toutes les questions de fait et de droit (art. 96). Certaines décisions de la Commission sont susceptibles de révision par un agent de révision (art. 96.2 à 96.4), et peuvent ensuite être portées en appel devant le Tribunal. L’article 254 confère au Tribunal la [TRADUCTION] « compétence exclusive pour trancher, après examen et audition, toutes les questions de fait, de droit, ainsi que les questions relatives à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, qui se posent ou qui doivent être résolues [dans les appels interjetés sous le régime de la *Loi*] ». En outre, le Tribunal peut modifier ses propres décisions pour corriger une erreur d’écriture ou de typographie, une « erreur accidentelle ou commise par inadvertance, une omission ou toute autre erreur semblable », ou une erreur de calcul (art. 253.1), et il peut réexaminer une décision pour corriger un vice juridictionnel ou s’il existe de nouveaux éléments de preuve (par. 253.1(5) et 256(2)).

[6] Quant à la question de savoir si un travailleur souffre d’une maladie professionnelle attribuable à la nature de son travail, le volume II du guide de la Commission intitulé *Rehabilitation Services & Claims Manual* (« *RSCM II* » (en ligne), qui énonce la directive que le Tribunal doit appliquer pour trancher ces appels (par. 250(2) de la *Loi*), assujettit le versement des prestations au fait que le travail a eu un effet [TRADUCTION] « causal significatif » sur l’évolution de la maladie qui frappe le travailleur. C’est dire que le travail doit avoir joué un rôle « plus qu’anodin ou insignifiant dans la blessure ou le décès » (*RSCM II*, c. 3, art. 14.00), et il faut donc déterminer :

[TRADUCTION]

- s’il existe un lien physiologique entre la blessure ou le décès et l’activité professionnelle, notamment si l’intensité ou la durée de cette activité étaient telles qu’elles ont eu un effet causal significatif sur la blessure ou le décès;

- there is a temporal relationship between the work activity and the injury or death; and
- any non-work related medical conditions were a factor in the resulting injury or death.

[7] Section 250(4) of the *Act* provides that, where the Tribunal is hearing an appeal respecting the compensation of a worker and the evidence is “evenly weighted” on an issue, the Tribunal must resolve that issue “in a manner that favours the worker”. In other words, the applicable burden of proof is not the civil burden of “balance of probabilities”. Where the evidence leads to a draw, the finding must favour the worker. This extends to deciding whether the occupational disease is “due to” the nature of employment — that is, to the issue of causation: “. . . if the weight of the evidence suggesting the disease was caused by the employment is roughly equally balanced with evidence suggesting non-employment causes, the issue of causation will be resolved in favour of the worker” (*RSCM II*, Chapter 4, policy item #26.22).

[8] By joint operation of s. 245.1(w) of the *Workers Compensation Act* and s. 58(2)(a) of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, a reviewing court may not interfere with a finding of fact or law made by the Tribunal in respect of a matter over which it has exclusive jurisdiction unless it is patently unreasonable.

B. Evidence on Causation

[9] The causal issue before the Board, the Tribunal and the courts below was the etiology of the workers’ breast cancers.² The evidence on that question comprised three expert reports:

² Although the parties to the judicial review agreed to proceed solely in respect of Ms. Hammer, they did so on the basis that the outcome of her case will govern the outcome of the other two workers’ cases (as the Tribunal decisions in respect of each of the three workers were substantially identical): 2013 BCSC 524, at para. 8 (CanLII).

- s’il existe un lien chronologique entre l’activité professionnelle et la blessure ou le décès;
- si un problème de santé non lié au travail a contribué à la blessure ou au décès.

[7] Selon le par. 250(4) de la *Loi*, lorsqu’il est saisi d’un appel portant sur l’indemnisation d’un travailleur et que les éléments de preuve relatifs à une question sont [TRADUCTION] « de valeur probante égale », le Tribunal doit trancher la question « en faveur du travailleur ». Autrement dit, le fardeau de la preuve n’est pas celui de la « prépondérance des probabilités » applicable en droit civil. Si les éléments de preuve contradictoires sont de valeur probante équivalente, la décision doit être favorable au travailleur. Il en va de même pour déterminer si la maladie professionnelle est « attribuable » à la nature du travail — c’est-à-dire pour trancher la question du lien de causalité : [TRADUCTION] « . . . si la valeur probante des éléments de preuve tendant à indiquer que la maladie a été causée par le travail est à peu près équivalente à celle des éléments de preuve tendant à indiquer le contraire, la question du lien de causalité sera tranchée en faveur du travailleur » (*RSCM II*, c. 4, art. 26.22).

[8] Par l’effet conjugué de l’al. 245.1(w) de la *Workers Compensation Act* et de l’al. 58(2)(a) de l’*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, la cour de révision ne peut modifier une conclusion de fait ou de droit tirée par le Tribunal et relative à une question relevant de sa compétence exclusive que si cette conclusion est manifestement déraisonnable.

B. Preuve relative au lien de causalité

[9] Devant la Commission, le Tribunal et les cours d’instance inférieure, la question de la causalité concernait l’étiologie du cancer du sein dont étaient atteintes les employées². La preuve relative à cette question comprenait les trois rapports d’expert suivants :

² Les parties au contrôle judiciaire ont convenu de procéder seulement à l’égard de la demande de M^{me} Hammer et ont accepté que l’issue s’appliquerait aux demandes des deux autres appelantes (étant donné que les décisions du Tribunal à l’égard de chacune d’elles étaient essentiellement identiques) : 2013 BCSC 524, par. 8 (CanLII).

- (a) the final report of the Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia (“OHSAH”) regarding the incidence of cancer in the laboratory where the workers were employed (*Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, Final Report, March 31, 2006, at p. 35 (online)) and two earlier draft reports, each produced by various OHSAH staff, consultants and trainees (collectively the “OHSAH reports”);
- (b) the report of Dr. Jeremy R. Beach, a specialist in occupational medicine; and
- (c) the report of Dr. M. W. Yamanaka, a medical advisor to the Board specializing in occupational medicine.

[10] The OHSAH reports contained a review of the scientific literature on factors associated with the risk of breast cancer, an epidemiological analysis of the cancer cluster among workers in the laboratory, and a field investigation into possible exposure among laboratory technicians to potentially carcinogenic substances. They confirmed that the number of diagnoses of breast cancer (7 of the 63 workers studied were so diagnosed) represented a statistically significant cluster, with a “standardized incidence ratio” for breast cancer approximately eight times the rate that would have been expected in the general population. As to potential causes, the authors of these reports observed no current occupational chemical exposures, but noted that past exposures were “likely much higher”, and included one known human carcinogen (Final Report, at p. 35).

[11] Ultimately, the authors of the OHSAH reports did not reach “scientific conclusions to support the association between work-related exposures

- a) le rapport final de l’agence de la santé et de la sécurité au travail, l’Occupational Health and Safety Agency for Healthcare de la Colombie-Britannique (« OHSAH »), concernant les cas de cancer parmi le personnel du laboratoire où les employés avaient travaillé (*Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, rapport final, 31 mars 2006, p. 35 (en ligne)), et deux rapports préliminaires antérieurs, rédigés par divers employés de l’OHSAH, des consultants et des stagiaires (collectivement les « rapports de l’OHSAH »);
- b) le rapport du D^r Jeremy R. Beach, spécialiste en médecine du travail;
- c) le rapport du D^r M. W. Yamanaka, conseiller médical de la Commission et spécialiste en médecine du travail.

[10] Les rapports de l’OHSAH comprenaient une analyse des ouvrages scientifiques sur les facteurs associés au risque de cancer du sein, une analyse épidémiologique de l’incidence du cancer parmi le personnel du laboratoire et une enquête sur le terrain concernant l’exposition possible des techniciens du laboratoire à des substances potentiellement cancérigènes. Ces rapports confirmaient que le nombre de diagnostics de cancer du sein (7 des 63 employés faisant l’objet de l’étude avaient reçu un tel diagnostic) constituait un groupe de cas statistiquement significatif, et que le [TRADUCTION] « taux d’incidence normalisé » pour le cancer du sein était d’environ huit fois celui auquel on pouvait s’attendre dans la population en général. Au sujet des causes potentielles, les auteurs des rapports n’ont constaté aucune exposition actuelle à des substances chimiques en milieu de travail, mais ont noté que l’exposition antérieure à de telles substances était [TRADUCTION] « vraisemblablement beaucoup plus élevée », notamment à un agent cancérigène pour les humains (rapport final, p. 35).

[11] En définitive, les auteurs des rapports de l’OHSAH ne faisaient pas état de [TRADUCTION] « conclusions scientifiques révélant un lien entre

and breast cancer in this cluster” (Final Report, at p. iii). More particularly, they explained that “[o]ur review of the literature was unable to establish the basis for [an etiological hypothesis based on scientific evidence of causal mechanisms for breast cancer], as we did not find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer” (p. iv). The authors speculated that the increased incidence of breast cancer among laboratory employees may have been due to “(1) a cluster of reproductive and other known, non-occupational, risk factors, (2) past exposures to chemical carcinogens and less likely to ionizing radiation, and (3) a statistical anomaly” (p. 39 (emphasis added)).

[12] Dr. Beach’s report and Dr. Yamanaka’s report were each in substantial agreement with the OHSAH reports. In particular, Dr. Beach and Dr. Yamanaka shared the OHSAH reports’ conclusion regarding the lack of a sufficient scientific basis to causally link the incidence of breast cancer to the workers’ employment in the laboratory. Dr. Yamanaka went somewhat further than Dr. Beach, saying (without elaboration) that he “would prefer to refute than support” that posited link, and that he “would favor the opinion that non-occupational factors were the cause of [the] breast cancer” (J.R., vol. 4, at p. 230).

C. *The Decisions Below*

(1) The Workers’ Compensation Board

[13] A review officer of the Board denied each of the claims, finding that “there is insufficient evidence . . . to conclude that [each worker’s] years of employment as a medical lab technician has played a significant role in causing breast cancer”, and

l’exposition en milieu de travail et le cancer du sein dans ce groupe de cas » (rapport final, p. iii). Plus particulièrement, selon les auteurs des rapports, « [l]’examen des ouvrages scientifiques ne nous a pas permis d’établir le fondement [d’une hypothèse étiologique qui reposerait sur des données scientifiques quant aux mécanismes à l’origine du cancer du sein], car nous n’avons trouvé aucune preuve scientifique permettant de conclure à une hypothèse plausible concernant l’étiologie du cancer du sein qui serait liée au travail en laboratoire » (p. iv). Les auteurs avançaient l’hypothèse que l’incidence élevée du cancer du sein parmi les employées du laboratoire pourrait être attribuable à « (1) un regroupement de facteurs liés à la reproduction et d’autres facteurs de risque connus autres que professionnels, (2) à l’exposition antérieure à des substances chimiques cancérigènes et moins probablement à l’exposition aux radiations ionisantes, et (3) à une anomalie statistique » (p. 39 (je souligne)).

[12] Dans leurs rapports, les D^{rs} Beach et Yamanaka souscrivaient pour l’essentiel aux conclusions des rapports de l’OHSAH. Plus précisément, les D^{rs} Beach et Yamanaka souscrivaient aux conclusions des rapports de l’OHSAH quant à l’absence de données scientifiques permettant d’établir l’existence d’un lien de causalité entre l’incidence du cancer du sein et le travail en laboratoire des employées. Le D^r Yamanaka allait un peu plus loin que le D^r Beach, affirmant (sans fournir des détails) qu’il [TRADUCTION] « préférerais[t] réfuter plutôt qu’appuyer » l’existence de ce lien, et qu’il « estimerai[t] que le cancer du sein dans ce cas était attribuable à des facteurs autres que professionnels » (d.c., vol. 4, p. 230).

C. *Décisions des juridictions inférieures*

(1) La Commission

[13] Un agent de révision de la Commission a rejeté chacune des demandes, concluant que [TRADUCTION] « la preuve ne [. . .] permet pas de conclure que la période pendant laquelle [chaque employée] a travaillé comme technicienne de laboratoire a

pointing to various non-occupational risk factors for breast cancer (J.R., vol. 3, at p. 21).

(2) The Tribunal's Original Decisions

[14] The workers each appealed the Board's decision to the Tribunal. At the Tribunal, a majority of two members found that the workers' breast cancers were indeed occupational diseases. In doing so, the majority acknowledged the need for "positive evidence linking the disease to employment" (J.R., vol. 1, at p. 16) and cited the decision of this Court in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, as authority for a fact-finder's ability to draw a "common sense" inference of causation in the absence of scientific proof of causation — scientific standards being more rigorous than the "lesser standard . . . demanded by the law" (J.R., vol. 1, at p. 17). The authors of the OHSAH reports, in seeking "to reach scientific conclusions to support the association between work-related exposures and breast cancer in this cluster" (Final Report, at p. iii), therefore applied a too stringent standard of proof. The applicable standard was not that which is necessary to support a scientific conclusion, but rather the standard set out in s. 250(4) of the *Act*.

[15] The majority then analysed the evidence with reference to the indicia described by A. Bradford Hill ("The Environment and Disease: Association or Causation?" (1965), 58 *Proc. R. Soc. Med.* 295) for weighing epidemiological evidence of causation. In this case, the criteria of "strength of association" (the ratio of the incidence of disease among exposed workers when compared to the incidence within the general population) and "temporal relationship" (the proximity in time between exposure and the onset of the disease) were clearly satisfied, although other criteria were not. The majority concluded, however, that it was not necessary to identify a specific causal agent, it being sufficient for the evidence merely to point to a causal link between a disease and an occupation. Here, the evidence of past carcinogenic exposure, coupled

joué un rôle significatif dans le développement du cancer du sein », et désignant divers facteurs de risque, autres que professionnels, en ce qui concerne le cancer du sein (d.c., vol. 3, p. 21).

(2) Les décisions initiales du Tribunal

[14] Chacune des employées a fait appel de la décision de la Commission devant le Tribunal. Une majorité constituée de deux membres du Tribunal a qualifié de maladie professionnelle le cancer du sein dont étaient atteintes les employées. Ce faisant, les membres majoritaires ont reconnu la nécessité d'une [TRADUCTION] « preuve positive reliant la maladie et l'emploi » (d.c., vol. 1, p. 16), et ont cité l'arrêt de la Cour *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, pour affirmer qu'un décideur peut tirer une conclusion de causalité « conforme au bon sens » en l'absence d'une preuve scientifique établissant le lien de causalité — les normes scientifiques étant plus rigoureuses que la « norme moins stricte exigée par le droit » (d.c., vol. 1, p. 17). En cherchant à [TRADUCTION] « tirer des conclusions scientifiques révélant l'existence d'un lien entre l'exposition en milieu de travail et ce groupe de cas de cancer du sein » (rapport final, p. iii), les auteurs des rapports de l'OHSAH ont donc appliqué une norme de preuve trop stricte. La norme applicable n'était pas celle qui est nécessaire pour étayer une conclusion scientifique, mais plutôt celle que prévoit le par. 250(4) de la *Loi*.

[15] La majorité a ensuite examiné la preuve en se reportant aux indices décrits par A. Bradford Hill (« The Environment and Disease : Association or Causation? » (1965), 58 *Proc. R. Soc. Med.* 295) pour apprécier la preuve épidémiologique de la causalité. En l'espèce, les critères que sont [TRADUCTION] « l'importance de l'association » (l'incidence de la maladie parmi les employés exposés par rapport à son incidence dans la population en général) et le « lien chronologique » (la proximité temporelle entre l'exposition et l'apparition de la maladie) étaient clairement respectés, bien que ce n'était pas le cas pour d'autres critères. Les membres majoritaires ont toutefois conclu qu'il n'était pas nécessaire d'identifier un agent causal en particulier, puisqu'il suffisait que la preuve fasse simplement ressortir un lien de causalité entre une

with the statistically significant cluster of breast cancer cases among laboratory workers, comprised “positive evidence” supporting a conclusion that it was as likely as not that the workers’ breast cancers were caused by workplace exposure.

[16] The dissenting member explained that, while she agreed that scientific certainty was not required, the expert reports provided no “positive evidence” of a causal link. Without more, they were therefore insufficient to support a conclusion that workplace exposures were of causal significance.

(3) The Tribunal’s Reconsideration Decisions

[17] Fraser Health applied under s. 253.1(5) of the *Workers Compensation Act* for reconsideration³ of the Tribunal’s original decisions. While s. 253.1 permits the Tribunal to amend its decisions to correct clerical, typographical or mathematical errors, or to clarify its decisions, subs. (5) provides that “[t]his section must not be construed as limiting the appeal tribunal’s ability, on request of a party, to reopen an appeal in order to cure a jurisdictional defect.” Fraser Health’s argument was that a “jurisdictional defect” arose here, since the Tribunal’s finding in the original decisions of a causal link between the workers’ breast cancers and their employment lacked supporting evidence and was, as such, patently unreasonable.

[18] The reconsideration panel (comprising a single member) reviewed the original decisions for

³ The Tribunal interprets s. 253.1(5) as permitting it to review its own decisions for patent unreasonableness. Although it is more accurate to say that the Tribunal is “reopening” a decision, for clarity I adopt the language (“reconsideration”) used by the Tribunal.

maladie et un travail. En l’espèce, la preuve relative à l’exposition antérieure à des substances cancérigènes, à laquelle s’ajoutait le groupe statistiquement significatif de cas de cancer du sein parmi le personnel de laboratoire, constituait « une preuve positive » permettant de conclure qu’il était aussi probable qu’improbable que le cancer du sein dont étaient atteintes les employées ait été causé par une exposition à des substances cancérigènes au lieu de travail.

[16] La membre dissidente a expliqué qu’elle convenait qu’il n’était pas nécessaire d’exprimer une certitude scientifique, mais que les rapports d’expert ne fournissaient aucune « preuve positive » de l’existence d’un lien de causalité. En conséquence, ces rapports ne permettaient pas à eux seuls de conclure que l’exposition en milieu de travail avait un lien de causalité significatif.

(3) Les décisions du Tribunal sur les demandes de réexamen

[17] Fraser Health a demandé, au titre du par. 253.1(5) de la *Workers Compensation Act*, le réexamen³ des décisions initiales du Tribunal. Bien que l’art. 253.1 autorise le Tribunal à modifier ses décisions pour corriger une erreur d’écriture, de typographie ou de calcul, ou pour préciser ses décisions, le par. (5) de cet article prévoit que [TRADUCTION] « [l]e présent article n’a pas pour effet de limiter le pouvoir du tribunal d’appel d’accéder à la demande d’une partie de rouvrir un appel pour remédier à un vice juridictionnel. » Fraser Health a soutenu qu’il y avait eu, en l’espèce, un « vice juridictionnel », puisque la conclusion tirée par le Tribunal dans ses décisions initiales quant à l’existence d’un lien de causalité entre le cancer du sein des employées et leur emploi n’était pas étayée par la preuve et était donc manifestement déraisonnable.

[18] Le comité de réexamen (formé d’un seul membre) a examiné les décisions initiales pour

³ Selon le Tribunal, le par. 253.1(5) lui confère le pouvoir de réviser ses propres décisions si elles sont manifestement déraisonnables. Il est plus exact de dire que le Tribunal « rouvre » une décision, mais, par souci de clarté, j’adopte le terme (« réexamen ») utilisé par le Tribunal.

patent unreasonableness and determined that, given the elevated standard incidence ratio and the past exposure to carcinogens, the original panel had sufficient evidence to support its conclusions regarding causation.

(4) British Columbia Supreme Court, 2013 BCSC 524

[19] Fraser Health sought judicial review of the Tribunal decisions — the original decisions and the reconsideration decisions. Savage J. (as he then was) explained that he would review the original decision for patent unreasonableness and the reconsideration decision for correctness. He observed that the Tribunal’s decisions are entitled to the highest level of curial deference and, in particular, that “the [Tribunal] has a right to be wrong provided that there is some evidence capable of supporting its conclusion” (para. 11 (CanLII), citing *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 44).

[20] That said, the chambers judge observed, the Tribunal “was not entitled to ignore the expert evidence in favour of its own expertise or common sense, and it was patently unreasonable [for it] to do so” (para. 34). Here, he relied on British Columbia Court of Appeal authority — specifically, *Sam v. Wilson*, 2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199, at para. 41, citing *Moore v. Castlegar & District Hospital* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100 (C.A.), at para. 11 — which holds that, “where there is affirmative medical evidence leading to a medical conclusion it is not open to the court to apply ‘the common sense reasoning urged in *Snell v. Farrell*’”. This precluded “the purported application of common sense on matters of causation where there is contrary expert opinion” (chambers judge’s reasons, at para. 40). Here, the experts clearly and unambiguously concluded that there was no evidence that workplace factors caused the workers’ breast cancers. Given “the absence of any evidence and in the face of expert opinion to the contrary”

déterminer si elles étaient manifestement déraisonnables et a conclu que, compte tenu du haut taux d’incidence normalisé et de l’exposition antérieure à des substances cancérigènes, la formation initiale disposait d’une preuve suffisante pour étayer ses conclusions relatives au lien de causalité.

(4) Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2013 BCSC 524

[19] Fraser Health a demandé le contrôle judiciaire des décisions du Tribunal, à savoir les décisions initiales et les décisions sur les demandes de réexamen. Le juge Savage (maintenant juge de la Cour d’appel) a expliqué qu’il examinerait la décision initiale pour savoir si elle était manifestement déraisonnable et qu’il déterminerait si la décision sur la demande de réexamen était correcte. Le juge a fait remarquer que les décisions du Tribunal appellent le plus haut degré de retenue et, en particulier, que [TRADUCTION] « le [Tribunal] a le privilège de se tromper, pourvu que certains éléments de preuve puissent étayer sa conclusion » (par. 11 (CanLII), citant *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 44).

[20] Cela étant dit, le juge en cabinet a fait observer que le Tribunal [TRADUCTION] « ne pouvait pas écarter la preuve d’expert et se fier à sa propre expertise ou au bon sens, et qu’il était manifestement déraisonnable [pour le Tribunal] d’agir ainsi » (par. 34). En l’espèce, le juge s’est fondé sur la jurisprudence de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique — plus précisément sur l’arrêt *Sam c. Wilson*, 2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199, par. 41, citant l’arrêt *Moore c. Castlegar & District Hospital* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100 (C.A.), par. 11 — selon lequel [TRADUCTION] « lorsqu’une preuve médicale affirmative mène à une conclusion d’ordre médical, la cour ne peut pas appliquer “le raisonnement conforme au bon sens préconisé dans *Snell c. Farrell*” », ce qui faisait obstacle à « l’application du bon sens aux questions de causalité en présence d’un avis d’expert contraire » (motifs du juge en cabinet, par. 40). En l’espèce, les experts ont conclu sans équivoque que rien ne prouvait que des facteurs liés au milieu de travail avaient

(para. 49), the Tribunal’s original decision was patently unreasonable and the reconsideration decision was incorrect. He set aside both decisions and remitted the matter back to the Tribunal.

- (5) British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 499, 67 B.C.L.R. (5th) 213

[21] The workers appealed Savage J.’s decision, and the Court of Appeal invited the parties to make submissions as to, *inter alia*, the jurisdiction of the Tribunal to reconsider its original decision in this matter. Chiasson J.A., joined by Frankel and Goepel J.J.A., held that s. 253.1(5) of the *Workers Compensation Act* merely preserves the Tribunal’s common law power to reopen a proceeding to complete its statutory task, and therefore does not permit it to correct errors made within its jurisdiction. The Tribunal’s interpretation of s. 253.1(5) as permitting it to review its own decisions to identify and correct patently unreasonable errors is supported neither by that common law power to reopen nor by the *Act*’s legislative history. Since no true jurisdictional defect had been alleged, the Tribunal’s reconsideration decision was a nullity. Chiasson J.A. therefore dismissed the appeal of the chambers judge’s order setting aside the reconsideration decision.

[22] Newbury J.A., joined by Bennett J.A., disagreed. The meaning of “jurisdictional defect” in s. 253.1, having been drafted prior to the decision of this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, should not be confined to permitting the Tribunal to review for errors of “true” jurisdiction as that term was described in *Dunsmuir*. Rather, it should be understood in light of the common law power to reopen which, in her view, included the power of a tribunal to determine whether an original decision was patently

causé le cancer du sein dont étaient atteintes les employées. Compte tenu de « l’absence de tout élément de preuve en ce sens et [de] la présence d’un avis d’expert contraire » (par. 49), la décision initiale du Tribunal était manifestement déraisonnable et la décision sur la demande de réexamen était incorrecte. Les deux décisions ont été annulées et l’affaire a été renvoyée au Tribunal.

- (5) Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 499, 67 B.C.L.R. (5th) 213

[21] Les employées ont fait appel de la décision du juge Savage, et la Cour d’appel a invité les parties à présenter des observations concernant, notamment, la compétence du Tribunal pour réexaminer sa décision initiale dans la présente affaire. Le juge Chiasson, avec l’appui des juges Frankel et Goepel, a conclu que le par. 253.1(5) de la *Workers Compensation Act* ne fait que préserver le pouvoir de common law du Tribunal de rouvrir un dossier afin de compléter la tâche que lui confie la loi, et qu’il n’autorise donc pas le Tribunal à corriger les erreurs commises dans les limites de sa compétence. L’interprétation du par. 253.1(5) que donne le Tribunal, selon laquelle il peut réexaminer ses propres décisions afin d’y relever les erreurs manifestement déraisonnables qu’il aurait pu commettre et de les corriger, ne trouve aucun appui dans le pouvoir de common law de rouvrir une décision ni dans l’historique législatif de la *Loi*. Comme aucun vice de compétence véritable n’était allégué, la décision du Tribunal sur la demande de réexamen était nulle. Le juge Chiasson a donc rejeté l’appel de l’ordonnance par laquelle le juge en cabinet a annulé la décision sur la demande de réexamen.

[22] La juge Newbury, avec l’appui de la juge Bennett, n’était pas d’accord. L’expression [TRA-DUCTION] « vice juridictionnel » à l’art. 253.1, lequel est antérieur à l’arrêt de la Cour *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, ne devrait pas seulement permettre au Tribunal de réexaminer ses décisions afin de pouvoir corriger les erreurs touchant « véritablement » à la compétence, au sens que l’arrêt *Dunsmuir* donne à ce terme. Elle devrait plutôt être interprétée à la lumière du pouvoir de common law de rouvrir une décision,

unreasonable. As a practical matter, limiting the Tribunal's scope to reconsider its own decisions for patent unreasonableness would mean more court proceedings, contrary to the purpose of the *Act* and to the principles of administrative law generally.

[23] On the issue of causation, Chiasson J.A., joined by Frankel J.A., held that, while there was "some evidence" to support the Tribunal's finding of causation (specifically, the "statistical anomaly" of elevated breast cancer rates among laboratory workers), "something more" was required (paras. 198-99). The Tribunal's finding of causation was, therefore, patently unreasonable.

[24] Goepel J.A., writing separately, agreed that the chambers judge did not err in setting aside the original decision as patently unreasonable. Resolving issues of causation in this case required expert "medical" and "scientific" evidence (para. 209). Lacking such expertise, the Tribunal cannot disregard uncontradicted expert evidence in order to substitute its own opinion. In the absence of "positive evidence linking the disease to employment" (para. 211), and in the face of expert evidence to the contrary, the Tribunal's decision was patently unreasonable.

[25] Newbury J.A., again joined by Bennett J.A., observed that the standard of review of "patent unreasonableness" denotes the highest level of deference, permitting curial interference only where there is "no evidence" to support the Tribunal's findings or where its decision was "openly, clearly, or evidently unreasonable" (para. 70 (emphasis in original)). Here, the experts did not rule out a causal connection between laboratory conditions and the workers' cancers. While the experts

qui, selon la juge Newbury, s'entend notamment du pouvoir d'un tribunal de déterminer si une décision initiale était manifestement déraisonnable. D'un point de vue pratique, le fait de restreindre le pouvoir du Tribunal de réexaminer ses propres décisions afin de déterminer si elles sont manifestement déraisonnables entraînerait davantage de procédures judiciaires et contreviendrait à l'objet de la *Loi* et aux principes de droit administratif en général.

[23] En ce qui concerne la question du lien de causalité, le juge Chiasson, avec l'appui du juge Frankel, a estimé que, malgré la présence de [TRADUCTION] « certains éléments de preuve » permettant au Tribunal de conclure à l'existence d'un lien de causalité (plus précisément, l'« anomalie statistique » relative au taux élevé de cancer du sein parmi le personnel du laboratoire), une telle conclusion exigeait « plus d'éléments de preuve » (par. 198 et 199). La conclusion du Tribunal relative au lien de causalité était par conséquent manifestement déraisonnable.

[24] Dans des motifs distincts, le juge Goepel a convenu que le juge en cabinet avait eu raison d'annuler la décision initiale puisqu'elle était manifestement déraisonnable. Pour trancher les questions relatives au lien de causalité soulevées dans la présente affaire, il fallait disposer d'une preuve d'expert d'ordre [TRADUCTION] « médical » et « scientifique » (par. 209). Faute d'une telle expertise, le Tribunal ne peut faire fi d'une preuve d'expert non contredite et y substituer sa propre opinion. En l'absence d'une « preuve positive établissant un lien entre la maladie et l'emploi » (par. 211), et en présence d'une preuve d'expert à l'effet contraire, la décision du Tribunal était manifestement déraisonnable.

[25] La juge Newbury, toujours avec l'appui de la juge Bennett, a fait remarquer que la norme de contrôle de la décision « manifestement déraisonnable » commande le degré de retenue le plus élevé et permet aux tribunaux d'intervenir uniquement si [TRADUCTION] « aucun élément de preuve » n'était aux conclusions du Tribunal ou si sa décision était « ostensiblement et manifestement erronée » (par. 70 (en italique dans l'original)). En l'espèce, les experts n'ont pas écarté l'existence d'un lien

acknowledged that present chemical exposures were minimal, past exposures had likely been much higher and included at least one known human carcinogen. The Tribunal's conclusion that the likelihood of a statistical anomaly did not exceed the likelihood that breast cancers in these cases were occupational diseases was reached appropriately, after a careful review of all the evidence. Viewed through the scheme and underlying objectives of the workers' compensation system, which requires the Tribunal to resolve issues in favour of a worker where the evidence supporting different findings on an issue is evenly weighted, the Tribunal's original decision was not patently unreasonable and should not have been upset by the chambers judge.

III. Analysis

A. *The Tribunal's Jurisdiction to Reconsider Its Own Decision*

[26] Fraser Health, having sought reconsideration by the Tribunal, now takes the position that the majority at the Court of Appeal correctly characterized the reconsideration decision as a nullity. The Tribunal's power to reconsider a decision under s. 253.1(5) of the *Workers Compensation Act* "to cure a jurisdictional defect" is, it says, limited to the common law power to reopen as stated by the Court in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848, at p. 861: "... [a final] decision cannot be revisited because the tribunal has changed its mind, made an error within jurisdiction or because there has been a change of circumstances".

[27] Conversely, the Tribunal submits that s. 253.1(5)'s language of "cur[ing] a jurisdictional defect" is sufficiently broad to permit reconsideration for patent unreasonableness. In the Tribunal's view, when it undertakes to reconsider its own decision, it effectively operates as a court on judicial review by applying the standard of review of patent

causal entre les conditions de travail au laboratoire et le cancer des employées. Si les experts ont reconnu que l'exposition actuelle à des substances chimiques était minime, l'exposition antérieure était probablement beaucoup plus élevée et comprenait au moins un agent cancérigène pour les humains. Après un examen minutieux de la preuve, le Tribunal pouvait à juste titre conclure que la probabilité d'une anomalie statistique ne l'emportait pas sur la probabilité que les cas de cancer du sein en cause constituent une maladie professionnelle. Compte tenu de l'esprit et des objets du régime d'indemnisation des travailleurs, qui exige que le Tribunal statue en faveur du travailleur lorsque les éléments de preuve étayant des conclusions différentes sur une question sont de valeur probante égale, la décision initiale du Tribunal n'était pas manifestement déraisonnable et le juge en cabinet n'aurait pas dû la modifier.

III. Analyse

A. *Compétence du Tribunal pour réexaminer sa propre décision*

[26] Fraser Health, qui a demandé au Tribunal de réexaminer sa décision, fait maintenant valoir que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont à juste titre qualifié de décision nulle la décision sur la demande de réexamen. Selon elle, le pouvoir du Tribunal de revenir sur une décision au titre du par. 253.1(5) de la *Workers Compensation Act* [TRADUCTION] « pour remédier un vice juridictionnel » se limite au pouvoir de common law de rouvrir une décision, comme l'a souligné la Cour dans *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, p. 861, où elle dit que le tribunal « ne peut revenir sur sa décision [finale] simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé ».

[27] À l'encontre, le Tribunal soutient que l'énoncé [TRADUCTION] « remédier un vice juridictionnel », au par. 253.1(5), a une portée suffisamment large pour permettre le réexamen d'une décision manifestement déraisonnable. Le Tribunal estime que, lorsqu'il procède au réexamen de sa propre décision, il agit effectivement comme une

unreasonableness stated in s. 58(2)(a) of the *Administrative Tribunals Act*.

[28] In light of the position taken by Fraser Health — that it should not have been able to obtain reconsideration of the Tribunal’s original decision and that the reconsideration decision is a nullity — I see no basis for interfering with the decision of the Court of Appeal on this issue.

B. *Causation*

(1) Standard of Review

[29] As already noted, and as the parties agree, the applicable standard of review requires curial deference, absent a finding of fact or law that is patently unreasonable (*Administrative Tribunals Act*, s. 58(2)(a)).

[30] The Tribunal’s conclusion that the workers’ breast cancers were occupational diseases caused by the nature of their employment was a finding on a question of fact (*Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98, at para. 29). That finding is therefore entitled to deference unless Fraser Health demonstrates that it is patently unreasonable — that is, that “the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal’s findings of fact” (*Toronto (City) Board of Education*, at para. 45). Because a court must defer where there is evidence *capable of supporting* (as opposed to *conclusively demonstrating*) a finding of fact, patent unreasonableness is not established where the reviewing court considers the evidence merely to be insufficient (*Speckling v. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86, at para. 37). Simply put, this standard precludes curial re-weighing of evidence, or rejecting the inferences drawn by the fact-finder from that evidence, or substituting the reviewing court’s preferred inferences for those drawn by the fact-finder.

cour saisie d’un contrôle judiciaire, en appliquant la norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable énoncée à l’al. 58(2)(a) de l’*Administrative Tribunals Act*.

[28] Étant donné que Fraser Health prétend qu’elle n’aurait pas dû obtenir le réexamen de la décision initiale du Tribunal et que la décision sur la demande de réexamen est nulle, je ne vois aucune raison de modifier la décision de la Cour d’appel sur cette question.

B. *Causalité*

(1) Norme de contrôle

[29] Tel qu’indiqué précédemment et comme les parties l’ont reconnu, la norme de contrôle applicable commande la retenue, en l’absence d’une conclusion de fait ou de droit manifestement déraisonnable (al. 58(2)(a) de l’*Administrative Tribunals Act*).

[30] En concluant que le cancer du sein dont étaient atteintes les employées constituait une maladie professionnelle causée par la nature de leur emploi, le Tribunal a tiré une conclusion de fait (*Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98, par. 29). Cette conclusion commande donc la retenue, sauf si Fraser Health démontre son caractère manifestement déraisonnable, à savoir que « les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal » (*Conseil de l’éducation de Toronto (Cité)*, par. 45). Étant donné que la cour doit faire preuve de retenue lorsque les éléments de preuve *peuvent étayer* (par opposition à *démontrer de façon concluante*) une conclusion de fait, le caractère manifestement déraisonnable n’est pas établi lorsque la cour de révision estime simplement que la preuve est insuffisante (*Speckling c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86, par. 37). En d’autres termes, selon cette norme de contrôle, la cour de révision doit s’abstenir d’apprécier de nouveau la preuve, de rejeter les conclusions que le juge des faits en avait tirées ou de substituer ses propres conclusions à celles du juge des faits.

(2) The Tribunal's Finding on Causation

[31] Understandably, the workers stress s. 250(4) of the *Workers Compensation Act* which signifies that, where the evidence is evenly weighted on causation, that issue must be resolved in their favour. We agree that this represents an important distinction from civil tort claims, where causation must always be established on a balance of probabilities (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 49; *Ediger*, at para. 28; *Kovach, Re* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98 (C.A.), at para. 30 (per Donald J.A., dissenting), rev'd 2000 SCC 3, [2000] 1 S.C.R. 55). This less stringent burden of proof, like the *RSCM II*'s direction that the workplace need only be of "causative significance" or "more than a trivial or insignificant aspect" in the development of a worker's illness, furthers at least one of the core policy goals of workers' compensation schemes identified by the Court in *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 27, citing *Medwid v. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578 (H.C.), at p. 586, being to have "compensation to injured workers provided quickly without court proceedings". Section 250(4) therefore reflects the legislature's intention that workers should obtain compensation for occupational diseases without having to satisfy the requirements of a civil tort claim.

[32] Section 250(4)'s standard of proof contrasts sharply with the "scientific" standards employed by the authors of the OHSAH reports. Their inability "to reach scientific conclusions" (Final Report, at p. iii) to support the causal association between workplace conditions and the workers' breast cancers, or to "find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer" (p. iv), spoke *not* to the burden imposed upon the workers by s. 250(4), nor even to the burden imposed upon plaintiffs in a civil tort claim (*Ediger*, at para. 36;

(2) La conclusion du Tribunal relative au lien de causalité

[31] Naturellement, les employées invoquent le par. 250(4) de la *Workers Compensation Act*, selon lequel, lorsque les éléments de preuve ont une valeur probante égale quant au lien de causalité, la question doit être tranchée en leur faveur. Nous convenons qu'il s'agit là d'une distinction importante par rapport aux actions en responsabilité civile délictuelle, où le lien de causalité doit toujours être établi selon la prépondérance des probabilités (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 49; *Ediger*, par. 28; *Kovach, Re* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98 (C.A.), par. 30 (le juge Donald, dissident), inf. par 2000 CSC 3, [2000] 1 R.C.S. 55). Ce fardeau de preuve moins rigoureux, tout comme la directive du *RSCM II*, selon laquelle il suffit que le lieu de travail ait un effet [TRADUCTION] « causal significatif » ou joue un rôle « plus qu'anodin ou insignifiant » dans l'évolution de la maladie dont est atteint le travailleur, favorise au moins l'un des principaux objectifs généraux des régimes d'indemnisation des travailleurs reconnus par la Cour dans *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 27, citant *Medwid c. Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 578 (H.C.), p. 586, consistant en [TRADUCTION] « l'indemnisation rapide des travailleurs blessés, sans poursuites judiciaires ». Le paragraphe 250(4) reflète donc l'intention du législateur de faire en sorte que les employés victimes de maladies professionnelles soient indemnisés sans qu'ils aient à satisfaire aux exigences des actions en responsabilité civile délictuelle.

[32] La norme de preuve prévue au par. 250(4) contraste nettement avec les normes d'ordre « scientifique » appliquées par les auteurs des rapports de l'OHSAH. L'impossibilité pour ces derniers [TRADUCTION] « de tirer des conclusions scientifiques » (rapport final, p. iii) étayant le lien de causalité entre les conditions présentes au lieu de travail et le cancer du sein dont étaient atteintes les employées, ou de trouver une « preuve scientifique permettant de conclure à la plausibilité d'une hypothèse concernant l'étiologie du cancer du sein liée au travail en laboratoire » (p. iv), *n'avait pas* trait au fardeau que

Clements v. Clements, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 9; *Snell*, at pp. 328-30), but to a standard of scientific certainty. The majority of the Tribunal considered that the OHSAH reports thus imposed a too stringent standard of proof. I agree. This standard is wholly inapplicable to determining causation in the workers' claims (R. W. Wright, "Proving Causation: Probability versus Belief", in R. Goldberg, ed., *Perspectives On Causation* (2011), 195; S. Haack, *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law* (2014), at p. 22). In my respectful view, therefore, in relying upon the inconclusive quality of the OHSAH reports' findings as determinative of whether a causal link was established between the workers' breast cancers and their employment, the chambers judge and the majority of the Court of Appeal erred in law.

[33] All that said, the central problem in the handling of causation in the courts below arose not in their failure to have appropriate regard to the less stringent standard of proof required by s. 250(4), but from their fundamental misapprehension of how causation — irrespective of the standard of proof — may be inferred from evidence.

[34] As I have recounted, the evidence before the Tribunal on causation comprised, principally, the OHSAH reports (supported by the reports of Dr. Beach and Dr. Yamanaka), which (1) confirmed a "statistically significant cluster" of breast cancer, with a standard incidence ratio approximately eight times the rate of breast cancer in the general population; and (2) noted that past occupational chemical exposures were likely "much higher" than current exposures, and included one known carcinogen; but also (3) reported that they were unable "to reach scientific conclusions to support the association between work-related exposures and breast cancer in this cluster" (Final Report, at p. iii). Consequently, the OHSAH reports would only speculate that the increased incidence of breast cancer

le par. 250(4) imposait aux employées, ni même au fardeau imposé aux demandeurs dans les actions en responsabilité civile délictuelle (*Ediger*, par. 36; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 9; *Snell*, p. 328-330), mais à une norme de certitude scientifique. Les membres majoritaires du Tribunal ont estimé que les rapports de l'OHSAH imposaient donc une norme de preuve trop stricte. Je suis d'accord. Cette norme n'est nullement applicable à l'analyse de la causalité que commandent les demandes des employées (R. W. Wright, « Proving Causation : Probability versus Belief », dans R. Goldberg, dir., *Perspectives On Causation* (2011), 195; S. Haack, *Evidence Matters : Science, Proof, and Truth in the Law* (2014), p. 22). J'estime donc qu'en se fondant sur les conclusions incertaines des rapports de l'OHSAH pour se prononcer quant à l'existence de la preuve d'un lien de causalité entre le cancer des employées et leur emploi, le juge en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur de droit.

[33] Cela dit, le problème fondamental que pose l'approche adoptée par les cours d'instance inférieure en matière de causalité ne tient pas à leur défaut de tenir compte comme il se doit de la norme de preuve moins rigoureuse exigée par le par. 250(4), mais à leur erreur fondamentale d'appréciation quant à la façon dont la preuve — quelle que soit la norme applicable — permet d'inférer la causalité.

[34] Rappelons que la preuve relative au lien de causalité dont disposait le Tribunal comprenait pour l'essentiel les rapports de l'OHSAH (corroborés par les rapports des D^s Beach et Yamanaka), qui (1) confirmaient l'existence d'un [TRADUCTION] « groupe de cas statistiquement significatif » de cancer du sein, dont le taux d'incidence normalisé était d'environ huit fois supérieur au taux du cancer du sein dans la population en général; et (2) indiquaient que l'exposition antérieure à des substances chimiques, notamment à un agent cancérigène connu, avait vraisemblablement été « beaucoup plus élevée » que l'exposition actuelle; mais qui (3) faisaient aussi état de l'impossibilité « de tirer des conclusions scientifiques étayant le lien entre l'exposition en milieu de travail et le cancer

among the laboratory workers may have been due to non-occupational risk factors, to occupational risk factors such as chemical carcinogens or ionizing radiation, or to a statistical anomaly.

[35] The Tribunal, in lengthy and comprehensive reasons explaining why it found “causative significance” in the evidence of past carcinogenic exposure and in the statistically significant cluster of breast cancer cases, gave careful consideration to the OHSAH reports. It correctly noted that the OHSAH reports “did not exclude the possibility of occupational causation”, and that the Tribunal did not have before it “much detailed evidence as to historical exposures” (J.R., vol. 1, at p. 47). And, it acknowledged that “it is possible that the breast cancer cluster is a statistical anomaly”, and that “this matter is not without some uncertainty” (p. 48). The Tribunal chose, however, to “attach weight” to the reports’ observations that past exposures were “likely much higher” (p. 47), leading it to find that the likelihood of a statistical anomaly did not exceed the likelihood that the workers’ breast cancers were an occupational disease caused by the nature of their employment. As it explained:

Perhaps the most compelling evidence for us involves the fact that the workers with breast cancer were exposed to carcinogens and there is a very elevated statistically significant [standardized incidence ratio] for breast cancer. Our decision does not simply rest on the occurrence of a very elevated statistically significant [standardized incidence ratio] for breast cancer.

That [standardized incidence ratio] occurs against the backdrop of the particular standard of proof employed by us, the workers’ exposure to carcinogens, and the

du sein dans ce groupe » (rapport final, p. iii). En conséquence, les rapports de l’OHSAH ne faisaient qu’avancer l’hypothèse selon laquelle l’incidence accrue du cancer du sein parmi les employées du laboratoire pourrait être attribuable à des facteurs de risque autres que professionnels, à des facteurs de risque professionnels comme l’exposition à des substances chimiques ou aux radiations ionisantes, ou à une anomalie statistique.

[35] Dans des motifs longs et détaillés expliquant pourquoi il concluait à l’existence d’un « lien causal significatif » entre la preuve de l’exposition antérieure à des substances cancérigènes et le groupe statistiquement significatif de cas de cancer du sein, le Tribunal a examiné avec soin les rapports de l’OHSAH. Il a fait observer à juste titre que ces rapports [TRADUCTION] « n’excluaient pas la possibilité d’un lien de causalité avec le lieu de travail », et qu’il ne disposait pas de « suffisamment d’éléments de preuve quant à l’exposition antérieure à des substances cancérigènes » (d.c., vol. 1, p. 47). En outre, le Tribunal a reconnu « qu’il est possible que le groupe de cas de cancer du sein constitue une anomalie statistique », « ce qui n’était pas sans soulever quelque incertitude » (p. 48). Le Tribunal a choisi cependant d’« accorder de l’importance » aux observations formulées dans les rapports suivant lesquelles l’exposition antérieure était « vraisemblablement beaucoup plus élevée » (p. 47), ce qui lui a permis de conclure que la probabilité d’une anomalie statistique ne l’emportait pas sur la probabilité que le cancer du sein dont étaient atteintes les employées constitue une maladie professionnelle causée par la nature de leur emploi. Comme l’explique le Tribunal :

[TRADUCTION] À notre avis, la preuve la plus convaincante tient peut-être au fait que les employées atteintes d’un cancer du sein ont été exposées à des substances cancérigènes et que le [taux d’incidence normalisé] statistiquement significatif est très élevé pour le cancer du sein. Notre décision ne repose pas simplement sur le [taux d’incidence normalisé] statistiquement significatif très élevé à l’égard du cancer du sein.

Ce [taux d’incidence normalisé] est pris en compte au regard de la norme de preuve particulière que nous avons appliquée, de l’exposition des employées à des

comments of [the Final Report] to the effect that all cancer causing agents have the potential to initiate and promote cancer, little is known about the possible synergistic, additive or antagonistic effects of multiple chemical exposures, and past exposures were likely much higher. [J.R., vol. 1, at p. 48]

[36] The chambers judge, seeing “no evidence that workplace factors caused [the workers’] cancers” (para. 44), viewed the Tribunal as having impermissibly “ignore[d] the expert evidence in favour of its own expertise or common sense” (para. 34). Similarly, at the Court of Appeal, having found there to be no “positive evidence linking the disease to employment” (para. 211), Goepel J.A. (for the majority on this point) agreed that “[t]he issue for determination is one that required expert scientific evidence” (para. 209), which expertise the Tribunal could not be presumed to have.

[37] With respect, the issue that the Tribunal decided was precisely the sort of issue that the legislature intended that it should decide. Section 254 of the *Act* provides that, on appeals from decisions of the Board, the *Tribunal* has *exclusive* jurisdiction to determine *all* questions of fact. While, in doing so, the Tribunal may choose to draw from the expert evidence put before it (as it drew here from expert evidence of historical exposures and of a statistically significant cluster of breast cancer cases among laboratory workers), the decision remains the Tribunal’s to make.

[38] The presence or absence of opinion evidence from an expert positing (or refuting) a causal link is not, therefore, determinative of causation (e.g. *Snell*, at pp. 330 and 335). It is open to a trier of fact to consider, as this Tribunal considered, other evidence in determining whether it supported an inference that the workers’ breast cancers were caused

substances cancérogènes, ainsi que des commentaires formulés [dans le rapport final] selon lesquels tous les agents cancérogènes peuvent contribuer à l’apparition et au développement d’un cancer, que les possibles effets synergiques, cumulatifs ou antagonistes des cas multiples d’exposition à des substances chimiques sont peu connus, et que dans le passé, l’exposition à de telles substances était vraisemblablement beaucoup plus fréquente. [d.c., vol. 1, p. 48]

[36] Estimant qu’[TRADUCTION] « aucun élément de preuve n’indiquait que des facteurs relatifs au lieu de travail avaient causé le cancer [dont les employées étaient atteintes] » (par. 44), le juge en cabinet a conclu que le Tribunal avait, de manière inacceptable, « écart[é] la preuve d’expert et s’était fié à sa propre expertise ou au bon sens » (par. 34). De même, ayant conclu à l’absence d’une [TRADUCTION] « preuve positive établissant un lien entre la maladie et l’emploi » (par. 211), le juge Goepel de la Cour d’appel (s’exprimant au nom de la majorité sur ce point) a convenu que « [l]a question à trancher exigeait une preuve d’expert scientifique » (par. 209), et l’on ne saurait présumer que le Tribunal disposait d’une telle expertise.

[37] En toute déférence, la question que le Tribunal a tranchée était exactement une question du type de celles que le législateur entendait qu’il tranche. L’article 254 de la *Loi* prévoit que, dans les appels interjetés à l’encontre des décisions de la Commission, le *Tribunal* jouit d’une compétence *exclusive* pour statuer sur *toutes* les questions de fait. Il est vrai que, ce faisant, le Tribunal peut choisir de s’appuyer sur la preuve d’expert qui lui est présentée (comme il s’est appuyé en l’espèce sur la preuve d’expert concernant l’historique de l’exposition à des substances chimiques et le groupe statistiquement significatif de cas de cancer du sein parmi le personnel du laboratoire), mais il reste que la décision lui appartient.

[38] En conséquence, la présence ou l’absence de témoignage d’opinion d’un expert qui confirme (ou réfute) l’existence d’un lien de causalité n’est pas un critère déterminant en matière de causalité (par exemple *Snell*, p. 330 et 335). Le juge des faits peut tenir compte d’autres éléments de preuve, tout comme l’a fait le Tribunal, pour déterminer

by their employment. This goes to the chambers judge's reliance upon the Court of Appeal's decisions in *Sam* and *Moore* and to Goepel J.A.'s statement that there must be "positive evidence" linking their breast cancers to workplace conditions. Howsoever "positive evidence" was intended to be understood in those decisions, it should not obscure the fact that causation can be inferred — even in the face of inconclusive or contrary expert evidence — from other evidence, including merely circumstantial evidence. This does not mean that evidence of relevant historical exposures followed by a statistically significant cluster of cases will, on its own, always suffice to support a finding that a worker's breast cancer was caused by an occupational disease. It does mean, however, that it may suffice. Whether or not it does so depends on how the trier of fact, in the exercise of his or her own judgment, chooses to weigh the evidence. And, I reiterate: Subject to the applicable standard of review, that task of weighing evidence rests with the trier of fact — in this case, with the Tribunal.

[39] In light of the foregoing, the Tribunal's original decision cannot be said to have been "patently unreasonable". While the record on which that decision was based did not include confirmatory expert evidence, the Tribunal nonetheless relied upon other evidence which, viewed reasonably, was capable of supporting its finding of a causal link between the workers' breast cancers and workplace conditions.

IV. Conclusion

[40] I would allow the Workers' Appeal, with costs to Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane in this Court and in the courts below as against Fraser Health Authority. The Tribunal's

s'ils permettent de conclure que, en l'espèce, le cancer du sein dont étaient atteintes les employées était causé par leur emploi. C'est ce qui explique l'importance que le juge en cabinet a attachée aux décisions de la Cour d'appel dans *Sam* et *Moore*, et la déclaration du juge Goepel selon qui il faut établir par une [TRADUCTION] « preuve positive » un lien entre le cancer du sein des appelantes et leurs conditions de travail. Quelle que soit la façon dont il fallait envisager la « preuve positive » dans ces décisions, il ne faut pas oublier qu'il est possible d'inférer la causalité — même en présence d'une preuve d'expert non concluante ou contraire — à partir d'autres éléments de preuve, y compris d'une preuve simplement circonstancielle. Cela ne veut pas dire pour autant que la preuve d'un historique pertinent de l'exposition à des substances cancérigènes et d'un groupe de cas de cancer statistiquement significatif permettra toujours, à elle seule, de conclure que le cancer du sein dont est atteinte une employée est une maladie professionnelle. Cela signifie toutefois que cette preuve peut s'avérer suffisante. Tout dépend de la façon dont le juge des faits choisit, en exerçant son propre jugement, d'évaluer la preuve. Et je le répète, sous réserve de la norme de contrôle applicable, l'évaluation de la preuve incombe au juge des faits — en l'occurrence au Tribunal.

[39] Compte tenu de ce qui précède, on ne saurait dire que la décision initiale du Tribunal était « manifestement déraisonnable ». Bien que le dossier sur lequel reposait la décision ne contienne aucune preuve d'expert confirmative, le Tribunal s'est néanmoins fondé sur d'autres éléments de preuve qui, perçus de façon raisonnable, pouvaient étayer sa conclusion quant à l'existence d'un lien causal entre le cancer du sein des employées et leurs conditions de travail.

IV. Conclusion

[40] Je suis d'avis d'accueillir l'appel des employées, avec dépens devant cette Cour et devant les cours d'instance inférieure payables par Fraser Health Authority en faveur de Katrina Hammer,

original decisions are restored. I would dismiss the WCAT Appeal, without costs.

The following are the reasons delivered by

[41] CÔTÉ J. (dissenting in part) — I part ways with my colleague Justice Brown with respect to the appeal by Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane (the “Workers’ Appeal”) because, in my view, the original decision of the Workers’ Compensation Appeal Tribunal is patently unreasonable. On my reading, there is no evidence — and certainly no positive evidence — capable of supporting a causal link between the workers’ employment and the development of their respective diseases. The three expert reports before the Tribunal only established the existence of a cluster of diagnosed cases of breast cancer, and nothing more. In my view, the Tribunal relied on what it called “ordinary common sense” to speculate about a possible causal link, while openly disregarding the medical experts’ consensus view. As such, the Tribunal’s decision is “openly, evidently, clearly” wrong and ought to be set aside: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 57.

[42] Regarding the appeal by the Tribunal (the “WCAT Appeal”), raising the issue of the nullity of the Tribunal’s reconsideration decision, I agree with my colleague Brown J. that it should be dismissed. The conclusion of the majority of the British Columbia Court of Appeal should not be disturbed.

A. Background

[43] The issue before the Tribunal was whether each of the three workers’ breast cancer was “due to” her employment as a laboratory technician at the Mission Memorial Hospital, a causal link required

Patricia Schmidt et Anne MacFarlane. Les décisions initiales du Tribunal sont rétablies. Je suis d’avis de rejeter l’appel du Tribunal, sans dépens.

Version française des motifs rendus par

[41] LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) — Je diverge d’opinion avec mon collègue le juge Brown en ce qui concerne l’appel interjeté par Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane (l’« appel des employées ») car selon moi, la décision initiale du Workers’ Compensation Appeal Tribunal (« Tribunal ») est manifestement déraisonnable. Selon mon analyse, il n’existe dans ce dossier aucun élément de preuve — et certainement aucun élément de preuve positive — susceptible d’étayer l’existence d’un lien de causalité entre l’emploi des employées et le développement de leur maladie respective. Les trois rapports d’experts soumis au Tribunal établissaient seulement l’existence d’un groupe de cas de cancer du sein diagnostiqués, et rien de plus. À mon avis, le Tribunal s’est fondé sur ce qu’il a appelé [TRADUCTION] « le simple bon sens » pour spéculer quant à un possible lien de causalité tout en écartant carrément l’opinion unanime d’experts médicaux. Ainsi, « on ne peut contester [et il] est tout à fait évident » que la décision du Tribunal est erronée et doit être annulée : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 57.

[42] En ce qui a trait à l’appel du Tribunal, lequel soulève la question de la nullité de la décision rendue par le Tribunal saisi de la demande de réexamen, je suis d’accord avec mon collègue le juge Brown pour dire qu’il doit être rejeté. À cet égard, il n’y a pas lieu de modifier la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique.

A. Contexte

[43] La question dont le Tribunal était saisi était de savoir si le cancer du sein dont chacune des trois employées était atteinte était [TRADUCTION] « attribuable à » leur emploi de technicienne au laboratoire

by s. 6(1)(b) of the *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 (“WCA”).

[44] While Schedule B of the WCA lists a number of occupational diseases which are deemed to be “due to the nature of [the] employment” in the context of specific processes or industries, breast cancer is not listed among them. As a result, a causal link must be established on the basis of the evidence before the Tribunal.

[45] A policy of the Workers’ Compensation Board, the *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II (“RSCM II”) (online), specifies that in order for the disease to be “due to” the nature of the employment, the employment “has to be of causative significance, which means more than a trivial or insignificant aspect of the injury or death”: c. 3, policy item #14.00 (emphasis added).

[46] The Board’s policy goes further, however, and requires that there be sufficient *positive* evidence to ground a finding of causative significance. The RSCM II states that “[i]f the Board has no or insufficient positive evidence before it that tends to establish that the disease is due to the nature of the worker’s employment, the Board’s only possible decision is to deny the claim”: c. 4, policy item #26.22 (emphasis added). As my colleague Brown J. has observed, policies of the Board must be applied by the Tribunal in making its decisions: s. 250(2) of the WCA. The Tribunal also recognized this requirement: WCAT-2010-03503 (the “Original Decision”), at paras. 46-47.

[47] In this case, the workers’ claims were initially denied by the Board. A review officer with the Board’s Review Division confirmed these decisions, finding that there was insufficient evidence to conclude that each worker’s years of employment as a laboratory technician had played a significant role in causing breast cancer. On appeal, a two-member majority of the Tribunal concluded that there was

du Mission Memorial Hospital, un lien de causalité exigé par l’al. 6(1)(b) de la *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 (« WCA »).

[44] Bien que l’annexe B de la WCA énumère plusieurs maladies professionnelles réputées être [TRADUCTION] « attribuable[s] à la nature de l’emploi » dans le contexte de certains processus ou secteurs d’activité, le cancer du sein ne figure pas dans la liste. La preuve soumise au Tribunal doit donc établir l’existence d’un lien de causalité entre l’emploi et la maladie.

[45] Une directive d’un guide du Workers’ Compensation Board (la « Commission ») intitulé *Rehabilitation Services & Claims Manual*, vol. II (« RSCM II ») (en ligne), précise que, pour qu’une maladie soit [TRADUCTION] « attribuable à » la nature de l’emploi, celui-ci doit « avoir un lien causal significatif, c’est-à-dire qu’il doit avoir joué un rôle plus qu’anodin ou insignifiant dans la blessure ou le décès » : c. 3, art. 14.00 (je souligne).

[46] La directive de la Commission va toutefois plus loin et exige qu’il existe une preuve *positive* suffisante pour que l’on puisse conclure à l’existence d’un lien causal significatif. Selon le RSCM II, [TRADUCTION] « [s]i la Commission ne dispose pas d’éléments de preuve positive tendant à démontrer que la maladie est attribuable à la nature de l’emploi du travailleur, ou si ces éléments de preuve sont insuffisants, la seule décision que peut rendre la Commission est le rejet de la demande » : c. 4, art. 26.22 (je souligne). Comme mon collègue le juge Brown le fait observer, le Tribunal est tenu d’appliquer les directives de la Commission lorsqu’il rend ses décisions : par. 250(2) de la WCA. Le Tribunal a également reconnu cette exigence : WCAT-2010-03503 (la « décision initiale »), par. 46-47.

[47] Dans le cas qui nous occupe, la Commission a d’abord rejeté les demandes soumises par les employées. Un agent de révision de la division des révisions de la Commission a confirmé ces décisions, étant d’avis que la preuve ne permettait pas de conclure que la période pendant laquelle chaque employée avait travaillé comme technicienne de laboratoire avait joué un rôle important dans le

sufficient positive evidence to establish that the workers' breast cancer was due to their employment, but a dissenting member disagreed, finding that the expert reports had provided insufficient positive evidence of a causal link. That dissenting member's conclusion was later vindicated, as the British Columbia Supreme Court set the Tribunal's decision aside, an order which was upheld by a majority of the British Columbia Court of Appeal.

[48] It is common ground that a reviewing court can only interfere with the Tribunal's decision if it is patently unreasonable: s. 58 of the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45; s. 255(1) of the *WCA*. On the authority of jurisprudence pre-dating *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, a decision is patently unreasonable if it is "openly, evidently, clearly" wrong: *Southam*, at para. 57. More specifically, findings of fact will be "patently unreasonable" where they are either based on "no evidence" or where "the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting" the finding of fact in question: *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at paras. 44-45; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669.

[49] Neither the British Columbia Supreme Court nor the majority of the Court of Appeal sought to reweigh the evidence before the Tribunal. The lower courts did not, in other words, depart from this highly deferential standard of review. Rather, Chiasson, Frankel and Goepel JJ.A. of the Court of Appeal and Savage J. of the Supreme Court were of the view that there was no evidence before the Tribunal capable of supporting an inference of causative significance. I agree. Even on this highly

développement du cancer du sein. En appel, une majorité constituée de deux membres du Tribunal a conclu que la preuve positive était suffisante pour établir que le cancer du sein des employées était attribuable à leur emploi, mais la membre dissidente du Tribunal a exprimé une opinion différente et a conclu que les rapports d'experts n'avaient pas fourni de preuve positive suffisante quant à l'existence d'un lien de causalité. La conclusion de la membre dissidente a par la suite été confirmée, puisque la Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé la décision du Tribunal et que les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont confirmé cette ordonnance.

[48] Nul ne conteste qu'une juridiction de révision ne peut modifier la décision du Tribunal que si cette décision est manifestement déraisonnable : art. 58 de l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45; par. 255(1) de la *WCA*. Selon la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, une décision est manifestement déraisonnable si « on ne peut contester [et qu']il est tout à fait évident » qu'elle est erronée : *Southam*, par. 57. Plus précisément, une conclusion de fait sera « manifestement déraisonnable » si elle ne repose sur « aucune preuve » ou lorsque « les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer » la conclusion de fait en question : *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 44-45; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, p. 669.

[49] Ni la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont soupesé de nouveau la preuve soumise au Tribunal. En d'autres termes, les juridictions inférieures ne se sont pas écartées de la norme de contrôle requérant un degré élevé de retenue judiciaire. Les juges Chiasson, Frankel et Goepel de la Cour d'appel et le juge Savage de la Cour suprême se sont plutôt dits d'avis que le Tribunal ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de

deferential standard of review, the Tribunal's decision should be set aside.

B. *The Expert Reports Before the Tribunal*

[50] All three of the expert reports before the Tribunal were unequivocal. In the experts' collective view, expressed in clear, unambiguous language, the available evidence could not establish any causal relationship between the workers' employment as laboratory technicians and the development of their breast cancer.

[51] Speaking of one of the workers, Ms. Katrina Hammer, the Board's medical advisor Dr. Yamanaka concluded that "there is insufficient medical evidence to support that the work environment caused or significantly contributed to the development of Ms. Hammer's breast carcinoma left side": J.R., vol. 4, at p. 226. That conclusion was stated more forcefully in the final version of a report titled *Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, prepared by seven authors for the Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia (the "OHSAH Final Report") (online). The authors noted that they "did not find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer": p. iv (emphasis added). Finally, Dr. Beach, an expert in occupational medicine who was tasked with reviewing the OHSAH Final Report, largely supported its findings.

[52] The importance of these unanimous expert opinions cannot be overstated. Experts are responsible for providing decision-makers with precisely those inferences that decision-makers — due to the technical nature of the issues — are unable to formulate themselves: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d)

conclure à l'existence d'un lien causal significatif. Je suis du même avis. Même en appliquant cette norme de contrôle requérant un degré de retenue élevé, la décision du Tribunal devrait être annulée.

B. *Les rapports d'experts soumis au Tribunal*

[50] Les trois rapports d'experts soumis au Tribunal étaient catégoriques. Les experts ont exprimé un avis unanime, en des termes clairs et non ambigus, selon lequel la preuve présentée ne permettait pas d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le travail de chaque employée en tant que technicienne de laboratoire et le cancer du sein que chacune avait développé.

[51] Au sujet d'une des employées en cause, M^{me} Katrina Hammer, le conseiller médical de la Commission, le docteur Yamanaka, a conclu ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . il n'y a pas suffisamment de preuve médicale pour conclure que le milieu de travail a causé le développement du cancer du sein gauche de M^{me} Hammer ou y a contribué de façon significative » (d.c., vol. 4, p. 226). Cette conclusion fût formulée de façon encore plus catégorique dans la version définitive du rapport intitulé *Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory*, réalisé par un groupe de sept auteurs pour le compte de l'Occupational Health and Safety Agency for Healthcare, l'agence de santé et de sécurité du travail de la Colombie-Britannique (le « rapport final de l'OHSAH ») (en ligne). Les auteurs ont fait observer qu'ils n'avaient [TRADUCTION] « trouvé aucune preuve scientifique permettant de conclure à une hypothèse plausible concernant l'étiologie du cancer du sein qui serait liée au travail en laboratoire » : p. iv (je souligne). Enfin, le docteur Beach, un expert en médecine professionnelle chargé de réviser le rapport final de l'OHSAH, s'est pour l'essentiel rallié aux conclusions du rapport.

[52] On ne saurait trop insister sur l'importance de l'opinion unanime des experts dans le cas qui nous occupe. Le rôle de l'expert est précisément de fournir au décideur une conclusion que ce dernier, en raison de la nature technique de la question à trancher, ne peut formuler : *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624,

330, at para. 71, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v; see also G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3rd ed. 2014), at p. 625.

[53] I would note here that the Tribunal is not presumed to possess medical expertise: *Page v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2009 BCSC 493, at paras. 62-66 (CanLII). As a result, while the Tribunal is not bound by the medical experts' findings, it cannot simply disregard their uncontradicted conclusions. In the absence of any other evidence to the contrary, one may wonder how the Tribunal could find a causal link where the experts, together, could see none.

[54] In the case at bar, the Tribunal's two-member majority was of the view that the experts had sought to establish a causal link on a level of scientific certainty, rather than on the ostensibly lower standard of proof prescribed by s. 250(4) of the WCA: Original Decision, at paras. 180-82. If this were true, it would certainly justify the Tribunal's rejection of the experts' common findings. Indeed, the Tribunal's analysis echoes the principle established in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, to the effect that causation need not be determined by scientific precision. This principle applies with even greater force in the context of claims made under the WCA.

[55] However, the instant case differs from *Snell*. The authors of the three expert reports did not seek to establish causation on a level of scientific certainty. Rather, they question repeatedly whether certain workplace exposures "could" or "may" have been related to an "increase in risk", "contribute measurably", or have been of "causative significance".

[56] Having undertaken this more limited investigation, the medical experts could not even make out a *plausible* basis for establishing a causal link

97 O.R. (3d) 330, par. 71, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v; voir également G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3^e éd. 2014), p. 625.

[53] Je tiens à signaler ici que le Tribunal n'est pas présumé posséder une expertise spécialisée dans le domaine médical : *Page c. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2009 BCSC 493, par. 62-66 (CanLII). Par conséquent, bien qu'il ne soit pas lié par les conclusions des experts médicaux, le Tribunal ne peut simplement écarter leurs conclusions non contredites. En l'absence d'autres éléments de preuve à l'effet contraire, il faut se demander comment le Tribunal a pu conclure à l'existence d'un lien de causalité là où tous les experts n'en ont vu aucun.

[54] Dans le cas qui nous occupe, les deux membres majoritaires du Tribunal ont exprimé l'avis que les experts avaient tenté d'établir l'existence d'un lien de causalité avec un degré de certitude scientifique, plutôt que selon la norme de preuve sensiblement moins exigeante prévue au par. 250(4) de la WCA : décision initiale, par. 180-182. Si tel était le cas, le Tribunal aurait certainement eu raison d'écarter les conclusions unanimes des experts. En effet, l'analyse qu'a faite le Tribunal fait écho au principe retenu dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, selon lequel il n'est pas nécessaire que le lien de causalité soit établi avec une précision scientifique. Ce principe s'applique avec encore plus de force dans le contexte de demandes présentées dans le cadre de la WCA.

[55] Cependant, les faits de la présente affaire diffèrent de ceux de l'affaire *Snell*. Les auteurs des trois rapports d'experts ne cherchaient pas à établir l'existence d'un lien de causalité avec un degré de certitude scientifique. Au contraire, ils se sont plutôt demandé à plusieurs reprises si certaines expositions en milieu de travail [TRADUCTION] « pourraient » ou « pouvaient » être reliées à une « augmentation des risques », « y contribuer sensiblement » ou avoir eu « un effet causal important ».

[56] Ayant ainsi limité de façon justifiée leur analyse, les experts médicaux n'ont pu démontrer l'existence ne serait-ce que d'une justification *plausible*

between the workers' employment and their respective diseases.

[57] The OHSAH Final Report, which constituted the main piece of medical evidence before the Tribunal, is a good illustration. That report was simply a "preliminary epidemiological study". Its authors were tasked with identifying *any* "exposures that may be associated with excess cases in a workplace": p. 32 (emphasis added). In the event such exposures were identified, the authors would then recommend proceeding to a "full-scale epidemiological study" which could "determine the association between the exposure and [the] increased risk" of developing breast cancer: p. 32. Thus, in their executive summary, the authors of the OHSAH Final Report spoke not of whether certain workplace exposures *caused* the workers' breast cancer *on a level of scientific certainty*, but rather whether exposure to certain chemicals "could be related to the increase in risk": p. iii (emphasis added).

[58] Ultimately, the authors of the OHSAH Final Report did not recommend proceeding to a full-scale epidemiological study, on the basis that they "did not find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer": p. iv (emphasis added). The authors went on to state in their conclusion that "no current occupational chemical exposures, or records of past occupational exposures were found that might relate working in the [Mission Memorial Hospital] laboratory environment to elevated breast cancer risk, or cancer in general": p. 38 (emphasis added).

[59] In short, these are not the words of medical experts seeking "but for" causation on a standard of scientific certainty. Rather, the authors simply found no workplace exposure that could plausibly have increased the risk of developing breast cancer. On my reading of the OHSAH Final Report, even

permettant d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le travail des employées et leur maladie respective.

[57] Le rapport final de l'OHSAH, lequel constituait le principal élément de preuve médicale présenté au Tribunal, l'illustre bien. Ce rapport était simplement une [TRADUCTION] « étude épidémiologique préliminaire ». Ses auteurs étaient chargés de relever *toute* « exposition pouvant être associée à une augmentation des cas dans un milieu de travail » : p. 32 (je souligne). S'ils avaient décelé une telle exposition, les auteurs auraient alors recommandé une « étude épidémiologique plus poussée » visant à « déterminer le lien entre l'exposition et le risque accru » de développer un cancer du sein : p. 32. Ainsi, dans le résumé du rapport final de l'OHSAH, les auteurs n'ont pas abordé la question de savoir si l'exposition à certaines substances en milieu de travail *avait causé* le cancer du sein des employées *avec un degré de certitude scientifique*, mais plutôt si l'exposition à certains produits chimiques « pouvait être liée à une augmentation du risque » : p. iii (je souligne).

[58] En définitive, les auteurs du rapport final de l'OHSAH n'ont pas recommandé que l'on procède à une étude épidémiologique plus poussée en expliquant qu'ils n'avaient [TRADUCTION] « trouvé aucune preuve scientifique permettant de conclure à une hypothèse plausible concernant l'étiologie du cancer du sein qui serait liée au travail en laboratoire » : p. iv (je souligne). Les auteurs ont poursuivi, dans leur conclusion, en affirmant qu'ils n'avaient « trouvé en milieu de travail aucune exposition actuelle à des produits chimiques ou trace d'exposition antérieure à de telles substances qui permettrait d'établir un lien entre le travail en laboratoire au [Mission Memorial Hospital] et un risque élevé de développer un cancer du sein ou un cancer en général » : p. 38 (je souligne).

[59] En résumé, ce ne sont pas là des termes qu'emploieraient des experts médicaux à la recherche d'une causalité fondée sur un facteur déterminant établi avec un degré de certitude scientifique. Les auteurs ont simplement conclu qu'aucune exposition à des substances en milieu de travail ne pouvait

on the relaxed standard of proof applicable to the workers' compensation regime under s. 250(4) of the WCA, there is still no evidence capable of establishing "causative significance".

C. The Bases on Which the Tribunal Inferred Causative Significance

[60] In spite of overwhelming expert evidence to the contrary, a two-member majority of the Tribunal nevertheless saw in the expert reports sufficient evidence of a causal link.

[61] The key passages of the Tribunal's majority decision read as follows:

As noted above, we have considered the factors in the Protocol. Perhaps the most compelling evidence for us involves the fact that the workers with breast cancer were exposed to carcinogens and there is a very elevated statistically significant [standardized incidence ratio] for breast cancer. Our decision does not simply rest on the occurrence of a very elevated statistically significant [standardized incidence ratio] for breast cancer.

That [standardized incidence ratio] occurs against the backdrop of the particular standard of proof employed by us, the workers' exposure to carcinogens, and the comments of [the authors of the OHSAH Final Report] to the effect that all cancer causing agents have the potential to initiate and promote cancer, little is known about the possible synergistic, additive or antagonistic effects of multiple chemical exposures, and past exposures were likely much higher.

(Original Decision, at paras. 192-93)

de façon plausible avoir augmenté le risque de développer un cancer du sein. Selon la lecture que je fais du rapport final de l'OHSAH, même en appliquant la norme assouplie de preuve applicable dans le cadre du régime d'indemnisation des victimes d'accidents du travail aux termes du par. 250(4) de la WCA, on ne trouve aucun élément de preuve susceptible de démontrer l'existence d'un « lien causal significatif ».

C. Motifs sur lesquels le Tribunal s'est fondé pour conclure à l'existence d'un effet causal important

[60] Malgré le poids considérable de cette preuve d'experts à l'effet contraire, les deux membres majoritaires du Tribunal ont néanmoins décelé dans les rapports d'experts suffisamment d'éléments de preuve pour conclure à l'existence d'un lien de causalité.

[61] Les passages clés de la décision des membres majoritaires du Tribunal indiquent ce qui suit :

[TRADUCTION] Comme nous l'avons déjà expliqué, nous avons tenu compte des facteurs énumérés dans le Protocole. À notre avis, la preuve la plus convaincante tient peut-être au fait que les employées atteintes d'un cancer du sein ont été exposées à des substances cancérigènes et que le [taux d'incidence normalisé] statistiquement significatif est très élevé pour le cancer du sein. Notre décision ne repose pas simplement sur le [taux d'incidence normalisé] statistiquement significatif très élevé à l'égard du cancer du sein.

Ce [taux d'incidence normalisé] est pris en compte au regard de la norme de preuve particulière que nous avons appliquée, de l'exposition des employées à des substances cancérigènes, ainsi que des commentaires formulés [dans le rapport final de l'OHSAH] selon lesquels tous les agents cancérigènes peuvent contribuer à l'apparition et au développement d'un cancer, que les possibles effets synergiques, cumulatifs ou antagonistes des expositions multiples à des substances chimiques sont peu connus, et que les expositions antérieures étaient vraisemblablement beaucoup plus élevées.

(Décision initiale, par. 192-193)

[62] It does not take much probing to see that there is little to no support for these statements in the evidence before the Tribunal.

(1) The Cluster of Diagnosed Cases of Breast Cancer

[63] First, the presence of a cluster of diagnosed cases of breast cancer does not, on its own, constitute evidence of causative significance.

[64] As the OHSAH Final Report explains, clusters can occur naturally as a result of an uneven distribution of non-occupational risk factors amongst the general population. For breast cancer, these factors can include age, weight, family history, age of first menstruation, age at pregnancy and first birth, and certain lifestyle factors. As the authors of the OHSAH Final Report explained:

Cluster research has shown that elevated rates occur by chance at some geographic locations and times. In fact, clusters always occur and it is a statistical phenomenon — even when there is no causal factor that is responsible for the increased incidence (this is why so few cluster investigations uncover any new risk factors). So, if we look around at many geographic areas and times we will find some clusters; if a specific cluster is related to statistics and not an etiologic agent, it is most likely that in the next time period at this location the rate will not be significantly elevated. Thus, it would be very prudent to continue to evaluate the incidence of breast cancer in [Mission Memorial Hospital] Laboratory employees to see if the rate comes closer to what is expected. [Emphasis added; p. 39.]

[65] A cluster might also represent a statistical anomaly. Indeed, since only a total of seven diagnosed cases of breast cancer were identified at the Mission Memorial Hospital laboratory over a period of 34 years, the possibility that this cluster represents such an anomaly is significant.

[62] Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse bien poussée pour constater que ces affirmations trouvent peu ou point d'appui dans la preuve soumise au Tribunal.

(1) Le groupe de cas de cancer du sein diagnostiqués

[63] Tout d'abord, l'existence d'un groupe de cas de cancer du sein diagnostiqués ne constitue pas, en soi, une preuve d'un lien causal significatif.

[64] Comme les auteurs du rapport final de l'OHSAH l'expliquent, un groupe peut apparaître spontanément par suite d'une répartition inégale de facteurs de risque autres que professionnels dans la population en général. Dans le cas du cancer du sein, il peut s'agir de facteurs tels l'âge, le poids, les antécédents familiaux, l'âge des premières menstruations, l'âge au moment d'une grossesse et d'un premier accouchement, et certains facteurs liés au mode de vie. Comme les auteurs du rapport final de l'OHSAH l'expliquent :

[TRANSLATION] Les recherches par groupes ont démontré qu'une incidence élevée du cancer peut être le fruit du hasard dans certains lieux géographiques et à certaines périodes. En fait, les groupes apparaissent toujours et il s'agit d'un phénomène statistique — même lorsqu'il n'y a pas de facteur causal à l'origine de l'incidence plus élevée (ce qui explique que très peu d'études sur les groupes révèlent de nouveaux facteurs de risques). Par conséquent, si l'on examine diverses régions géographiques et diverses périodes, on découvrira quelques groupes; si l'on établit un lien entre un groupe et des données statistiques plutôt qu'un agent étiologique, il est fort probable qu'au cours de la période suivante, l'incidence, au même endroit, ne sera pas sensiblement plus élevée. Ainsi, il serait très prudent de continuer à évaluer l'incidence du cancer du sein chez les employées de laboratoire du [Mission Memorial Hospital] pour vérifier si cette incidence se rapproche davantage des chiffres auxquels on s'attend. [Je souligne; p. 39.]

[65] Un groupe pourrait également constituer une anomalie statistique. D'ailleurs, étant donné que seulement sept cas de cancer du sein diagnostiqués ont été recensés au laboratoire du Mission Memorial Hospital sur une période de 34 ans, la possibilité que ce groupe constitue une telle anomalie est élevée.

[66] It is clear that, on its own, correlation is no proof of causation. On that same logic, I am of the view that, without more, the mere presence of a cluster of diagnosed cases within a workplace is not sufficient evidence of any causal link between the disease and the nature of the employment.

(2) Exposure to Chemical Substances

[67] Second, on the question of exposure to chemical substances, Dr. Yamanaka and the authors of the OHSAH Final Report were unwavering. In their view, the available evidence regarding the workers' exposure to chemical substances like formaldehyde, xylene, *o*-toluidine or ethylene oxide could not be related to an increase in the workers' risk of developing breast cancer.

[68] Among these chemical substances, ethylene oxide is the only one that has a recognized association with the development of breast cancer in human beings and, according to the evidence, this association is weak. Dr. Yamanaka's report, drawing on research from the U.S. National Institute for Occupational Safety and Health, stated that only women exposed to "very high levels" of ethylene oxide would be at an increased risk of developing breast cancer. There is no evidence in the record capable of supporting a conclusion that any of the workers were exposed to such "high levels" at Mission Memorial Hospital.

[69] Indeed, the OHSAH Final Report concluded that current exposure to chemical substances was minimal "because liquid volumes are small and handling is often minimized through the use of 'lock and load' systems": p. 36. Dr. Yamanaka noted in a May 31, 2007 log entry that, even in the past, high levels of exposure to ethylene oxide were "highly unlikely".

[66] Il est évident que, prise isolément, une corrélation ne constitue pas une preuve d'un lien de causalité. Suivant cette même logique, je suis d'avis que la simple présence d'un groupe de cas diagnostiqués dans un lieu de travail, sans plus, ne constitue pas une preuve suffisante de l'existence d'un lien de causalité entre une maladie et la nature de l'emploi.

(2) Exposition à des substances chimiques

[67] En second lieu, au sujet de la question de l'exposition à des substances chimiques, le docteur Yamanaka et les auteurs du rapport final de l'OHSAH sont catégoriques. À leur avis, les éléments de preuve disponibles concernant l'exposition des employées à des substances chimiques telles que le formaldéhyde, le xylène, l'*o*-toluidine ou l'oxyde d'éthylène ne pouvaient établir un lien avec le risque accru pour les employées de développer un cancer du sein.

[68] Parmi ces produits chimiques, seul l'oxyde d'éthylène a un lien reconnu avec le développement du cancer du sein chez l'être humain, et suivant la preuve, ce lien est faible. S'inspirant des recherches menées aux États-Unis par le National Institute for Occupational Safety and Health, le rapport du docteur Yamanaka affirme que seules les femmes qui ont été exposées à des [TRADUCTION] « niveaux très élevés » d'oxyde d'éthylène présenteraient un risque accru de développer un cancer du sein. Or, on ne trouve au dossier aucun élément de preuve permettant de conclure que l'une ou l'autre des employées ait été exposée à des « niveaux [aussi] élevés » au Mission Memorial Hospital.

[69] À cet égard, le rapport final de l'OHSAH concluait que l'exposition actuelle à des substances chimiques était minimale [TRADUCTION] « étant donné que les volumes liquides sont minimes et que la manutention est souvent minimisée par l'utilisation d'appareils de manutention verrouillables » : p. 36. Le docteur Yamanaka a noté, dans une entrée de journal datée du 31 mai 2007, que, même dans le passé, il était [TRADUCTION] « fort peu probable » que le personnel ait été exposé à des niveaux élevés d'oxyde d'éthylène.

[70] The OHSAH Final Report did note that past exposures to certain chemicals were “likely much higher”, but this statement must be read in context. For one, the mention of “past exposures” does not seem to refer to ethylene oxide, the only carcinogenic substance with a recognized association with the development of breast cancer in humans.

[71] More importantly, a passing reference to “likely much higher” past exposures says nothing about whether these past exposures are “as likely as not” to have increased the workers’ risk of developing breast cancer. Rather, in their executive summary, the authors of the OHSAH Final Report observed that a “chemical assessment of carcinogens in the workplace also did not show any obvious and extreme exposures in the past (based on current scientific literature), which could be related to the increase in risk”: p. iii (emphasis added). This point was restated in their conclusion, where the authors explained that “no current occupational chemical exposures, or records of past occupational exposures were found that might relate working in the [Mission Memorial Hospital] laboratory environment to elevated breast cancer risk, or cancer in general”: p. 38 (emphasis added). Ultimately, as I have said, in spite of this “likely much higher” exposure to certain chemicals in the past, the authors of the OHSAH Final Report nevertheless concluded that they “did not find any scientific evidence for the plausibility of a laboratory work-related etiological hypothesis regarding breast cancer”: p. iv (emphasis added).

[72] Finally, rather than suggest that multiple exposures can have a “synergistic” or “additive” effect, as the Tribunal seems to imply, the OHSAH Final Report indicated that no synergistic or additive effect has been identified in the literature.

[70] Certes, le rapport final de l’OHSAH signalait que l’exposition antérieure à certaines substances chimiques avait [TRADUCTION] « vraisemblablement [été] beaucoup plus élevée », mais cette affirmation doit être interprétée dans son contexte. D’une part, cette allusion à une « exposition antérieure » ne semble pas viser l’oxyde d’éthylène, la seule substance cancérigène dont les études ont reconnu le lien possible avec le développement du cancer du sein chez l’humain.

[71] D’autre part, et fait plus important, une allusion à une exposition antérieure [TRADUCTION] « vraisemblablement beaucoup plus élevée » ne dit rien sur la question de savoir s’il est « aussi probable qu’improbable » que cette exposition antérieure ait augmenté le risque que les employées développent un cancer du sein. Dans leur résumé, les auteurs du rapport final de l’OHSAH font plutôt observer que « l’analyse chimique des substances cancérigènes présentes en milieu de travail n’a par ailleurs pas permis d’établir l’existence d’un lien entre une exposition antérieure évidente et extrême (selon les ouvrages scientifiques actuels) et une augmentation du risque » : p. iii (je souligne). Les auteurs reprennent la même idée dans leur conclusion, en expliquant qu’« aucune exposition actuelle à des produits chimiques en milieu du travail ou exposition antérieure à de telles substances n’a été démontrée qui permettrait d’établir un lien entre le travail en laboratoire au [Mission Memorial Hospital] et un risque élevé de développer un cancer du sein ou tout autre cancer » : p. 38 (je souligne). En fin de compte, comme je l’ai déjà dit, malgré cette exposition antérieure « vraisemblablement beaucoup plus élevée » à certains produits chimiques, les auteurs du rapport final de l’OHSAH ont néanmoins conclu qu’ils n’avaient « trouvé aucune preuve scientifique permettant de conclure à une hypothèse plausible concernant l’étiologie du cancer du sein qui serait liée au travail en laboratoire » : p. iv (je souligne).

[72] Enfin, au lieu d’affirmer que l’exposition à de multiples substances pouvait avoir un effet [TRADUCTION] « synergique » ou « cumulatif », comme le Tribunal semble le laisser entendre, le rapport final de l’OHSAH indique que les ouvrages scientifiques n’ont identifié aucun effet synergique ou cumulatif.

[73] Respectfully, there is simply no basis for inferring “causative significance” from these passages of the Final Report.

[74] It is true, as my colleague Brown J. notes, that the OHSAH Final Report did not *exclude* the possibility that past exposures to certain chemicals could have contributed to the development of the workers’ breast cancer. At the conclusion of their report, the authors stated that

[i]n summary, this study confirmed that the perceived cluster was an observed cluster and that [Mission Memorial Hospital] Laboratory employees were experiencing an elevated rate of breast cancer. The factors associated with this increased incidence could not be determined but may have been due to: (1) a cluster of reproductive and other known, non-occupational, risk factors, (2) past exposures to chemical carcinogens and less likely to ionizing radiation, and (3) a statistical anomaly. [p. 39]

[75] This statement, however, should not be mistaken for evidence, and certainly not *positive* evidence. The authors of the OHSAH Final Report only meant to set out an exhaustive list of what could *possibly* explain the higher incidence of breast cancer in laboratory technicians at Mission Memorial Hospital. The inability to rule out a possible explanation simply does not transform that explanation into positive evidence of a causal link. Moreover, a list of three exhaustive possibilities says nothing about the likelihood of “causative significance”. Put simply, this passage provides no basis for inferring such a causal link, especially when the OHSAH Final Report otherwise goes to great lengths to refute the proposition that exposure to workplace chemicals could have increased the workers’ risk of developing breast cancer.

[73] En toute déférence, ces extraits du rapport final ne permettent tout simplement pas de conclure à l’existence d’un « lien causal significatif ».

[74] Certes, comme le fait observer mon collègue le juge Brown, le rapport final de l’OHSAH n’a pas *exclu* la possibilité que l’exposition antérieure à certaines substances chimiques ait pu contribuer au développement du cancer du sein chez les employées. À la fin de leur rapport, les auteurs déclarent ce qui suit :

[TRADUCTION] En résumé, cette étude a confirmé que le groupe perçu correspondait aux observations et qu’on a constaté une incidence élevée du cancer du sein chez les employées de laboratoire du [Mission Memorial Hospital]. Les facteurs associés à cette incidence élevée n’ont pas pu être établis; ils pouvaient toutefois être attribuables à : (1) un regroupement de facteurs liés à la reproduction et d’autres facteurs de risque connus autres que professionnels, (2) à l’exposition antérieure à des substances chimiques cancérigènes et moins probablement à l’exposition aux radiations ionisantes, et (3) à une anomalie statistique. [p. 39]

[75] Cette affirmation ne doit toutefois pas être assimilée à une preuve, et elle n’a certainement pas valeur de preuve *positive*. Les auteurs du rapport final de l’OHSAH entendaient seulement proposer une liste exhaustive des facteurs qui pouvaient *possiblement* expliquer l’incidence élevée de cancer du sein chez les techniciennes de laboratoire du Mission Memorial Hospital. L’incapacité d’écarter une explication possible ne transforme pas cette explication en preuve positive de l’existence d’un lien de causalité significatif. De plus, une liste de trois possibilités exhaustives ne dit rien au sujet de la vraisemblance d’un « lien causal significatif ». Plus simplement, ce passage ne permet pas de conclure à l’existence d’un tel lien de causalité, d’autant plus que le rapport final de l’OHSAH prend bien soin de réfuter la proposition selon laquelle l’exposition à des substances chimiques en milieu de travail aurait pu augmenter le risque que les employées développent un cancer du sein.

D. *The Tribunal's Findings of Fact Amount to Mere Speculation*

[76] I am left with the view that the only support for the Tribunal's original decision is the existence of a cluster of diagnosed cases of breast cancer. The Tribunal's findings of fact simply do not rise above the level of mere speculation. The Tribunal is even candid about the speculative nature of its own conclusion. For instance, the two-member majority stated as follows:

... we acknowledge that the amount of exposure is not known and the specific carcinogens which contributed to their development of breast cancer are not known. As part of that exercise of "ordinary common sense", we reiterate we are weighing the evidence using a standard of proof as set out by subsection 250(4) of the [WCA].

(Original Decision, at para. 179)

[77] In speculating in this way, the Tribunal disregarded the consensus view of the medical experts, in spite of the Tribunal's own lack of expertise in medical matters. The Tribunal also ignored the Board's policy, set out in the *RSCM II*, which states that there must be sufficient *positive* evidence capable of supporting a finding of causative significance, failing which the only possible option is to deny the claim. I would add that, in giving effect to so low a standard of proof, the Tribunal failed to respect the legislature's wish not to include breast cancer among the list of occupational diseases which are deemed to have been caused by the nature of certain types of employment in Schedule B of the *WCA*.

[78] Furthermore, while s. 250(4) of the *WCA* relaxes the burden of proof to a limited extent, it is of no assistance to the workers here. Section 250(4) provides that where the "evidence supporting different findings on an issue is evenly weighted in that case, the appeal tribunal must resolve that issue in a manner that favours the worker". On a literal reading of these words, before s. 250(4) can apply,

D. *Les conclusions de fait du Tribunal se résument à de simples spéculations*

[76] Je n'ai d'autre choix que de constater que la décision initiale du Tribunal repose uniquement sur l'existence d'un groupe de cas diagnostiqués de cancer du sein. Les conclusions de fait tirées par le Tribunal ne vont pas au-delà de simples spéculations. Le Tribunal reconnaît d'ailleurs le caractère spéculatif de sa propre conclusion. Par exemple, les deux membres de la majorité déclarent ce qui suit :

[TRADUCTION] ... nous reconnaissons que nous ignorons le degré d'exposition, de même que les substances cancérigènes précises qui ont contribué au développement de leur cancer du sein. En suivant toujours ce raisonnement fondé sur « le simple bon sens », nous rappelons que nous apprécions la preuve en appliquant la norme de preuve que prévoit le paragraphe 250(4) de la [WCA].

(Décision initiale, par. 179)

[77] En spéculant ainsi, le Tribunal a complètement écarté l'opinion unanime des experts médicaux, malgré le fait qu'il ne possédait lui-même aucune connaissance spécialisée dans le domaine médical. Le Tribunal a également fait fi de la directive de la Commission énoncée dans le *RSCM II*, qui prévoit qu'il doit exister suffisamment d'éléments de preuve *positive* permettant de conclure à l'existence d'un lien causal significatif, à défaut de quoi la seule décision possible est le rejet de la demande. J'ajouterais qu'en appliquant une norme de preuve aussi peu exigeante, le Tribunal n'a pas respecté la volonté du législateur de ne pas inclure, à l'annexe B de la *WCA*, le cancer du sein dans la liste des maladies professionnelles réputées avoir été causées par la nature de certains types d'emplois.

[78] Par ailleurs, bien qu'il assouplisse jusqu'à un certain point le fardeau de la preuve, le par. 250(4) de la *WCA* n'est d'aucun secours pour les employées en l'espèce. Ce paragraphe prévoit que lorsque [TRADUCTION] « les éléments de preuve étayant des conclusions différentes sur une question sont de valeur probante égale, le tribunal d'appel doit trancher la question en faveur du travailleur ».

there must be evidence capable of supporting two different findings, with each being equally plausible. In the present case, there is simply *no* evidence capable of supporting a finding of “causative significance”. Section 250(4) simply cannot serve to bridge such a major gap in the evidence.

[79] My colleague Brown J. has emphasized the importance of drawing inferences in fact finding. While this may be so, I must insist that the evidence in the record must still be capable of supporting the inferences drawn. Otherwise, the fact-finder is at risk of straying outside the realm of inference and reasonable deductions, and into the “wilderness of ‘mere speculation or conjecture’”: *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32, per Lord Rodger, at para. 150, citing *Caswell v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 152, per Lord Wright, at pp. 169-70; see also D. Cheifetz, “The Snell Inference and Material Contribution: Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark” (2005), 30 *Advocates’ Q.* 1, at pp. 46-47.

[80] This kind of “common sense” or inferential reasoning simply cannot bridge insuperable gaps in the evidence — in either a standard civil action or in an administrative claim under the *WCA*: see e.g. *Kozak v. Funk* (1997), 158 Sask. R. 283 (C.A.), at para. 22, aff’g in part (1995), 135 Sask. R. 81 (Q.B.); *Meringolo v. Oshawa General Hospital* (1991), 46 O.A.C. 260, at para. 89, leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. vii.

[81] In this case, as I have said, there is simply no evidence — and certainly no positive evidence — capable of supporting a finding of causative significance. Having allowed mere speculation to suffice, the Tribunal’s decision is “openly, evidently, clearly” wrong and therefore ought to be set aside: *Southam*, at para. 57; *Toronto (City) Board of Education*, at

Selon une interprétation littérale de cette disposition, avant que le par. 250(4) puisse s’appliquer, il doit exister des éléments de preuve permettant de tirer deux conclusions différentes tout aussi plausibles l’une que l’autre. En l’espèce, il n’y a tout simplement *aucun* élément de preuve permettant de conclure à l’existence d’un « lien causal significatif ». Le paragraphe 250(4) ne peut tout simplement pas servir à combler une lacune aussi importante dans la preuve.

[79] Mon collègue le juge Brown souligne l’importance qu’il faut accorder aux conclusions tirées par le juge des faits. Cela est peut-être vrai, mais je me dois d’insister pour dire que la preuve au dossier doit néanmoins permettre d’étayer les conclusions ainsi tirées. Sinon, le juge des faits risque de déborder le cadre des inférences et des déductions raisonnables et de s’aventurer dans [TRADUCTION] « la jungle des “pures hypothèses et spéculations” » : *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32, Lord Rodger, par. 150, citant *Caswell c. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.*, [1940] A.C. 152, Lord Wright, p. 169-170; voir également D. Cheifetz, « The Snell Inference and Material Contribution : Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark » (2005), 30 *Advocates’ Q.* 1, p. 46-47.

[80] Ce type de raisonnement par induction ou fondé sur le « bon sens » ne peut tout simplement pas combler les lacunes insurmontables dans la preuve — que ce soit dans une action civile ou dans une demande administrative présentée en vertu de la *WCA* : voir par exemple *Kozak c. Funk* (1997), 158 Sask. R. 283 (C.A.), par. 22, conf. en partie (1995), 135 Sask. R. 81 (B.R.); *Meringolo c. Oshawa General Hospital* (1991), 46 O.A.C. 260, par. 89, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. vii.

[81] En l’espèce, comme je l’ai déjà dit, il n’existe tout simplement aucun élément de preuve — et certainement aucun élément de preuve positive — susceptible d’étayer une conclusion quant à l’existence d’un lien causal significatif. Le Tribunal s’étant contenté de simples spéculations, « on ne peut contester [et il] est tout à fait évident » que sa

para. 44; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

E. Disposition

[82] For these reasons, I would dismiss the Workers' Appeal and the WCAT Appeal.

Appeal by the Workers' Compensation Appeal Tribunal dismissed. Appeal by Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane allowed with costs, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant/respondent the Workers' Compensation Appeal Tribunal: Workers' Compensation Appeal Tribunal, Richmond.

Solicitors for the appellants/respondents Katrina Hammer, Patricia Schmidt and Anne MacFarlane: Health Sciences Association of British Columbia, New Westminster; Hospital Employees' Union, New Westminster.

Solicitors for the respondent Fraser Health Authority: Harris & Company, Vancouver; Health Employers Association of British Columbia, Vancouver.

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

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

Solicitors for the interveners the Ontario Network of Injured Workers' Groups and the Industrial Accident Victims' Group of Ontario: IAVGO Community Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the interveners the Community Legal Assistance Society and the British Columbia Federation of Labour: Ethos Law Group, Vancouver.

décision est déraisonnable et qu'elle doit être annulée : *Southam*, par. 57; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité)*, par. 44; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

E. Dispositif

[82] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi des employées et celui du Tribunal.

Pourvoi du Workers' Compensation Appeal Tribunal rejeté. Pourvoi de Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane accueilli avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureur de l'appelant/intimé Workers' Compensation Appeal Tribunal : Workers' Compensation Appeal Tribunal, Richmond.

Procureurs des appelantes/intimées Katrina Hammer, Patricia Schmidt et Anne MacFarlane : Health Sciences Association of British Columbia, New Westminster; Hospital Employees' Union, New Westminster.

Procureurs de l'intimée Fraser Health Authority : Harris & Company, Vancouver; Health Employers Association of British Columbia, Vancouver.

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

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

Procureurs des intervenants Ontario Network of Injured Workers' Groups et Industrial Accident Victims' Group of Ontario : IAVGO Community Legal Clinic, Toronto.

Procureurs des intervenantes Community Legal Assistance Society et British Columbia Federation of Labour : Ethos Law Group, Vancouver.

Shane Rayshawn Vassell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VASELL

2016 SCC 26

File No.: 36792.

2016: May 20; 2016: June 30.

Present: Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of three years to trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

V was charged along with six other individuals for possession of cocaine for the purpose of trafficking. The Crown prosecuted the seven accused jointly but eventually proceeded to trial against V alone. The delay to trial was over three years. V applied for a stay of proceedings due to the delay. The trial judge dismissed the application and convicted V. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be allowed, the conviction set aside and a stay of proceedings entered.

V's right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed. When a s. 11(b) violation is raised, courts must be careful not to miss the forest for the trees. In this case, V waited three years for a three-day trial. Significantly, he did not cause any of the delay; rather, he took proactive steps throughout to have his case tried as soon as possible. Despite his efforts, substantial delay was caused by his co-accused, and the inability of the system to provide earlier dates. In these circumstances, a more proactive stance on the Crown's part was required. The Crown chose to prosecute all seven accused jointly, as it was entitled to do. But having done so, it was required to remain vigilant that its decision not compromise their s. 11(b) rights. V's trial was adjourned twice,

Shane Rayshawn Vassell *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. VASELL

2016 CSC 26

N° du greffe : 36792.

2016 : 20 mai; 2016 : 30 juin.

Présents : Les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de trois ans jusqu'au procès — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé, garanti à l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés, d'être jugé dans un délai raisonnable?

V et six autres personnes ont été accusés de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Le ministère public a poursuivi conjointement les sept accusés, mais seul V a finalement dû subir un procès. Le délai jusqu'au procès s'est prolongé durant plus de trois ans. En raison de ce délai, V a demandé l'arrêt des procédures. Le juge du procès a rejeté sa demande et l'a reconnu coupable. La Cour d'appel à la majorité a rejeté son appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et l'arrêt des procédures est ordonné.

Le droit de V d'être jugé dans un délai raisonnable garanti à l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé. Lorsqu'une violation de l'al. 11b) est soulevée, les tribunaux doivent prendre garde à ce que l'attention portée aux détails ne leur fasse pas perdre de vue l'ensemble de la situation. En l'espèce, V a attendu trois ans pour obtenir un procès de trois jours. Fait important, V n'est aucunement responsable du retard; il a plutôt pris des mesures proactives tout au long du processus pour que son procès ait lieu le plus tôt possible. En dépit de ses efforts, des retards importants ont été causés par ses coaccusés et par l'incapacité du système judiciaire d'offrir des dates de procès plus rapprochées. Dans ces circonstances, le ministère public se devait d'adopter une attitude plus proactive. Il a décidé

and the Crown and the system failed to respond proactively enough to these adjournments to avoid unreasonable delay.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83; *R. v. Schertzer*, 2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 10(b), 11(b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Watson, Rowbotham and O’Ferrall J.J.A.), 2015 ABCA 409, 29 Alta. L.R. (6th) 1, 609 A.R. 253, 656 W.A.C. 253, 331 C.C.C. (3d) 97, [2015] A.J. No. 1416 (QL), 2015 CarswellAlta 2344 (WL Can.), affirming decisions of Marceau J., 2014 ABQB 196, 587 A.R. 56, [2014] A.J. No. 386 (QL), 2014 CarswellAlta 590 (WL Can.), and 2014 ABQB 281, [2014] A.J. No. 505 (QL), 2014 CarswellAlta 772 (WL Can.). Appeal allowed.

Graham Johnson, for the appellant.

Susanne Boucher and *Jonathan Martin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] MOLDAVER J. — This appeal comes to us as of right from the Court of Appeal for Alberta, based on the dissenting reasons of O’Ferrall J.A. (2015 ABCA 409, 609 A.R. 253). In line with O’Ferrall J.A.’s opinion, Mr. Vassell says that his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated. He asks this Court to set aside his conviction for possession of cocaine for the purpose of trafficking (2014 ABQB 281), and enter a stay of proceedings. In the alternative, he alleges violations of

de poursuivre conjointement les sept accusés, comme il en avait le droit. Mais, ce faisant, il devait rester vigilant pour s’assurer que les droits que l’al. 11b) reconnaît à ces accusés ne soient pas compromis. Le procès de V a été ajourné à deux reprises, et le ministère public et les intervenants du système n’ont pas pris, face à ces ajournements, les mesures proactives voulues pour éviter un délai déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83; *R. c. Schertzer*, 2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 10(b), 11b), 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Watson, Rowbotham et O’Ferrall), 2015 ABCA 409, 29 Alta. L.R. (6th) 1, 609 A.R. 253, 656 W.A.C. 253, 331 C.C.C. (3d) 97, [2015] A.J. No. 1416 (QL), 2015 CarswellAlta 2344 (WL Can.), qui a confirmé des décisions du juge Marceau, 2014 ABQB 196, 587 A.R. 56, [2014] A.J. No. 386 (QL), 2014 CarswellAlta 590 (WL Can.), et 2014 ABQB 281, [2014] A.J. No. 505 (QL), 2014 CarswellAlta 772 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Graham Johnson, pour l’appelant.

Susanne Boucher et *Jonathan Martin*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Il s’agit d’un appel interjeté de plein droit à l’encontre d’un jugement de la Cour d’appel de l’Alberta sur le fondement des motifs dissidents du juge O’Ferrall (2015 ABCA 409, 609 A.R. 253). Conformément à l’opinion exprimée par celui-ci, M. Vassell affirme que son droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti à l’al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé. Il demande à la Cour d’annuler sa déclaration de culpabilité pour possession de cocaïne en vue d’en faire le trafic (2014 ABQB 281) et

his ss. 9 and 10(b) *Charter* rights, and says that his statement to police should have been excluded at trial under s. 24(2). In that event, he seeks a new trial.

[2] For reasons that largely accord with those of O’Ferrall J.A., I am of the view that Mr. Vassell’s s. 11(b) *Charter* argument must succeed. Accordingly, I would allow the appeal, set aside Mr. Vassell’s conviction, and enter a stay of proceedings. As a result, I find it unnecessary to address Mr. Vassell’s ss. 9 and 10(b) arguments.

[3] Turning to the s. 11(b) issue, when a violation is raised, courts must be careful not to miss the forest for the trees (*R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3, at para. 18). The forest in this case is plain as day. At every opportunity, Mr. Vassell attempted to move his case to trial. But in the end, as O’Ferrall J.A. observed, he “waited three years for a three-day trial” (para. 54). Looking at this forest — that is, the overall delay in a case of moderate complexity — I am satisfied that the delay was unreasonable.

[4] As the trial judge found, much of the delay was caused by Mr. Vassell’s six co-accused and their counsel (2014 ABQB 196, 587 A.R. 56). But this delay cannot be ignored in assessing whether Mr. Vassell’s right to be tried within a reasonable time was breached. As this Court said in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 800, “an investigation of unreasonable delay must take into account all reasons for the delay in an attempt to delineate what is truly reasonable for the case before the court” (emphasis in original).

[5] In this case, the Crown chose to prosecute all seven accused jointly, as it was entitled to do.

d’ordonner l’arrêt des procédures. À titre subsidiaire, il allègue une violation des droits qui lui sont garantis par l’art. 9 et l’al. 10b) de la *Charte* et soutient que sa déclaration à la police aurait dû être écartée au procès conformément au par. 24(2). Dans cette éventualité, il sollicite la tenue d’un nouveau procès.

[2] Pour des motifs qui concordent largement avec ceux exposés par le juge O’Ferrall, j’estime que l’argument de M. Vassell fondé sur l’al. 11b) de la *Charte* doit être retenu. En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité de M. Vassell et d’ordonner l’arrêt des procédures. En conséquence, il ne m’apparaît pas nécessaire d’examiner les arguments de M. Vassell fondés sur l’art. 9 et l’al. 10b).

[3] Pour ce qui est de la question relative à l’al. 11b), lorsqu’une violation de cette disposition est soulevée, les tribunaux doivent prendre garde à ce que l’attention portée aux détails ne leur fasse pas perdre de vue l’ensemble de la situation (*R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3, par. 18). En l’espèce, la situation est claire comme de l’eau de roche. À toutes les occasions possibles, M. Vassell a tenté de mener l’affaire à procès. Mais, en fin de compte, comme l’a fait remarquer le juge O’Ferrall, il [TRANSDUCTION] « a attendu trois ans pour obtenir un procès de trois jours » (par. 54). Eu égard à l’ensemble de la situation en l’espèce — c’est-à-dire le délai global dans un cas d’une complexité modérée —, je suis convaincu que le délai était déraisonnable.

[4] Comme l’a conclu le juge du procès, une bonne partie du retard est imputable aux six coaccusés de M. Vassell et à leurs avocats (2014 ABQB 196, 587 A.R. 56), mais il faut en tenir compte afin d’établir s’il y a bien eu atteinte au droit de M. Vassell d’être jugé dans un délai raisonnable. Comme la Cour a déclaré dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, p. 800, « l’examen d’un délai déraisonnable doit tenir compte de toutes les raisons du délai afin de tenter de délimiter ce qui est vraiment raisonnable relativement à l’affaire dont le tribunal est saisi » (souligné dans l’original).

[5] En l’espèce, le ministère public a décidé de poursuivre conjointement les sept accusés,

But having done so, it was required to remain vigilant that its decision not compromise the s. 11(b) rights of the accused persons (see, for example, *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83, and *R. v. Schertzer*, 2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270, at para. 146).

[6] In many cases, delay caused by proceeding against multiple co-accused must be accepted as a fact of life and must be considered in deciding what constitutes a reasonable time for trial. But here, it was clear from the outset that the delay caused by the various co-accused not only prevented the Crown's case from moving forward, it also prevented Mr. Vassell from proceeding expeditiously, as he wanted. Importantly, this is not a case where Mr. Vassell simply did not cause any of the delay; rather, it is one in which he took proactive steps throughout, from start to finish, to have his case tried as soon as possible. In this regard, his counsel reviewed disclosure promptly, pushed for a pre-trial conference or case management, worked with the Crown to streamline the issues at trial, agreed to admit an expert report, made the Crown and the Court aware of s. 11(b) problems, and at all times sought early dates.

[7] In these circumstances, I believe that a more proactive stance on the Crown's part was required. In fulfilling its obligation to bring all accused to trial within a reasonable time, the Crown cannot close its eyes to the circumstances of an accused who has done everything possible to move the matter along, only to be held hostage by his or her co-accused and the inability of the system to provide earlier dates. That, unfortunately, is what occurred here. In the last analysis, Mr. Vassell ended up being the sole person out of the initial seven co-accused to be tried. To repeat the words of O'Ferrall J.A., he "waited three years for a three-day trial". That is unacceptable, and it resulted in Mr. Vassell

comme il en avait le droit. Mais, ce faisant, il devait rester vigilant pour s'assurer que les droits reconnus aux accusés par l'al. 11b) ne soient pas compromis (voir, p. ex., *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83, et *R. c. Schertzer*, 2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270, par. 146).

[6] Dans bien des cas, il faut accepter que les délais attribuables au fait de poursuivre plusieurs coaccusés sont une réalité de la vie, et ils doivent être pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un délai raisonnable pour être jugé. Mais, en l'espèce, il est apparu clairement dès le départ que le délai causé par les différents coaccusés a non seulement fait obstacle à la progression du dossier du ministère public, mais a aussi empêché M. Vassell d'être jugé rapidement, comme il le souhaitait. Fait important, il ne s'agit pas d'un cas où M. Vassell n'est aucunement responsable du retard, mais d'une situation où celui-ci a pris des mesures proactives tout au long du processus, du début à la fin, pour que son procès ait lieu le plus tôt possible. À cet égard, son avocat a examiné sans tarder la preuve communiquée, a fait pression pour obtenir la tenue d'une conférence préparatoire ou la gestion de l'instance, a collaboré avec le ministère public afin de simplifier les questions en litige, a accepté d'admettre un rapport d'expert, a porté à l'attention du ministère public et de la cour les problèmes concernant l'al. 11b), et a toujours demandé que l'on fixe des dates rapprochées.

[7] Dans ces circonstances, j'estime que le ministère public se devait d'adopter une attitude plus proactive. Lorsqu'il s'acquitte de son obligation de traduire des accusés en justice dans un délai raisonnable, le ministère public ne peut fermer les yeux sur la situation d'un accusé qui a fait tout ce qu'il pouvait pour faire avancer le dossier, mais qui se retrouve tenu en otage par ses coaccusés et l'incapacité du système judiciaire d'offrir des dates de procès plus rapprochées. C'est malheureusement ce qui s'est produit en l'espèce. En dernière analyse, M. Vassell a fini par être le seul, parmi les sept coaccusés d'origine, à subir un procès. Pour reprendre les propos

being deprived of his right to be tried within a reasonable time.

[8] Turning briefly to a consideration of the trees, I am respectfully of the view that two adjournments of Mr. Vassell's trial, occasioned by the Crown, pushed the delay beyond the bounds of reasonableness.

[9] The first adjournment occurred in February 2013 because of the Crown's need to attend a funeral. By this time, the indictment had narrowed to Mr. Vassell and two co-accused, and the trial was scheduled for one week instead of the original two. While the typical wait for a one-week trial in this jurisdiction was six to eight months, the system was able to accommodate a relatively quick second date, in June 2013, a period of four months. In submissions before this Court, Mr. Vassell's counsel stated that while he and counsel for one of the remaining co-accused were available in June, counsel for the other co-accused was not. As a result, the trial was rescheduled for September 2013.

[10] The funeral was an unavoidable event, which no one could foresee and for which no one can be held responsible. But the resulting delay cannot be completely disregarded. In particular, the additional three months of delay caused by the co-accused's unavailability in June should be attributed to the Crown, who in the circumstances should have been more proactive in ensuring that the prosecution moved forward expeditiously. For example, knowing that Mr. Vassell wanted an early trial and had already experienced almost two years of delay, the Crown could have chosen to deal with him separately in June. Severance at this stage of the proceedings was, in my view, both viable and reasonable.

[11] As the Crown properly conceded, the second adjournment falls squarely at the feet of the Crown

du juge O'Ferrall, il « a attendu trois ans pour obtenir un procès de trois jours ». Cette situation est inacceptable et a eu pour effet de priver M. Vassell de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

[8] En examinant brièvement les détails de l'affaire, j'estime que deux ajournements du procès de M. Vassell — imputables au ministère public — ont eu pour effet de prolonger le délai au-delà des limites du raisonnable.

[9] L'affaire a été ajournée une première fois en février 2013, parce que le représentant du ministère public devait assister à des funérailles. L'acte d'accusation ne visait plus alors que M. Vassell et deux coaccusés, et le procès devait durer une semaine au lieu des deux semaines prévues à l'origine. Bien que, dans ce ressort, le temps d'attente avant la tenue d'un procès d'une semaine était normalement de six à huit mois, le système a permis qu'on lui offre une seconde date assez rapprochée, soit en juin 2013, ce qui représentait une période d'attente de quatre mois. Dans son plaidoyer devant la Cour, l'avocat de M. Vassell a déclaré que lui-même et l'avocat d'un des deux coaccusés étaient disponibles en juin, mais que l'avocat de l'autre coaccusé ne l'était pas. Par conséquent, le procès a été reporté au mois de septembre 2013.

[10] Les funérailles constituaient un événement inévitable, que personne ne pouvait prévoir et dont nul ne saurait être tenu responsable. Cependant, on ne peut faire complètement abstraction du retard qui en a résulté. En particulier, le report additionnel de trois mois causé par la non-disponibilité du coaccusé en juin devrait être attribué au ministère public, qui, dans les circonstances, aurait dû se montrer plus proactif afin de s'assurer que le dossier avance rapidement. Par exemple, sachant que M. Vassell souhaitait hâter la tenue du procès et qu'il attendait déjà depuis près de deux ans, le ministère public aurait pu décider de tenir son procès séparément en juin. À mon avis, la disjonction des procédures constituait, à cette étape, une solution à la fois viable et raisonnable.

[11] Comme l'a concédé à juste titre le ministère public, le deuxième ajournement est clairement

and the system. On the second trial date in September 2013, the Crown announced that it intended to lead additional undisclosed expert evidence. At this point, Mr. Vassell stood alone on the indictment. The charges against his remaining two co-accused had been stayed. His trial was only to take three days. His counsel was available in November. And yet, Mr. Vassell was required to wait another seven months for a third trial date, because the earliest the court could accommodate the matter was April 2014. In the face of the obvious s. 11(b) concern — and knowing that Mr. Vassell had pushed all along for an early trial — it appears that the Crown and the system did nothing to secure earlier dates. In fact, it took the system almost twice as long to offer Mr. Vassell a third trial date than it had for his second, which involved a longer trial. And, to add insult to injury, in the end, the Crown did not call its new expert evidence.

[12] Despite Mr. Vassell's best efforts, his trial became bogged down as a result of a series of events over which he had no control and for which he bore no responsibility. The Crown was required to be more proactive in light of Mr. Vassell's consistent efforts to obtain a speedy trial — and the system was insufficiently robust to provide him with earlier dates following the second adjournment of his trial. Taking into account all of the delay and the reasons for it, Mr. Vassell's s. 11(b) right was violated. Accordingly, I would allow the appeal, set aside Mr. Vassell's conviction, and enter a stay of proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Dawson Duckett Shaigec & Garcia, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Yellowknife.

imputable au ministère public et au système. À la deuxième date fixée pour le procès, en septembre 2013, le ministère public a annoncé son intention de produire une preuve d'expert additionnelle qu'elle n'avait pas communiquée. À ce stade, M. Vassell restait le seul accusé, l'arrêt des procédures ayant été ordonné à l'égard de ses deux derniers coaccusés. Son procès devait durer seulement trois jours, et son avocat était disponible en novembre. Pourtant, M. Vassell a dû attendre encore sept mois avant la troisième date du procès, car le tribunal ne pouvait instruire l'affaire avant avril 2014. Malgré la préoccupation évidente relativement à l'al. 11b) — et sachant que M. Vassell n'avait eu de cesse de demander que son procès ait lieu rapidement — il semble que le ministère public et le système judiciaire n'aient rien fait pour qu'il obtienne des dates de procès plus rapprochées. De fait, le système judiciaire a mis presque deux fois plus de temps à offrir à M. Vassell une troisième date de procès qu'il en avait mis à lui offrir la seconde date, pour laquelle un procès plus long était prévu. Et, comme si ce n'était pas assez, le ministère public n'a finalement pas utilisé sa nouvelle preuve d'expert.

[12] Malgré tous les efforts déployés par M. Vassell, la tenue de son procès s'est enlisée en raison d'une série d'incidents qui échappaient à son contrôle et dont il n'était pas responsable. Le ministère public était tenu d'agir de manière plus proactive au regard des efforts soutenus de M. Vassell pour être jugé rapidement, et le système n'était pas assez souple pour qu'on lui offre des dates de procès plus rapprochées à la suite du deuxième ajournement de son procès. Compte tenu de la durée globale du délai et des raisons qui l'expliquent, il y a eu violation du droit que l'al. 11b) garantit à M. Vassell. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Vassell et d'ordonner l'arrêt des procédures.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Dawson Duckett Shaigec & Garcia, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Yellowknife.

Barrett Richard Jordan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Alberta,
British Columbia Civil Liberties
Association and Criminal Lawyers'
Association (Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. JORDAN

2016 SCC 27

File No.: 36068.

2015: October 7; 2016: July 8.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of more than four years between charges and end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for applying s. 11(b).

J was charged in December 2008 for his role in a dial-a-dope operation. His trial ended in February 2013. J brought an application under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, seeking a stay of proceedings due to the delay. In dismissing the application, the trial judge applied the framework set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. Ultimately, J was convicted. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Held: The appeal should be allowed, the convictions set aside and a stay of proceedings entered.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.: The delay was unreasonable and J's s. 11(b) *Charter* right was infringed. The *Morin* framework for

Barrett Richard Jordan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général de l'Alberta,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique et Criminal Lawyers'
Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. JORDAN

2016 CSC 27

N° du greffe : 36068.

2015 : 7 octobre; 2016 : 8 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de plus de quatre ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'art. 11b).

J a été inculpé en décembre 2008 pour avoir participé à une opération de vente de drogue sur appel. Son procès s'est terminé en février 2013. J a présenté une demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en vue d'obtenir l'arrêt des procédures en raison du délai. En rejetant la demande, le juge du procès a appliqué le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. En fin de compte, J a été déclaré coupable. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et l'arrêt des procédures est ordonné.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown : Le délai était déraisonnable et le droit de J protégé par l'al. 11b) de la *Charte* a été violé. Le cadre d'analyse

applying s. 11(b) has given rise to both doctrinal and practical problems, contributing to a culture of delay and complacency towards it. Doctrinally, the *Morin* framework is too unpredictable, too confusing, and too complex. It has itself become a burden on already overburdened trial courts. From a practical perspective, the *Morin* framework's after-the-fact rationalization of delay does not encourage participants in the justice system to take preventative measures to address inefficient practices and resourcing problems.

A new framework is therefore required for applying s. 11(b). This framework is intended to focus the s. 11(b) analysis on the issues that matter and encourage all participants in the criminal justice system to cooperate in achieving reasonably prompt justice, with a view to fulfilling s. 11(b)'s important objectives.

At the heart of this new framework is a presumptive ceiling beyond which delay — from the charge to the actual or anticipated end of trial — is presumed to be unreasonable, unless exceptional circumstances justify it. The presumptive ceiling is 18 months for cases tried in the provincial court, and 30 months for cases in the superior court (or cases tried in the provincial court after a preliminary inquiry). Delay attributable to or waived by the defence does not count towards the presumptive ceiling.

Once the presumptive ceiling is exceeded, the burden is on the Crown to rebut the presumption of unreasonableness on the basis of exceptional circumstances. If the Crown cannot do so, a stay will follow. Exceptional circumstances lie outside the Crown's control in that (1) they are reasonably unforeseen or reasonably unavoidable, and (2) they cannot reasonably be remedied.

It is obviously impossible to identify in advance all circumstances that may qualify as exceptional for the purposes of adjudicating a s. 11(b) application. Ultimately, the determination of whether circumstances are exceptional will depend on the trial judge's good sense and experience. The list is not closed. However, in general, exceptional circumstances fall under two categories: discrete events and particularly complex cases.

établi dans *Morin* pour l'application de l'al. 11b) a engendré des problèmes sur les plans tant théorique que pratique, concourant ainsi à une culture des délais et de complaisance à l'endroit de cette culture. Sur le plan théorique, ce cadre d'analyse est trop imprévisible, trop difficile à saisir et trop complexe. Il est devenu lui-même un fardeau pour des tribunaux de première instance déjà surchargés. D'un point de vue pratique, la justification après coup du délai sur laquelle débouche le cadre établi dans *Morin* n'incite pas les participants au système de justice à prendre des mesures préventives pour remédier aux pratiques inefficaces et au manque de ressources.

Il faut donc recourir à un nouveau cadre d'analyse pour appliquer l'al. 11b). Ce cadre vise à ce que l'analyse d'une demande fondée sur cette disposition se concentre sur les questions qui importent et à inciter tous les participants au système de justice criminelle à collaborer pour administrer la justice d'une manière qui soit raisonnablement prompte afin de réaliser les objectifs importants visés par l'al. 11b).

Au cœur de ce nouveau cadre se trouve un plafond présumé au-delà duquel le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès est présumé déraisonnable, à moins que des circonstances exceptionnelles le justifient. Ce plafond présumé est fixé à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et à 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure (ou celles instruites devant une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire). Le délai imputable à la défense ou celui qu'elle renonce à invoquer ne compte pas dans le calcul visant à déterminer si ce plafond est atteint.

Une fois que le plafond présumé a été dépassé, il incombe au ministère public de réfuter la présomption du caractère déraisonnable du délai en invoquant des circonstances exceptionnelles. S'il ne peut le faire, un arrêt des procédures doit suivre. Des circonstances exceptionnelles sont des circonstances indépendantes de la volonté du ministère public, c'est-à-dire (1) qu'elles sont raisonnablement imprévues ou raisonnablement inévitables, et (2) qu'on ne peut raisonnablement y remédier.

Il est manifestement impossible de déterminer a priori toutes les circonstances qui peuvent se qualifier d'exceptionnelles lorsqu'il s'agit de trancher une demande fondée sur l'al. 11b). En fin de compte, la réponse à cette question du caractère exceptionnel des circonstances dépendra du bon sens et de l'expérience du juge de première instance. Une liste des circonstances de ce type ne saurait être exhaustive. Elles se divisent toutefois généralement en deux catégories : les événements distincts et les affaires particulièrement complexes.

If the exceptional circumstance relates to a discrete event (such as an illness or unexpected event at trial), the delay reasonably attributable to that event is subtracted from the total delay. If the exceptional circumstance arises from the case's complexity, the delay is reasonable and no further analysis is required.

An exceptional circumstance is the only basis upon which the Crown can discharge its burden to justify a delay that exceeds the ceiling. The seriousness or gravity of the offence cannot be relied on, nor can chronic institutional delay. Most significantly, the absence of prejudice can in no circumstances be used to justify delays after the presumptive ceiling is breached. Once so much time has elapsed, only circumstances that are genuinely outside the Crown's control and ability to remedy may furnish a sufficient excuse for the prolonged delay.

Below the presumptive ceiling, however, the burden is on the defence to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. Absent these two factors, the s. 11(b) application must fail. Stays beneath the presumptive ceiling should only be granted in clear cases.

As to the first factor, while the defence might not be able to resolve the Crown's or the trial court's challenges, it falls to the defence to show that it attempted to set the earliest possible hearing dates, was cooperative with and responsive to the Crown and the court, put the Crown on timely notice when delay was becoming a problem, and conducted all applications (including the s. 11(b) application) reasonably and expeditiously. At the same time, trial judges should not take this opportunity, with the benefit of hindsight, to question every decision made by the defence. The defence is required to act reasonably, not perfectly.

Turning to the second factor, the defence must show that the time the case has taken markedly exceeds the reasonable time requirements of the case. These requirements derive from a variety of factors, including the complexity of the case and local considerations. Determining the time the case reasonably should have taken is

Si la circonstance exceptionnelle concerne un événement distinct (comme une maladie ou un imprévu au procès), le délai raisonnablement attribuable à cet événement est soustrait du délai total. Si la circonstance exceptionnelle résulte de la complexité de l'affaire, le délai est raisonnable et aucune autre analyse n'est nécessaire.

Une circonstance exceptionnelle est le seul fondement permettant au ministère public de s'acquitter du fardeau qui lui incombera de justifier un délai qui excède le plafond établi. Ni la gravité de l'infraction ni les délais institutionnels chroniques ne peuvent servir à justifier le délai. Fait plus important encore, l'absence de préjudice ne peut en aucun cas servir à justifier des délais lorsque le plafond est dépassé. Quand il s'est écoulé autant de temps, seules des circonstances véritablement indépendantes de la volonté du ministère public et auxquelles celui-ci ne pouvait remédier peuvent donner une excuse suffisante pour justifier le délai prolongé.

Lorsque le délai est inférieur au plafond présumé, il incombe toutefois à la défense de démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit démontrer (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, et (2) que le procès a été nettement plus long que ce qu'il aurait dû raisonnablement être. En l'absence de l'un ou l'autre de ces deux facteurs, la demande fondée sur l'al. 11b) doit être rejetée. Dans les cas où le délai est inférieur au plafond, l'arrêt des procédures ne doit être prononcé que dans les cas manifestes.

Quant au premier facteur, bien que la défense puisse être incapable de résoudre les défis auxquels sont confrontés le ministère public ou le tribunal de première instance, elle doit démontrer qu'elle a essayé d'obtenir les dates les plus rapprochées possible pour la tenue de l'audience, qu'elle a collaboré avec le ministère public et le tribunal et a répondu à leurs efforts, qu'elle a avisé le ministère public en temps opportun que le délai commençait à poser problème, et qu'elle a mené toutes les demandes (y compris celle fondée sur l'al. 11b)) de manière raisonnable et expéditive. Cela dit, le juge du procès ne doit pas profiter de l'occasion, avec l'avantage du recul, pour remettre en question chacune des décisions de la défense. Cette dernière est tenue d'agir raisonnablement, non pas à la perfection.

Quant au second facteur, la défense doit démontrer que le temps qu'a pris la cause excède de manière manifeste le délai qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger l'affaire. Ces exigences dépendent d'une panoplie de facteurs, y compris la complexité du dossier et des considérations de nature locale. Le fait de déterminer

not a matter of precise calculation, as has been the practice under the *Morin* framework.

For cases currently in the system, a contextual application of the new framework is required to avoid repeating the post-*Askov* situation, where tens of thousands of charges were stayed as a result of the abrupt change in the law. Therefore, for those cases, the new framework applies, subject to two qualifications. First, for cases in which the delay exceeds the ceiling, a transitional exceptional circumstance may arise where the charges were brought prior to the release of this decision. This transitional exceptional circumstance will apply when the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the parties' reasonable reliance on the law as it previously existed. This requires a contextual assessment, sensitive to the manner in which the previous framework was applied, and the fact that the parties' behaviour cannot be judged strictly, against a standard of which they had no notice.

The second qualification applies to cases currently in the system in which the total delay (minus defence delay) falls below the ceiling. For these cases, the two criteria — defence initiative and whether the time the case has taken markedly exceeds what was reasonably required — must also be applied contextually, sensitive to the parties' reliance on the previous state of the law. Specifically, the defence need not demonstrate having taken initiative to expedite matters for the period of delay preceding this decision. Since defence initiative was not expressly required by the *Morin* framework, it would be unfair to require it for the period of time before the release of this decision. Further, if the delay was occasioned by an institutional delay that was, before this decision was released, reasonably acceptable in the relevant jurisdiction under the *Morin* framework, that institutional delay will be a component of the reasonable time requirements of the case for cases currently in the system.

In this case, the total delay between the charges and the end of trial was 49.5 months. As the trial judge found, four months of this delay were waived by J when he

le temps qu'aurait dû raisonnablement prendre une affaire à être jugée n'est pas une question de calculs précis, comme le veut la pratique instaurée par le cadre d'analyse établi dans *Morin*.

Pour les affaires en cours d'instance, une application contextuelle du nouveau cadre s'impose pour éviter que se reproduise ce qui s'est passé après le prononcé de l'arrêt *Askov*, alors que des dizaines de milliers d'accusations ont fait l'objet d'un arrêt des procédures en raison de la modification soudaine du droit. Par conséquent, le nouveau cadre s'applique à ces affaires, sujet à deux réserves. Premièrement, dans les cas où le délai excède le plafond, une mesure transitoire exceptionnelle peut s'appliquer lorsque les accusations ont été portées avant le prononcé du présent jugement. C'est le cas lorsque le ministère public convainc la cour que le temps qui s'est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait au préalable. Cela suppose qu'il faille procéder à un examen contextuel, eu égard à la manière dont l'ancien cadre a été appliqué et au fait que la conduite des parties ne peut être jugée rigoureusement en fonction d'une norme dont ils n'avaient pas connaissance.

La deuxième réserve s'applique aux affaires déjà en cours pour lesquelles le délai total (moins celui imputable à la défense) est inférieur au plafond. Pour ces causes, les tribunaux doivent appliquer les deux critères — soit celui relatif à l'initiative dont a fait preuve la défense et celui de la question de savoir si le temps qu'a mis la cause pour être entendue a excédé de manière manifeste le temps qui était raisonnablement requis — en fonction du contexte et en étant sensibles au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant. Plus précisément, la défense n'a pas à démontrer qu'elle a pris des initiatives pour accélérer les choses au cours de la période qui a précédé le prononcé du présent jugement. Puisque de telles initiatives n'étaient pas expressément requises par le cadre d'analyse prévu dans *Morin*, il serait injuste d'exiger qu'elles aient été prises avant le prononcé de la présente décision. En outre, si le retard a été causé par un délai institutionnel raisonnablement acceptable dans le ressort en cause selon le cadre d'analyse prévu dans *Morin* qui prévalait avant le prononcé de la présente décision, ce retard institutionnel sera un des éléments du délai raisonnable nécessaire de la cause pour les affaires déjà en cours d'instance.

En l'espèce, le délai total qui s'est écoulé entre le dépôt des accusations et la fin du procès a été de 49 mois et demi. Comme l'a conclu le juge du procès, J a renoncé à

changed counsel shortly before the trial was set to begin, necessitating an adjournment. In addition, one and a half months of the delay were caused solely by J for the adjournment of the preliminary inquiry because his counsel was unavailable for closing submissions on the last day. This leaves a remaining delay of 44 months, an amount that vastly exceeds the presumptive ceiling of 30 months in the superior court. The Crown has failed to discharge its burden of demonstrating that the delay of 44 months (excluding defence delay) was reasonable. While the case against J may have been moderately complex given the amount of evidence and the number of co-accused, it was not so exceptionally complex that it would justify such a delay.

Nor does the transitional exceptional circumstance justify the delay in this case. Since J's charges were brought prior to the release of this decision, the Crown was operating without notice of the new framework within a jurisdiction with some systemic delay issues. But a total delay of 44 months (excluding defence delay), of which the vast majority was either Crown or institutional delay, in an ordinary dial-a-dope trafficking prosecution is simply unreasonable regardless of the framework under which the Crown was operating. Therefore, it cannot be said that the Crown's reliance on the previous state of the law was reasonable. While the Crown did make some efforts to bring the matter to trial more quickly, these efforts were too little and too late. And the systemic delay problems that existed at the time cannot justify the delay either. Much of the institutional delay could have been avoided had the Crown proceeded on the basis of a more reasonable plan by more accurately estimating the amount of time needed to present its case. To the extent that the trial judge held that this delay was reasonable, he erred.

All the parties were operating within the culture of complacency towards delay that has pervaded the criminal justice system in recent years. Broader structural and procedural changes, in addition to day-to-day efforts, are required to maintain the public's confidence by delivering justice in a timely manner. Ultimately, all participants in the justice system must work in concert to achieve speedier trials. After all, everyone stands to benefit from these

invoquer une période de quatre mois lorsqu'il a changé d'avocat peu de temps avant le début du procès, ce qui a nécessité un ajournement. En outre, un mois et demi du retard est exclusivement attribuable à J pour l'ajournement de l'enquête préliminaire parce que son avocat n'était pas disponible pour présenter ses observations finales la dernière journée. Il reste donc un délai de 44 mois, soit un délai qui excède considérablement le plafond présumé fixé à 30 mois pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que le délai de 44 mois (excluant le délai attribuable à la défense) était raisonnable. Si le dossier opposé à J a pu être modérément complexe compte tenu de la somme d'éléments de preuve et du nombre de coaccusés, il n'était pas exceptionnellement complexe au point de justifier pareil délai.

L'application d'une mesure transitoire exceptionnelle ne justifie pas non plus le délai en l'espèce. Puisque les accusations contre J ont été portées avant le prononcé de la présente décision, le ministère public agissait sans connaissance du nouveau cadre d'analyse dans un ressort aux prises avec certains problèmes de retard systémique. Un total de 44 mois (excluant le délai attribuable à la défense) dont la majeure partie était imputable au ministère public ou d'ordre institutionnel pour une poursuite ordinaire pour vente de drogue sur appel est néanmoins tout simplement déraisonnable, quel qu'ait été le cadre d'analyse suivant lequel agissait le ministère public. On ne peut donc affirmer que le ministère public s'est fié d'une manière qui soit raisonnable à l'état du droit qui prévalait auparavant. Même si le ministère public a fait certains efforts pour que le procès se tienne plus rapidement, c'était trop peu trop tard. Les problèmes de retard systémique vécus à l'époque ne sauraient non plus justifier le temps qu'il a fallu pour instruire la cause. Le délai institutionnel aurait pu être évité en bonne partie si le ministère public avait procédé sur la base d'un plan plus raisonnable en estimant avec plus d'exactitude le temps qu'il lui fallait pour présenter sa preuve. Le juge du procès a commis une erreur en concluant que, en l'espèce, le délai était raisonnable.

Toutes les parties travaillaient dans une culture de complaisance à l'égard des délais qui s'est répandue dans le système de justice criminelle ces dernières années. Pour permettre aux tribunaux de maintenir la confiance du public en rendant justice en temps utile, il faut apporter des changements structurels et procéduraux supplémentaires au système en plus de fournir des efforts quotidiens. En fin de compte, tous les participants

efforts. Timely trials are possible. More than that, they are constitutionally required.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Wagner and Gascon JJ.: This Court's jurisprudence for dealing with alleged breaches of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* over the last 30 years supplies a clear answer to this appeal. Striking out in the completely new direction adopted by the majority is unnecessary. A reasonable time for trial under s. 11(b) cannot and should not be defined by numerical ceilings, as the majority concludes.

The right to be tried in a reasonable time is multifaceted, fact-sensitive, and case-specific; its application to specific cases is unavoidably complex. The relevant factors and general approach set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, respond to these complexities. With modest adjustments to make the analysis more straightforward and with some additional clarification, a revised *Morin* framework will continue to ensure that the constitutional right of accused persons to be tried in a reasonable time is defined and applied in a way that appropriately balances the many relevant considerations. In order to do so, the *Morin* considerations should be re-grouped under four main analytical steps.

First, the accused must establish that there is a basis for the s. 11(b) inquiry. The court should look to the overall period between the charge and the completion of the trial to determine whether its length merits further inquiry.

Second, the court must determine on an objective basis what would be a reasonable time for the disposition of a case like the one under review — that is, how long a case of this nature should reasonably take. The objective standard of reasonableness has two components: institutional delay and inherent time requirements of the case. Both of these periods of time are to be determined objectively. The acceptable period of institutional delay is the period that is reasonably required for the court to be ready to hear the case once the parties are ready to proceed, and is determined in accordance with the administrative guidelines for institutional delay set out by this Court in *Morin*: eight to ten months before the provincial

au système de justice doivent travailler de concert pour accélérer le déroulement des procès. Après tout, c'est l'ensemble de la société qui bénéficiera de ces efforts. Instruire les procès en temps utile est possible. Mais plus encore, la Constitution l'exige.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Wagner et Gascon : La jurisprudence élaborée par la Cour au cours des 30 dernières années pour traiter des allégations de violation de l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet de répondre clairement à la question posée par le présent pourvoi. Il n'est pas nécessaire d'aller dans la direction entièrement nouvelle empruntée par les juges majoritaires. Le délai raisonnable pour juger un accusé, au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11b), ne peut ni ne devrait être défini par des plafonds numériques, comme le concluent les juges majoritaires.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est fonction de nombreux facteurs, des faits et des particularités de chaque cas; son application à une affaire donnée est inévitablement complexe. Les facteurs pertinents et l'approche générale décrits dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, tiennent compte de cette complexité. Sous réserve de quelques rajustements pour simplifier l'analyse et de certains éclaircissements supplémentaires, le cadre de l'arrêt *Morin* révisé permettra de continuer de veiller à ce que la définition et l'application du droit constitutionnel de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable mettent comme il se doit en balance les nombreux facteurs pertinents. Pour ce faire, il y a lieu de regrouper les facteurs énumérés dans *Morin* en quatre grandes étapes analytiques.

Premièrement, l'accusé doit nécessairement faire la preuve de l'opportunité de procéder à une analyse fondée sur l'al. 11b) de la *Charte*. Le tribunal doit examiner l'ensemble de la période écoulée entre le dépôt des accusations et la clôture du procès pour décider si le temps qu'il a fallu justifie un examen plus approfondi.

Deuxièmement, le tribunal doit déterminer ce qui, objectivement, constituerait une durée de procès raisonnable dans le cas d'une affaire comme celle qui fait l'objet de l'examen, c'est-à-dire combien de temps devrait raisonnablement prendre une cause de même nature. La norme objective du caractère raisonnable comporte deux volets : le délai institutionnel et le délai inhérent au dossier. Ces deux délais doivent être établis de façon objective. Le délai institutionnel acceptable correspond au temps dont le tribunal a raisonnablement besoin pour être prêt à instruire l'affaire, une fois que les parties sont prêtes pour le procès. Il est déterminé selon les lignes directrices administratives applicables à ce type de délais que la Cour a énoncées dans

courts and six to eight months before the superior courts. These guidelines set some rough limits on the point at which inadequacy of state resources will be accepted as an excuse. The guidelines should not be understood as precluding allowance for any sudden and temporary strain on resources that causes a temporary congestion in the courts. The inherent time requirements of a case, on the other hand, represent the period of time that is reasonably required for the parties to be ready to proceed and to conclude the trial for a case similar in nature to the one before the court, and are to be determined on the basis of judicial experience, supplemented by submissions of counsel and evidence. In estimating a reasonable time period, the court should also take into account the liberty interests of the accused.

Third, the court must consider how much of the actual delay in the case counts against the state. This is done by subtracting the periods attributable to the defence, including any waived time periods, from the overall period of delay. When the accused consents to a date for trial offered by the court or to an adjournment sought by the Crown, that consent, without more, does not amount to waiver. The onus is on the Crown to demonstrate that this period is waived, that is, that the accused's conduct reveals something more than mere acquiescence in the inevitable, and that it meets the high bar of being clear, unequivocal, and informed acceptance. Delay resulting from unreasonable actions solely attributable to the accused must also be subtracted from the period for which the state is responsible, such as last-minute changes in counsel or adjournments flowing from a lack of diligence. It is also necessary to subtract from the actual delay any periods that, although not fairly attributable to the defence, are nonetheless not fairly counted against the state, including unavoidable delays due to inclement weather or illness of a trial participant.

Fourth, the court must determine whether the actual period of time that fairly counts against the state exceeds the reasonable time by more than can be justified on any acceptable basis. Where the actual time exceeds what would have been reasonable for a case of that nature, the result will be a finding of unreasonable delay unless

l'arrêt *Morin*, en l'occurrence, de huit à dix mois pour les instances qui se déroulent devant une cour provinciale et de six à huit mois pour celles qui se déroulent devant une cour supérieure. Ces lignes directrices établissent des limites approximatives en deçà desquelles l'insuffisance des ressources de l'État sera considérée comme une excuse acceptable. L'interprétation des lignes directrices devrait permettre de tenir compte de toute pression soudaine et temporaire sur les ressources qui cause un engorgement passager des tribunaux. En revanche, le délai inhérent à l'affaire correspond au délai raisonnablement nécessaire pour que les parties soient prêtes à procéder à l'instruction et pour mener l'affaire jusqu'à son dénouement, dans un dossier d'une nature semblable à celle du dossier dont la cour est saisie. Il est calculé en fonction de l'expérience judiciaire, complétée par les observations des avocats et par des éléments de preuve. Pour estimer une période de temps raisonnable, le tribunal devrait également tenir compte du droit à la liberté de la personne garanti à l'accusé.

Troisièmement, le tribunal doit se demander quelle portion du délai est imputable à l'État. Pour ce faire, il soustrait toute période attribuable à la défense — y compris les périodes qu'elle a renoncé à invoquer — de la totalité du délai. Lorsque l'accusé donne son consentement à la date de procès proposée par le tribunal ou à un ajournement réclamé par le ministère public, ce consentement, s'il est isolé, ne constitue pas une renonciation. Il incombe au ministère public de démontrer que l'accusé a renoncé à invoquer ce délai. Le ministère public doit prouver que, par sa conduite, l'accusé a signifié qu'il ne s'agissait pas de sa part d'une simple reconnaissance de l'inévitable. Ensuite, il doit satisfaire au critère rigoureux qui l'oblige à établir que l'accusé a accepté le délai de façon claire, non équivoque et éclairée. Les délais résultant de mesures déraisonnables imputables uniquement aux agissements de l'accusé doivent aussi être soustraits de la période dont l'État est responsable, comme les changements d'avocats survenus à la dernière minute ou les ajournements résultant d'un manque de diligence. Il est également nécessaire de soustraire du temps effectivement écoulé toute période qui, bien qu'elle ne soit pas légitimement imputable à la défense, ne peut néanmoins être reprochée légitimement non plus à l'État, y compris les délais inévitables attribuables aux intempéries ou à la maladie d'un des participants au procès.

Quatrièmement, le tribunal doit déterminer si la période qui peut légitimement être imputée à l'État excède le délai raisonnable d'une période plus longue que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable. Lorsque le temps qui s'est réellement écoulé excède ce qui aurait été raisonnable pour une cause de même nature, il faut

the Crown can show that the delay was justified. Even substantial excess delay may be justified and therefore reasonable where, for example, there is a particularly strong societal interest in the prosecution proceeding on its merits, or where the delay results from temporary and extraordinary pressures on counsel or the court system. However, it does not follow that in these conditions the excess period is invariably justified. The accused still may be able to demonstrate actual prejudice. Although actual prejudice need not be proved to find an infringement of s. 11(b), its presence would make unreasonable (in the particular circumstances of the case) a delay that might otherwise be objectively viewed as reasonable. As a result, justification may be found to be lacking.

Under this revised *Morin* framework, any delay in excess of the reasonable time requirements and any actual prejudice arising from the overall delay must be evaluated in light of societal interests: on one hand, fair treatment and prompt trial of accused persons and, on the other, determination of cases on their merits. If there are exceptionally strong societal interests in the prosecution of a case against an accused which substantially outweigh the societal interest and the interest of the accused person in prompt trials, these can serve as an acceptable basis upon which exceeding the inherent and institutional requirements of a case can be justified.

This approach is a slight reorientation of the *Morin* framework because the focus is more explicitly on the period of delay which exceeds what would have been reasonable. But there is no change in principle.

Applying these four steps of the revised *Morin* framework in this case, J's constitutional right to be tried within a reasonable time was violated. The 49.5-month delay from the charges to the end of the scheduled trial date is sufficient to trigger an inquiry into whether the delay is unreasonable. There were 10.5 months of inherent delay and 18 months of institutional delay. These findings make it appropriate to conclude that the reasonable time requirements for a case of this nature were 28.5 months. The case in fact took 49.5 months. The difference is 21 months. Of that, 4 months are attributable to the defence. The rest — a period of 17 months

conclure au caractère déraisonnable du délai, à moins que le ministère public puisse démontrer que ce dernier était justifié. Même les excédents importants peuvent se justifier, et donc être jugés raisonnables lorsque, par exemple, l'intérêt de la société à ce que le dossier soit jugé au fond est particulièrement élevé ou lorsque le délai résulte de pressions temporaires et exceptionnelles sur les avocats ou sur le système judiciaire. Cependant, on ne peut en conclure que, dans ces conditions, la période excédentaire sera systématiquement justifiée. L'accusé peut tout de même prouver qu'il a réellement subi un préjudice. Même s'il n'est pas nécessaire qu'un tel préjudice soit mis en preuve pour que le tribunal conclue à une violation de l'al. 11b), sa présence peut (dans les circonstances particulières de la cause) rendre déraisonnable un délai qui, autrement, pourrait être objectivement jugé raisonnable. Par conséquent, le tribunal pourra conclure à l'absence de justification.

Selon ce cadre de l'arrêt *Morin* révisé, le délai excédant le temps qui aurait raisonnablement été nécessaire pour juger l'affaire et le préjudice qu'a réellement subi l'accusé en raison du délai général doivent être évalués en fonction de l'intérêt qu'a la société, d'une part, à ce que les accusés soient jugés rapidement et équitablement et, d'autre part, à ce que les causes soient jugées au fond. Si la société a un intérêt particulièrement pressant à ce que l'accusé soit traduit en justice et que cet intérêt l'emporte nettement sur celui de la société et de l'accusé à ce que le procès ait lieu rapidement, cet intérêt pressant peut être considéré comme une raison acceptable justifiant un délai plus long que les délais inhérent et institutionnel propres à l'affaire.

Cette démarche intellectuelle se veut une légère réorientation du cadre d'analyse prescrit par l'arrêt *Morin* parce qu'il met l'accent plus explicitement sur la portion du délai qui excède ce qui aurait été raisonnable. Cette nouvelle approche ne constitue pas pour autant un changement de principe.

Appliquant en l'espèce ces quatre volets du cadre d'analyse de l'arrêt *Morin* révisé, il est conclu que le droit constitutionnel de J d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé. Le délai de 49 mois et demi écoulé entre le dépôt des accusations et la date prévue de la fin du procès suffit pour justifier l'examen du caractère raisonnable ou non du délai. Le délai inhérent était de 10 mois et demi et le délai institutionnel était de 18 mois. Vu ces conclusions, il y a lieu de conclure que c'est un délai de 28 mois et demi qui aurait été raisonnable pour juger une affaire comme la présente espèce. Or, c'est en réalité 49 mois et demi qu'il a fallu pour le faire. Cela correspond à un écart de 21 mois.

— counts against the state. In other words, this case took almost a year and a half longer than what would be a reasonable period to prosecute a case of this nature. This is not a close case. The time to the end of trial greatly exceeds what would be a reasonable time to prosecute a similar case. While there are societal interests in the trial on the merits of the serious drug crimes alleged against J, these cannot make reasonable the grossly excessive time that it took society to bring him to trial.

In contrast, the majority's new framework is not an appropriate approach to interpreting and applying the s. 11(b) right, for several reasons. First, the new approach reduces reasonableness to numerical ceilings. Reasonableness cannot be judicially defined with precision or captured by a number. As well, the majority's judicially created ceilings largely uncouple the right to be tried within a reasonable time from the bedrock constitutional requirement of reasonableness, which is the core of the right.

Moreover, this approach unjustifiably diminishes the right to be tried within a reasonable time. When the elapsed time is below the ceiling, an accused would have to show not only that the case took markedly longer than it reasonably should have but also that he or she took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings. This requirement has no bearing on whether the delay was unreasonable.

The majority's approach also exceeds the proper role of the Court. Creating fixed or presumptive ceilings is a task better left to legislatures. The ceilings place new limits on the exercise of the s. 11(b) right to a trial within a reasonable time for reasons of administrative efficiency that have nothing to do with whether the delay in a given case was or was not excessive. This is inconsistent with the judicial role.

As well, the ceilings have no support in the record in this case. What evidence there is in the record suggests that it would be unwise to establish these sorts of ceilings. For the vast majority of cases, the ceilings are so high that they risk being meaningless. They are unlikely

De cette période, 4 mois sont attribuables à la défense. Le reste — soit une période de 17 mois — est imputable à l'État. Autrement dit, la présente affaire a duré presque un an et demi de plus que ce qui aurait été raisonnable pour instruire le procès dans une cause de même nature. Il ne s'agit pas d'un cas limite. En effet, le délai qu'il a fallu pour traduire l'accusé en justice a été de loin supérieur à celui qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger une affaire semblable. Bien qu'il soit dans l'intérêt de la société qu'il y ait un procès au fond pour les crimes graves relatifs aux stupéfiants reprochés à J, cet intérêt ne saurait rendre raisonnable le délai manifestement excessif qu'il a fallu à la société pour le juger.

Par contre, le nouveau cadre proposé par les juges majoritaires n'est pas la bonne manière d'interpréter ou d'appliquer le droit garanti par l'al. 11b), et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, la nouvelle approche ramène la question du caractère raisonnable à des plafonds numériques. Le caractère raisonnable est un concept qui ne peut être défini avec précision par les tribunaux et qu'on ne peut ramener à une valeur numérique. En outre, les plafonds que la majorité propose de créer par voie judiciaire dissocient en grande partie le droit d'être jugé dans un délai raisonnable de l'exigence constitutionnelle fondamentale du caractère raisonnable qui est au cœur de ce droit.

Cette approche restreint en outre de manière injustifiable le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Lorsque le temps écoulé sera inférieur au plafond fixé, l'accusé sera tenu de démontrer non seulement que l'affaire a duré beaucoup plus longtemps que ce qu'elle aurait raisonnablement dû, mais également qu'il a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance. Cette exigence n'a aucune incidence sur la question de savoir si le délai a été déraisonnable.

L'approche des juges majoritaires outrepassé également le rôle dévolu à la Cour. La décision de créer des plafonds fixes ou présumés est une tâche qu'il vaut mieux laisser au législateur. Les plafonds assortissent de nouvelles restrictions l'exercice du droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11b) pour des raisons d'efficacité administrative qui n'ont rien à voir avec la question du caractère excessif ou non du délai dans un cas déterminé. L'imposition de tels plafonds est incompatible avec le rôle dévolu aux tribunaux.

De plus, le dossier en l'espèce n'appuie pas l'établissement des plafonds. Les éléments de preuve versés au dossier donnent en fait à penser qu'il serait imprudent de fixer ce type de plafonds. Dans la grande majorité des cas, les plafonds sont tellement élevés qu'ils risquent de

to address the culture of delay that is said to exist and are more likely to feed such a culture.

The majority's approach also risks negative consequences for the administration of justice. The presumptive ceilings are unlikely to improve the pace at which the vast majority of cases move through the system. As well, if this new framework were applied immediately, the majority's transitional provisions would not avoid the risk of thousands of judicial stays.

Moreover, the increased simplicity which is said to flow from the majority's new framework is likely illusory. Even if creating ceilings were an appropriate task for the courts and even if there were an appropriate evidentiary basis for them, there is little reason to think these ceilings would avoid the complexities inherent in deciding whether a particular delay is unreasonable. The majority's framework simply moves the complexities of the analysis to a new location: deciding whether to rebut the presumption that a delay is unreasonable if it exceeds the ceiling in particular cases.

Ultimately, the majority's new framework casts aside three decades of the Court's jurisprudence when no participant in the appeal called for such a wholesale change, has not been the subject of adversarial scrutiny or debate, and risks thousands of judicial stays. In short, the new framework is wrong in principle and unwise in practice.

Cases Cited

By Moldaver, Karakatsanis and Brown JJ.

Overruled: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Pidskalny*, 2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Elliott* (2003), 114 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Vassell*, 2016 SCC 26, [2016] 1 S.C.R. 625; *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83; *R. v. Rodgeron*, 2015 SCC 38, [2015]

perdre tout leur sens. Ils risquent de ne contribuer d'aucune façon à pallier le problème de la soi-disant culture des délais. En fait, des plafonds aussi élevés risquent davantage d'alimenter une telle culture.

L'approche des juges majoritaires risque aussi d'entraîner des conséquences néfastes pour l'administration de la justice. Il est improbable que les plafonds présumés accélèrent le traitement de l'immense majorité des affaires judiciaires. En outre, si ce nouveau cadre était appliqué immédiatement, les dispositions transitoires proposées par les juges majoritaires ne permettraient pas d'éviter le risque que des milliers d'arrêts des procédures soient ordonnés par les tribunaux.

De plus, la simplicité accrue qui découlerait soi-disant du nouveau cadre proposé par les juges majoritaires est vraisemblablement illusoire. Même si la création de plafonds entrerait dans les attributions des tribunaux et que la preuve présentée en l'espèce la justifiait, il y a peu de raison de penser que ces plafonds permettraient d'éviter les complexités inhérentes à l'obligation de décider si un délai particulier est déraisonnable. Le cadre élaboré par les juges majoritaires ne fait que déplacer la complexité de l'analyse : une décision sur l'opportunité de réfuter, dans des cas particuliers, la présomption selon laquelle un délai est déraisonnable s'il excède le plafond.

En fin de compte, le nouveau cadre proposé par les juges majoritaires met au rencart une trentaine d'années de jurisprudence de la Cour alors qu'aucun des participants au présent pourvoi n'a réclamé une telle transformation radicale de notre droit, que ce cadre n'a fait l'objet ni d'un débat contradictoire ni d'une analyse de la part des parties et qu'il risque d'entraîner des milliers d'arrêts des procédures ordonnés par les tribunaux. Bref, le nouveau cadre est erroné sur le plan théorique et peu judicieux sur le plan pratique.

Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown

Arrêt renversé : *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; **arrêts mentionnés :** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Pidskalny*, 2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Elliott* (2003), 114 C.R.R. (2d) 1; *R. c. Vassell*, 2016 CSC 26, [2016] 1 R.C.S. 625; *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83; *R. c. Rodgeron*, 2015

2 S.C.R. 760; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *R. v. Omar*, 2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493; *R. v. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74.

By Cromwell J.

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, aff'g (1990), 55 C.C.C. (3d) 209; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73; *R. v. Sharma*, [1992] 1 S.C.R. 814; *R. v. Brassard*, [1993] 4 S.C.R. 287; *R. v. Nuosci*, [1993] 4 S.C.R. 283; *R. v. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74; *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 11(b).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 561.
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 14(3)(c).
Magna Carta (1215), clause 40.
Speedy Trial Act of 1974, 18 U.S.C. § 3161 (2012).

Authors Cited

Alberta Justice and Solicitor General. Criminal Justice Division. “Injecting a Sense of Urgency: A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases”, report by Greg Lepp, April 2013 (online : https://justice.alberta.ca/programs_services/criminal_pros/Documents/InjectingSenseUrgency.pdf).

Amsterdam, Anthony G. “Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies” (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525.

B.C. Justice Reform Initiative. *A Criminal Justice System for the 21st Century: Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond*, report by D. Geoffrey Cowper, Q.C., Chair. Victoria: The Initiative, 2012.

CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *R. c. Omar*, 2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493; *R. c. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, conf. (1990), 55 C.C.C. (3d) 209; **arrêts mentionnés :** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73; *R. c. Sharma*, [1992] 1 R.C.S. 814; *R. c. Brassard*, [1993] 4 R.C.S. 287; *R. c. Nuosci*, [1993] 4 R.C.S. 283; *R. c. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74; *Beavers c. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b), 11(b).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 561.
Magna Carta (1215), clause 40.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47, art. 14(3)(c).
Speedy Trial Act of 1974, 18 U.S.C. § 3161 (2012).

Doctrine et autres documents cités

Alberta Justice and Solicitor General. Criminal Justice Division. « Injecting a Sense of Urgency : A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases », report by Greg Lepp, April 2013 (online : https://justice.alberta.ca/programs_services/criminal_pros/Documents/InjectingSenseUrgency.pdf).

Amsterdam, Anthony G. « Speedy Criminal Trial : Rights and Remedies » (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525.

B.C. Justice Reform Initiative. *A Criminal Justice System for the 21st Century : Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond*, report by D. Geoffrey Cowper, Q.C., Chair. Victoria: The Initiative, 2012.

- British Columbia. Provincial Court. “Justice Delayed: A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources”, September 14, 2010 (online: www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Justice_Delayed_-_A_Report_of_the_Provincial_Court_of_British_Columbia_Concerning_Judicial_Resource.pdf).
- British Columbia. Provincial Court. “The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015” (online: [www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Time%20to%20Trial%20-%20Update%20\(as%20at%20March%2031,%202015\).pdf](http://www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Time%20to%20Trial%20-%20Update%20(as%20at%20March%2031,%202015).pdf)).
- Canada. Department of Justice. “The Final Report on Early Case Consideration of the Steering Committee on Justice Efficiencies and Access to the Justice System”, 2006 (online: www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/esc-cde/).
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 67. *Trial Within a Reasonable Time: A Working Paper Prepared for the Law Reform Commission of Canada*. Ottawa: Canada Communication Group, 1994.
- Code, Michael A. *Trial Within a Reasonable Time: A Short History of Recent Controversies Surrounding Speedy Trial Rights in Canada and the United States*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- Hill, Casey, and Jeremy Tatum. “Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remediating Unreasonable Delay under the Charter”, paper presented at the Crown Defence Conference, Winnipeg, September 2012 (online: www.crowndefence.ca/wp-content/uploads/2011/05/Justice-Casey-Hill_Remediating-Unreasonable-Delay1.pdf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).
- Hopwood, Shon. “The Not So Speedy Trial Act” (2014), 89 *Wash. L. Rev.* 709.
- LaFave, Wayne R., et al. *Criminal Procedure*, 5th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009.
- Lamer, Antonio. “The Role of Judges”, address to the Empire Club of Canada, 1995 (online: <http://speeches.empireclub.org/61076/data?n=1>).
- LeSage, Patrick J., and Michael Code. *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2008.
- McLachlin, Beverley. “The Challenges We Face” (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 819.
- Ruby, Clayton C. “Trial Within a Reasonable Time under Section 11(b): the Ontario Court of Appeal Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 67. *La tenue du procès dans un délai raisonnable : un document de travail préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1994.
- Canada. Ministère de la Justice. « Rapport final sur l’examen prioritaire des dossiers du comité directeur sur l’efficacité et l’accès en matière de justice », 2006 (en ligne : www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/cde-esc/).
- Code, Michael A. *Trial Within a Reasonable Time : A Short History of Recent Controversies Surrounding Speedy Trial Rights in Canada and the United States*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1992.
- Colombie-Britannique. Provincial Court. « Justice Delayed : A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources », September 14, 2010 (online : www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Justice_Delayed_-_A_Report_of_the_Provincial_Court_of_British_Columbia_Concerning_Judicial_Resource.pdf).
- Colombie-Britannique. Provincial Court. « The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015 » (online : [www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Time%20to%20Trial%20-%20Update%20\(as%20at%20March%2031,%202015\).pdf](http://www.provincialcourt.bc.ca/downloads/pdf/Time%20to%20Trial%20-%20Update%20(as%20at%20March%2031,%202015).pdf)).
- Commission de Venise (Commission européenne pour la démocratie par le droit). *Can excessive length of proceedings be remedied?* Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007.
- Hill, Casey, and Jeremy Tatum. « Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remediating Unreasonable Delay under the Charter », paper presented at the Crown Defence Conference, Winnipeg, September 2012 (online : www.crowndefence.ca/wp-content/uploads/2011/05/Justice-Casey-Hill_Remediating-Unreasonable-Delay1.pdf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).
- Hopwood, Shon. « The Not So Speedy Trial Act » (2014), 89 *Wash. L. Rev.* 709.
- LaFave, Wayne R., et al. *Criminal Procedure*, 5th ed., St. Paul (Minn.), West, 2009.
- Lamer, Antonio. « The Role of Judges », address to the Empire Club of Canada, 1995 (online : <http://speeches.empireclub.org/61076/data?n=1>).
- LeSage, Patrick J., et Michael Code. *Rapport sur l’examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes*, Toronto, ministère du Procureur général de l’Ontario, 2008.

Disconnects from the Supreme Court” (2013), 2 C.R. (7th) 91.

Venice Commission (European Commission for Democracy through Law). *Can excessive length of proceedings be remedied?* Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2007.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, MacKenzie and Stromberg-Stein JJ.A.), 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137, 611 W.A.C. 137, 313 C.R.R. (2d) 1, [2014] B.C.J. No. 1263 (QL), 2014 CarswellBC 1760 (WL Can.), affirming a decision of Verhoeven J., 2012 BCSC 1735, [2012] B.C.J. No. 2448 (QL), 2012 CarswellBC 3655 (WL Can.). Appeal allowed.

Eric V. Gottardi and Tony C. Paisana, for the appellant.

Croft Michaelson, Q.C., and *Peter R. LaPrairie*, for the respondent.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Tim A. Dickson and Martin Twigg, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Frank Addario and Erin Dann, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ. was delivered by

MOLDAVER, KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

I. Introduction

[1] Timely justice is one of the hallmarks of a free and democratic society. In the criminal law context, it takes on special significance. Section 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* attests to this, in that it guarantees the right of accused persons “to be tried within a reasonable time”.

McLachlin, Beverley. « The Challenges We Face » (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 819.

Ruby, Clayton C. « Trial Within a Reasonable Time under Section 11(b) : the Ontario Court of Appeal Disconnects from the Supreme Court » (2013), 2 C.R. (7th) 91.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, MacKenzie et Stromberg-Stein), 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137, 611 W.A.C. 137, 313 C.R.R. (2d) 1, [2014] B.C.J. No. 1263 (QL), 2014 CarswellBC 1760 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Verhoeven, 2012 BCSC 1735, [2012] B.C.J. No. 2448 (QL), 2012 CarswellBC 3655 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Eric V. Gottardi et Tony C. Paisana, pour l’appellant.

Croft Michaelson, c.r., et *Peter R. LaPrairie*, pour l’intimée.

Jolaine Antonio, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Tim A. Dickson et Martin Twigg, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Frank Addario et Erin Dann, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown rendu par

LES JUGES MOLDAVER, KARAKATSANIS ET BROWN —

I. Introduction

[1] La justice rendue en temps utile est l’une des caractéristiques d’une société libre et démocratique. Elle revêt une importance particulière en matière criminelle. L’alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en est la preuve, puisqu’il garantit à l’inculpé le droit « d’être jugé dans un délai raisonnable ».

[2] Moreover, the Canadian public expects their criminal justice system to bring accused persons to trial expeditiously. As the months following a criminal charge become years, everyone suffers. Accused persons remain in a state of uncertainty, often in pre-trial detention. Victims and their families who, in many cases, have suffered tragic losses cannot move forward with their lives. And the public, whose interest is served by promptly bringing those charged with criminal offences to trial, is justifiably frustrated by watching years pass before a trial occurs.

[3] An efficient criminal justice system is therefore of utmost importance. The ability to provide fair trials within a reasonable time is an indicator of the health and proper functioning of the system itself. The stakes are indisputably high.

[4] Our system, however, has come to tolerate excessive delays. The circumstances in this appeal are illustrative. Notwithstanding a delay of over four years in bringing a drug case of modest complexity to trial, both the trial judge and the Court of Appeal were of the view that the appellant was tried within a reasonable time. Their analyses are reflective of doctrinal and practical difficulties plaguing the current analytical framework governing s. 11(b). These difficulties have fostered a culture of complacency within the system towards delay.

[5] A change of direction is therefore required. Below, we set out a new framework for applying s. 11(b). At the centre of this new framework is a presumptive ceiling on the time it should take to bring an accused person to trial: 18 months for cases going to trial in the provincial court, and 30 months for cases going to trial in the superior court. Of course, given the contextual nature of reasonableness, the framework accounts for case-specific factors both above and below the presumptive ceiling. This framework is intended to focus the s. 11(b) analysis on the issues that matter and encourage all participants in the criminal justice system to cooperate in achieving reasonably prompt justice,

[2] La population canadienne s'attend en outre à ce que son système de justice criminelle juge les inculpés de manière diligente. Quand les mois suivant une inculpation au criminel deviennent des années, tout le monde en pâtit. Les inculpés demeurent dans l'incertitude et souvent détenus avant leur procès. Les victimes et leurs familles, qui dans bien des cas ont subi des pertes tragiques, ne peuvent tourner la page. Le public, quant à lui, dont l'intérêt est servi lorsque les inculpés sont traduits rapidement en justice, est frustré avec raison de voir des années passer avant la tenue d'un procès.

[3] L'efficacité du système de justice criminelle est donc de la plus haute importance. La capacité de tenir des procès équitables dans un délai raisonnable est indicative de la santé et du bon fonctionnement du système lui-même. Les enjeux sont indubitablement élevés.

[4] Notre système en est cependant venu à tolérer les délais excessifs, comme en font foi les circonstances du présent pourvoi. Même s'il a fallu plus de quatre ans aux autorités pour porter une affaire de drogue moyennement complexe devant les tribunaux, tant le juge du procès que la Cour d'appel ont estimé que l'appellant avait été jugé dans un délai raisonnable. Leurs analyses respectives traduisent les difficultés sur les plans théorique et pratique qui pèsent sur le test actuel applicable aux demandes fondées sur l'al. 11b). Ces difficultés ont fait naître au sein du système une culture de complaisance vis-à-vis des délais.

[5] Un changement d'orientation s'impose donc. Nous exposerons ci-après un nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'al. 11b). Au cœur de ce nouveau cadre se trouve un plafond présumé quant au temps maximal que cela devrait prendre pour traduire un inculpé en justice : 18 mois pour les procès instruits devant une cour provinciale et 30 mois pour ceux instruits devant une cour supérieure. Bien entendu, compte tenu de la nature contextuelle du caractère raisonnable, le cadre d'analyse prend en considération des facteurs propres à chaque cas, que le délai ait été supérieur ou inférieur au plafond. Il vise par ailleurs à faire en sorte que l'analyse d'une demande fondée sur

with a view to fulfilling s. 11(b)'s important objectives.

[6] Applying this new framework, including its transitional features, we conclude that the appellant was not brought to trial within a reasonable time. We would allow the appeal, set aside his convictions and direct a stay of proceedings.

II. Facts

[7] The appellant, Mr. Jordan, was arrested in December 2008 following an RCMP investigation into a “dial-a-dope” operation in Langley and Surrey, British Columbia. He was eventually charged with nine other co-accused on a 14-count information alleging various offences relating to possession and trafficking. Mr. Jordan remained in custody until February 2009, when he was released under strict house arrest and other restrictive bail conditions.

[8] The 10 co-accused made numerous appearances through the early months of 2009 as they obtained counsel, made their elections, and coordinated schedules. By May 2009, all counsel had agreed that the preliminary inquiry would require approximately four days, and it was eventually set for May 13, 14, 17 and 18, 2010. Several of the co-accused entered guilty pleas or were severed from the information. By the time the preliminary inquiry commenced, there were five co-accused left on the information, including Mr. Jordan.

[9] At the preliminary inquiry, it quickly became apparent that the initial time estimate of four days was too low. Crown counsel advised the preliminary inquiry judge that the Crown would be able to present all of the evidence against the four co-accused, but that the Crown would require significantly more

l'al. 11b) se concentre sur les questions qui importent et à inciter tous les participants au système de justice criminelle à collaborer pour que l'administration de la justice soit raisonnablement prompte afin de réaliser les objectifs importants visés par l'al. 11b).

[6] Après avoir appliqué ce nouveau cadre, y compris ses modalités transitoires, nous concluons que l'appelant n'a pas été traduit en justice dans un délai raisonnable. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner l'arrêt des procédures.

II. Faits

[7] L'appelant, M. Jordan, a été arrêté en décembre 2008, à la suite d'une enquête menée par la GRC sur une opération de « vente de drogue sur appel » à Langley et à Surrey, en Colombie-Britannique. Il a par la suite été inculpé en compagnie de neuf coaccusés dans une dénonciation comportant 14 chefs d'accusation leur reprochant plusieurs infractions relatives à la possession et au trafic de drogues. M. Jordan a été détenu jusqu'en février 2009, lorsqu'il a été libéré sous réserve de conditions strictes de détention à domicile et d'autres conditions restrictives de mise en liberté sous caution.

[8] Les 10 coaccusés ont comparu à maintes reprises durant les premiers mois de 2009, période pendant laquelle ils ont obtenu les services d'un avocat, choisi leur mode de procès et coordonné les horaires. Au mois de mai 2009, tous les avocats avaient convenu que l'enquête préliminaire allait durer environ quatre jours, et il a finalement été prévu qu'elle se déroulerait les 13, 14, 17 et 18 mai 2010. Plusieurs des coaccusés ont plaidé coupables ou vu leur nom être retiré de la dénonciation. À l'ouverture de l'enquête préliminaire, cinq coaccusés, dont M. Jordan, étaient toujours visés par la dénonciation.

[9] À l'enquête préliminaire, il est vite devenu évident que l'estimation initiale de quatre jours était insuffisante. Le procureur du ministère public a informé le juge président l'enquête préliminaire que le ministère public serait en mesure de produire toute la preuve pesant contre quatre des coaccusés, mais

court time to present the “mountain of evidence” it had in respect of Mr. Jordan. The parties sought and obtained continuation dates throughout 2010 and into 2011. In May 2011, Mr. Jordan (along with two co-accused) was committed to stand trial on all 14 counts. The preliminary inquiry — which ended up taking nine days of court time — had taken a full year to complete. It was now two and a half years since Mr. Jordan had been charged.

[10] Following committal, the matter moved to the British Columbia Supreme Court. Crown counsel estimated that six weeks would be required for trial, and the trial was set for the first available six-week block — in September 2012. A new Crown counsel took over the file in July 2011, and wrote to Mr. Jordan’s counsel advising of her estimate that only two to three weeks would be needed to present the Crown’s case, and offering to seek earlier trial dates. Mr. Jordan’s counsel did not respond to this offer. Later, in December 2011, one of the remaining two co-accused was severed from the information. Only Mr. Jordan and one co-accused remained.

[11] As Mr. Jordan awaited trial, his liberty was restricted. He spent two months in custody following his arrest in December 2008, which was followed by close to four years of restrictive bail conditions. However, in July 2011, Mr. Jordan was convicted of prior drug charges and was sentenced to a 15-month conditional sentence order (“CSO”), which he served until October 2012. The conditions of the CSO were similar to the bail conditions Mr. Jordan was under for the charges at issue in this appeal. Therefore, for 15 months of the delay, Mr. Jordan’s liberty was restricted by both the bail conditions and the CSO.

qu’il aurait besoin de beaucoup plus de temps d’audience pour présenter la [TRADUCTION] « montagne de preuve » dont il disposait à l’égard de M. Jordan. Les parties ont sollicité et obtenu des dates de prolongation durant toute l’année 2010 et au début de 2011. En mai 2011, M. Jordan (à l’instar de deux coaccusés) a été renvoyé à procès relativement aux 14 chefs d’accusation. En fin de compte, il avait donc fallu une année complète pour mener à terme l’enquête préliminaire, qui a accaparé neuf jours d’audience. Cela faisait alors deux ans et demi que M. Jordan avait été inculpé.

[10] Après le renvoi à procès, l’affaire a été soumise à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le procureur du ministère public a estimé à six semaines le temps qu’il faudrait pour instruire le procès, qui fut fixé au premier bloc de six semaines disponible, soit en septembre 2012. Une nouvelle procureure du ministère public s’est chargée du dossier à compter de juillet 2011. Elle a écrit à l’avocat de M. Jordan que, selon elle, le ministère public n’aurait besoin que de deux à trois semaines pour présenter sa preuve, et elle a offert de demander des dates d’instruction plus rapprochées. L’avocat de M. Jordan n’a pas répondu à cette offre. Plus tard, soit en décembre 2011, le nom d’un des deux coaccusés toujours en cause a été retiré de la dénonciation. Seuls M. Jordan et un coaccusé étaient donc toujours visés par la poursuite.

[11] Pendant que M. Jordan attendait son procès, sa liberté a été restreinte. Il a passé deux mois en détention après son arrestation en décembre 2008, puis il a été assujéti pendant près de quatre ans à des conditions strictes de mise en liberté sous caution. Il a toutefois été déclaré coupable en juillet 2011 d’accusations antérieures liées aux drogues et a été condamné en lien avec ces accusations à une peine d’emprisonnement avec sursis de 15 mois qu’il a purgée jusqu’en octobre 2012. Les conditions de l’ordonnance de sursis s’apparentaient aux conditions de mise en liberté sous caution auxquelles était soumis M. Jordan pour les accusations en cause dans le présent pourvoi. Ainsi, pendant une partie du temps qu’il a fallu pour que se tienne le procès de M. Jordan, soit 15 mois, sa liberté était restreinte tant par les conditions de mise en liberté sous caution que par l’ordonnance de sursis.

[12] At the start of his trial in September 2012, Mr. Jordan brought an application for a stay of proceedings alleging a breach of his s. 11(b) right to be tried within a reasonable time. This application was dismissed. The trial was adjourned, and it eventually concluded in February 2013 with his conviction on five drug-related offences. The total delay from Mr. Jordan's charges to the conclusion of the trial was 49.5 months.

III. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 1735*

[13] The trial judge found that the delay in bringing this matter to trial was not unreasonable, and declined to enter a stay of proceedings. In concluding there was no s. 11(b) breach, he applied the framework from this Court's decision in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, including the guidelines set out in it for how much institutional delay is generally tolerable.

[14] The trial judge found that the inherent time requirements for this case were 10.5 months. He also found that, of the total delay, four months (incurred when Mr. Jordan changed counsel and requested an adjournment of his trial) were attributable to the defence, and two months were attributable to the Crown.

[15] The bulk of the delay — 32.5 months — was attributable to institutional delay, of which 19 months occurred at the Provincial Court and 13.5 months occurred at the B.C. Supreme Court. This was, as the trial judge noted, well outside the *Morin* guidelines for tolerable institutional delay of eight to ten months in the provincial court, and six to eight months in the superior court. However, the trial judge held that institutional delay should be given less weight than Crown delay in the final balancing.

[12] À l'ouverture de son procès en septembre 2012, M. Jordan a demandé un arrêt des procédures pour cause d'atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'al. 11b). Cette demande a été rejetée. Le procès a été ajourné et il s'est finalement conclu en février 2013 par la déclaration de culpabilité de M. Jordan pour cinq infractions relatives aux drogues. Il s'est donc écoulé au total 49 mois et demi entre le dépôt des accusations contre M. Jordan et la conclusion du procès.

III. Jugements des juridictions d'instances inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 1735*

[13] Le juge du procès a conclu que le temps pris pour renvoyer la présente affaire à procès n'était pas déraisonnable et il a refusé de prononcer l'arrêt des procédures. En concluant qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 11b), il a appliqué le cadre d'analyse établi par la Cour dans son arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, y compris les lignes directrices qui y sont énoncées quant à la durée du délai institutionnel qui sera généralement tolérable.

[14] Selon le juge du procès, le délai inhérent à la présente affaire était de 10 mois et demi. Toujours selon lui, une partie de ce délai — en l'occurrence quatre mois (période au cours de laquelle M. Jordan a changé d'avocat et demandé l'ajournement de son procès) — était imputable à la défense, et deux mois au ministère public.

[15] L'essentiel du délai — c.-à-d. 32 mois et demi — était d'ordre institutionnel, soit 19 mois devant la Cour provinciale et 13 mois et demi devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Comme l'a fait remarquer le juge du procès, cela se situait bien au-delà des lignes directrices établies dans *Morin* pour qu'un délai institutionnel soit tolérable, soit de huit à dix mois si l'affaire est entendue par une cour provinciale et de six à huit mois si elle est entendue par une cour supérieure. Il a toutefois conclu que, dans la mise en balance finale, on doit accorder moins d'importance au délai institutionnel qu'au délai imputable au ministère public.

[16] The trial judge then considered the issue of prejudice. He reasoned that if the institutional delay had been within the *Morin* guidelines, the trial would have concluded by May 2011. Most of the additional delay coincided with the term of Mr. Jordan's CSO. The trial judge therefore found that Mr. Jordan's liberty interest was not significantly prejudiced by the delay. While Mr. Jordan's security of the person was affected, any prejudice was minimized by the fact that he was facing other outstanding charges for much of the delay. Finally, he found no prejudice to Mr. Jordan's right to make full answer and defence because the Crown's case did not depend on the memory of witnesses.

[17] The trial judge balanced all of the factors and concluded that Mr. Jordan's s. 11(b) right had not been infringed, due primarily to the fact that Mr. Jordan did not suffer significant prejudice.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137*

[18] Mr. Jordan appealed. He argued that the trial judge erred in his assessment of prejudice and gave inadequate weight to the excessive institutional delay. The Court of Appeal found that the trial judge did not err in his attribution of the delay, or in his weighing of the institutional delay. Further, the trial judge's determination on prejudice was a finding of fact that was entitled to deference. Finally, the trial judge did not err by declining to infer prejudice based on the length of the delay alone. The appeal was dismissed.

[16] Le juge du procès s'est ensuite penché sur la question du préjudice. Il a opiné que, si le délai institutionnel avait respecté les lignes directrices établies dans *Morin*, le procès se serait terminé en mai 2011. Cela dit, comme la majeure partie du délai supplémentaire avait coïncidé avec la peine d'emprisonnement avec sursis infligée à M. Jordan, le juge a conclu que le délai n'avait pas porté atteinte de façon notable au droit à la liberté de ce dernier. En outre, pour le juge, bien que la sécurité de la personne de M. Jordan ait été touchée, tout préjudice qu'il aurait pu subir a été réduit par le fait qu'il faisait face à d'autres accusations durant une grande partie du délai. Enfin, il a conclu à l'absence d'atteinte au droit de M. Jordan de présenter une défense pleine et entière parce que la preuve du ministère public ne reposait pas sur les souvenirs de témoins.

[17] Le juge du procès a soupesé tous les facteurs et conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte au droit garanti à M. Jordan par l'al. 11b), surtout parce qu'il n'avait pas subi de préjudice important.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137*

[18] M. Jordan s'est pourvu en appel. Il a soutenu que le juge du procès avait mal évalué le préjudice et accordé trop peu de poids au délai institutionnel excessif. La Cour d'appel s'est dite d'avis que le juge du procès n'avait commis d'erreur ni dans son attribution du délai ni dans son appréciation du délai institutionnel. En outre, pour elle, la décision du juge du procès sur le préjudice était une conclusion de fait à l'égard de laquelle il fallait faire preuve de déférence. En dernier lieu, pour la Cour d'appel, le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en refusant d'inférer l'existence d'un préjudice compte tenu de la longueur du délai à elle seule. L'appel a été rejeté.

IV. Analysis

A. *The Right to Be Tried Within a Reasonable Time Is Important to Individuals and Society as a Whole*

[19] As we have said, the right to be tried within a reasonable time is central to the administration of Canada's system of criminal justice. It finds expression in the familiar maxim: "Justice delayed is justice denied." An unreasonable delay denies justice to the accused, victims and their families, and the public as a whole.

[20] Trials within a reasonable time are an essential part of our criminal justice system's commitment to treating presumptively innocent accused persons in a manner that protects their interests in liberty, security of the person, and a fair trial. Liberty is engaged because a timely trial means an accused person will spend as little time as possible held in pre-trial custody or living in the community under release conditions. Security of the person is impacted because a long-delayed trial means prolonging the stress, anxiety, and stigma an accused may suffer. Fair trial interests are affected because the longer a trial is delayed, the more likely it is that some accused will be prejudiced in mounting a defence, owing to faded memories, unavailability of witnesses, or lost or degraded evidence.

[21] At the same time, we recognize that some accused persons who are in fact guilty of their charges are content to see their trials delayed for as long as possible. Indeed, there are incentives for them to remain passive in the face of delay. Accused persons may seek to avoid responsibility for their crimes by embracing delay, in the hope that the case against them will fall apart or they will obtain a stay of proceedings. This operates to the detriment of the public and of the system of justice as a whole. Section 11(b) was not intended to be

IV. Analyse

A. *Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est important à la fois pour les individus et pour la société dans son ensemble*

[19] Comme nous l'avons dit, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est d'une importance capitale pour l'administration du système de justice criminelle du Canada. Ce droit trouve son expression dans la maxime bien connue : « un retard à rendre justice équivaut à un déni de justice ». Un délai déraisonnable représente un déni de justice pour l'inculpé, les victimes, leurs familles et la population dans son ensemble.

[20] Les procès instruits dans un délai raisonnable sont une part essentielle de l'engagement de notre système de justice criminelle de traiter les inculpés présumés innocents de manière à protéger leurs droits à la liberté, à la sécurité de leur personne et à un procès équitable. Le droit à la liberté est en cause parce qu'un procès instruit en temps utile permet à l'inculpé de demeurer le moins longtemps possible en détention avant son procès ou assujéti à des conditions de mise en liberté dans la collectivité. Le droit à la sécurité de la personne est touché parce qu'un retard considérable à tenir le procès a pour effet de prolonger le stress, l'anxiété et la stigmatisation qu'un inculpé peut subir. Enfin, le droit à un procès équitable est en cause, car plus un procès est retardé, plus certains inculpés risquent d'être lésés dans la préparation de leur défense à cause des souvenirs qui s'estompent, de l'indisponibilité de témoins ou encore de la perte ou de la détérioration d'éléments de preuve.

[21] Parallèlement, nous reconnaissons que certains inculpés qui sont en fait coupables des accusations portées contre eux se réjouissent de voir leur procès être retardé le plus longtemps possible. En effet, ils peuvent avoir intérêt à demeurer passifs à l'égard du délai et vouloir échapper aux conséquences découlant de leurs crimes en tirant profit, si la poursuite intentée contre eux s'effondre ou s'ils obtiennent un arrêt des procédures. Ce sont alors le public et le système de justice dans son ensemble qui souffrent du délai. L'alinéa 11b) n'est

a sword to frustrate the ends of justice (*Morin*, at pp. 801-2).

[22] Of course, the interests protected by s. 11(b) extend beyond those of accused persons. Timely trials impact other people who play a role in and are affected by criminal trials, as well as the public's confidence in the administration of justice.

[23] Victims of crime and their families may be devastated by criminal acts and therefore have a special interest in timely trials (*R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at pp. 1220-21). Delay aggravates victims' suffering, preventing them from moving on with their lives.

[24] Timely trials allow victims and witnesses to make the best possible contribution to the trial, and minimize the "worry and frustration [they experience] until they have given their testimony" (*Askov*, at p. 1220). Repeated delays interrupt their personal, employment or business activities, creating inconvenience that may present a disincentive to their participation.

[25] Last but certainly not least, timely trials are important to maintaining overall public confidence in the administration of justice. As McLachlin J. (as she then was) put it in *Morin*, "delays are of consequence not only to the accused, but may affect the public interest in the prompt and fair administration of justice" (p. 810). Crime is of serious concern to all members of the community. Unreasonable delay leaves the innocent in limbo and the guilty unpunished, thereby offending the community's sense of justice (see *Askov*, at p. 1220). Failure "to deal fairly, quickly and efficiently with criminal trials inevitably leads to the community's frustration with the judicial system and eventually to a feeling of contempt for court procedures" (p. 1221).

pourtant pas censé être une épée conçue pour faire échec aux fins de la justice (*Morin*, p. 801-802).

[22] Bien entendu, les droits protégés par l'al. 11b) s'étendent au-delà de ceux des inculpés. En effet, les procès instruits en temps utile ont des répercussions sur les autres personnes qui interviennent dans les procès criminels et qui sont touchées par eux, de même que sur la confiance du public envers l'administration de la justice.

[23] Les victimes d'actes criminels et leurs familles peuvent être anéanties par de tels actes et avoir de ce fait un intérêt particulier à ce que les procès se déroulent rondement (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1220-1221). En effet, les délais exacerbent la souffrance des victimes et les empêchent de tourner la page.

[24] En revanche, les procès instruits dans un délai raisonnable permettent aux victimes et aux témoins d'apporter la meilleure contribution possible au procès et minimisent l'« angoiss[e] et [la] frustration [qu'ils ressentent] jusqu'au témoignage lui-même » (*Askov*, p. 1220). Le cumul des délais interrompt pour sa part leurs activités personnelles, professionnelles ou commerciales, et crée des tracas qui peuvent les décourager de participer au procès.

[25] Dernier élément, qui n'est toutefois certainement pas le moindre, les procès instruits en temps utile sont importants pour préserver la confiance générale du public envers l'administration de la justice. Comme l'a dit la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *Morin*, « [n]on seulement [les] délais ont des conséquences pour l'accusé, mais ils peuvent également avoir un effet sur l'intérêt du public dans l'administration rapide et équitable de la justice » (p. 810). Le crime préoccupe grandement tous les membres de la collectivité. Un délai déraisonnable place l'innocent dans une situation incertaine et permet au coupable de rester impuni, ce qui porte par le fait même atteinte au sens de la justice qu'a la société (voir *Askov*, p. 1220). Le défaut « de tenir les procès criminels avec équité, rapidité et efficacité amène inévitablement la société à douter [...] et, en fin de compte, à mépriser les procédures judiciaires » (p. 1221).

[26] Extended delays undermine public confidence in the system. And public confidence is essential to the survival of the system itself, as “a fair and balanced criminal justice system simply cannot exist without the support of the community” (*Askov*, at p. 1221).

[27] Canadians therefore rightly expect a system that can deliver quality justice in a reasonably efficient and timely manner. Fairness and timeliness are sometimes thought to be in mutual tension, but this is not so. As D. Geoffrey Cowper, Q.C., wrote in a report commissioned by the B.C. Justice Reform Initiative:

... the widely perceived conflict between justice and efficiency goals is not based in reason or sound analysis. The real experience of the system is that both must be pursued in order for each to be realised: they are, in practice, interdependent.

(*A Criminal Justice System for the 21st Century* (2012), at p. 75)

[28] In short, timely trials further the interests of justice. They ensure that the system functions in a fair and efficient manner; tolerating trials after long delays does not. Swift, predictable justice, “the most powerful deterrent of crime” is seriously undermined and in some cases rendered illusory by delayed trials (McLachlin C.J., “The Challenges We Face”, remarks to the Empire Club of Canada, published in (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 819, at p. 825).

B. *Problems With the Current Framework*

[29] While this Court has always recognized the importance of the right to a trial within a reasonable time, in our view, developments since *Morin* demonstrate that the system has lost its way. The framework set out in *Morin* has given rise to both

[26] Le prolongement des délais mine la confiance du public envers le système. Or, cette confiance est essentielle à la survie du système lui-même, car « il ne peut y avoir de système équitable et équilibré de justice criminelle sans le soutien de la collectivité » (*Askov*, p. 1221).

[27] Les Canadiens et Canadiennes s’attendent donc à juste titre à ce que notre système puisse rendre une justice de qualité d’une manière qui soit raisonnablement efficace et rapide. On croit parfois qu’il existe un tiraillement entre l’équité et la célérité. Il n’en est toutefois rien. Tel que l’a écrit D. Geoffrey Cowper, c.r., dans un rapport commandé par la B.C. Justice Reform Initiative :

[TRADUCTION] ... le conflit largement perçu entre les objectifs de justice et d’efficacité ne repose pas sur la raison ou sur une analyse solide. La réalité du système, c’est qu’il faut tendre vers les deux pour que l’un et l’autre se réalisent : ils sont, en pratique, interdépendants.

(*A Criminal Justice System for the 21st Century* (2012), p. 75)

[28] Bref, les procès instruits en temps utile servent l’administration de la justice. Ils sont le gage du fonctionnement équitable et efficace du système. Accepter que des procès se tiennent après de longs délais a l’effet contraire. La possibilité que justice soit rendue d’une manière rapide et prévisible, [TRADUCTION] « l’outil de dissuasion le plus efficace », est gravement diminuée et elle devient illusoire dans certains cas à cause du report des procès (la juge en chef McLachlin, « The Challenges We Face », allocution prononcée devant l’Empire Club of Canada, publiée dans (2007), 40 *U.B.C. L. Rev.* 819, p. 825).

B. *Failles du cadre actuel*

[29] Bien que la Cour ait toujours reconnu l’importance du droit à un procès tenu dans un délai raisonnable, à nos yeux, les changements survenus depuis *Morin* démontrent que le système s’est égaré. Le cadre d’analyse établi dans cet arrêt a engendré

doctrinal and practical problems, contributing to a culture of delay and complacency towards it.

[30] The *Morin* framework requires courts to balance four factors in determining whether a breach of s. 11(b) has occurred: (1) the length of the delay; (2) defence waiver; (3) the reasons for the delay, including the inherent needs of the case, defence delay, Crown delay, institutional delay, and other reasons for delay; and (4) prejudice to the accused's interests in liberty, security of the person, and a fair trial. Prejudice can be either actual or inferred from the length of the delay. Institutional delay in particular is assessed against a set of guidelines developed by this Court in *Morin*: eight to ten months in the provincial court, and a further six to eight months after committal for trial in the superior court. The *Morin* guidelines reflect the fact that resources are finite and there must accordingly be some tolerance for institutional delay. Institutional delay within or close to the guidelines has generally been considered to be reasonable.

[31] This framework suffers from a number of related doctrinal shortcomings.

[32] First, its application is highly unpredictable. It has been interpreted so as to permit endless flexibility, making it difficult to determine whether a breach has occurred. The absence of a consistent standard has turned s. 11(b) into something of a dice roll, and has led to the proliferation of lengthy and often complex s. 11(b) applications, thereby further burdening the system.

[33] Second, as the parties and interveners point out, the treatment of prejudice has become one of the most fraught areas in the s. 11(b) jurisprudence: it is confusing, hard to prove, and highly subjective. As to the confusion prejudice has caused, courts have struggled to distinguish between “actual” and

des problèmes sur les plans tant théorique que pratique, concourant ainsi à une culture des délais et de complaisance à l'endroit de cette culture.

[30] Le cadre d'analyse établi dans *Morin* exige des tribunaux qu'ils soupèsent quatre facteurs pour décider s'il y a eu violation de l'al. 11b) : (1) la longueur du délai; (2) la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai; (3) les motifs du délai, y compris les besoins inhérents au dossier, le délai imputable à la défense, celui attribuable au ministère public, le délai institutionnel et les autres motifs du délai; (4) l'atteinte aux droits de l'inculpé à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable. Le préjudice peut avoir été réellement subi par l'accusé ou il peut être présumé compte tenu de la longueur du délai. Le délai institutionnel en particulier est évalué à l'aune d'un ensemble de lignes directrices établies par la Cour dans *Morin* : huit à dix mois devant une cour provinciale et six à huit mois de plus après le renvoi à procès devant une cour supérieure. Ces lignes directrices tiennent compte du fait que les ressources sont limitées et qu'il faut donc tolérer, jusqu'à un certain point, les délais institutionnels qui, lorsqu'ils étaient conformes ou presque aux lignes directrices, ont généralement été jugés raisonnables.

[31] Ce cadre d'analyse souffre par ailleurs de plusieurs lacunes connexes sur le plan théorique.

[32] Premièrement, son application est extrêmement imprévisible. On l'a interprété de façon à lui donner une souplesse infinie, d'où la difficulté de décider s'il y a eu ou non violation. L'absence d'une norme uniforme a transformé le recours à l'al. 11b) en une sorte de coup de dé et a entraîné la multiplication de demandes longues et souvent complexes fondées sur cette disposition, grevant ainsi encore davantage le système.

[33] Deuxièmement, comme le soulignent les parties et les intervenants, le traitement du préjudice est désormais un des domaines de la jurisprudence relative à l'al. 11b) qui entraîne le plus de dissensions : le préjudice est difficile à prouver et son traitement porte à confusion en plus d'être hautement subjectif.

“inferred” prejudice. And attempts to draw this distinction have led to apparent inconsistencies, such as that prejudice might be inferred even when the evidence shows that the accused suffered no actual prejudice. Further, actual prejudice can be quite difficult to establish, particularly prejudice to security of the person or fair trial interests. Courts have also found that “it may not always be easy” to distinguish between prejudice stemming from the delay versus the charge itself (*R. v. Pidskalny*, 2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396, at para. 43). And even if sufficient evidence is adduced, the interpretation of that evidence is a highly subjective enterprise.

[34] Despite this confusion, prejudice has, as this case demonstrates, become an important if not determinative factor. Long delays are considered “reasonable” if the accused is unable to demonstrate significant actual prejudice to his or her protected interests. This is a problem because the accused’s and the public’s interests in a trial within a reasonable time does not necessarily turn on how much suffering an accused has endured. Delayed trials may also cause prejudice to the administration of justice.

[35] Third, the *Morin* framework requires a retrospective inquiry, since the analysis of delay arises only after the delay has been incurred. Courts and parties are operating within a framework that is designed not to prevent delay, but only to redress (or not redress) it. As a consequence, they are not motivated to manage “each case in advance to achieve *future compliance* with consistent standards” (M. A. Code, *Trial Within a Reasonable Time* (1992), at p. 117 (emphasis in original)). Courts are instead left to pick up the pieces once the delay has transpired. This after-the-fact review of past delay is understandably frustrating for trial judges, who have only one remedial tool at their disposal — a stay of proceedings. It is therefore

Pour pallier la confusion en cause, les tribunaux ont essayé tant bien que mal de distinguer le préjudice « que l’accusé a réellement subi » du préjudice « présumé ». Or, les tentatives en vue d’établir cette distinction ont mené à des incohérences apparentes, telle la possibilité d’inférer le préjudice même si la preuve démontre que l’accusé n’a, dans les faits, subi aucun préjudice. En outre, l’existence d’un tel préjudice peut être assez difficile à établir, particulièrement celui relatif à la sécurité de la personne et au droit à un procès équitable. En outre, les tribunaux ont conclu [TRADUCTION] « [qu’]il n’est pas nécessairement toujours facile » de distinguer le préjudice qui découle du délai de celui qui découle de l’accusation en tant que telle (*R. c. Pidskalny*, 2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396, par. 43). Enfin, même lorsque la preuve produite suffit, son interprétation est un exercice hautement subjectif.

[34] Malgré cette confusion, le préjudice est devenu un facteur important, voire déterminant, comme le démontre la présente affaire. Les longs délais sont jugés « raisonnables » si l’inculpé est incapable de prouver une atteinte réelle et importante à ses droits protégés. Cela pose problème parce que les droits de l’inculpé et du public à un procès dans un délai raisonnable ne sont pas nécessairement fonction du degré de souffrance éprouvée par l’inculpé. Les procès retardés peuvent aussi porter préjudice à l’administration de la justice.

[35] Troisièmement, le cadre établi dans l’arrêt *Morin* commande une analyse rétrospective, car le délai n’est examiné qu’après qu’il soit survenu. Les tribunaux et les parties fonctionnent à l’intérieur d’un cadre conçu non pas pour prévenir le délai, mais uniquement pour y remédier (ou pas). Par conséquent, ils n’ont pas intérêt à gérer [TRADUCTION] « chaque instance à l’avance afin d’assurer *pour l’avenir le respect* de normes uniformes » (M. A. Code, *Trial Within a Reasonable Time* (1992), p. 117 (en italique dans l’original)). Les tribunaux en sont plutôt réduits à ramasser les pots cassés une fois que le délai s’est produit. Cet examen a posteriori d’un délai antérieur est naturellement frustrant pour les juges de première instance

unsurprising that courts have occasionally strained in applying the *Morin* framework to avoid a stay.¹

[36] The retrospective analysis required by *Morin* also encourages parties to quibble over rationalizations for vast periods of pre-trial delay. Here, for example, the Crown argues that the trial judge erred in characterizing most of the delay as Crown or institutional delay. Had he assessed it properly, the argument goes, he would have attributed only 5 to 8 months as Crown or institutional delay, as opposed to 34.5 months. Competing after-the-fact explanations allow for potentially limitless variations in permissible delay. As the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario) submits: "Boundless flexibility is incompatible with the concept of a *Charter* right and has proved to serve witnesses, victims, defendants and the justice system's reputation poorly" (I.F., at para. 12).

[37] Finally, the *Morin* framework is unduly complex. The minute accounting it requires might fairly be considered the bane of every trial judge's existence. Although Cromwell J. warned in *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3, that courts must avoid failing to see the forest for the trees (para. 18), courts and litigants have often done just that. Each day of the proceedings from charge to trial is argued about, accounted for, and explained away. This micro-counting is inefficient, relies on judicial "guesstimations", and has been applied in a way that allows for tolerance of ever-increasing delay.

qui n'ont qu'un seul recours à leur disposition : l'arrêt des procédures. Lorsqu'ils ont eu à appliquer le cadre d'analyse établi dans *Morin*, il n'est donc pas surprenant que les tribunaux se soient parfois donné du mal pour éviter l'arrêt des procédures¹.

[36] L'analyse rétrospective commandée par l'arrêt *Morin* incite également les parties à ergoter sur les justifications de grandes parties du délai antérieur au procès. En l'espèce, par exemple, le ministre public prétend que le juge du procès a commis une erreur en affirmant que la majeure partie du délai était imputable au ministère public ou d'ordre institutionnel. Suivant cet argument, si le juge du procès avait évalué correctement le délai, il n'aurait imputé que de 5 à 8 mois, et non 34 mois et demi, au ministère public ou à des raisons de nature institutionnelle. Les explications contradictoires données après coup ouvrent la porte à une variété potentiellement infinie de délais acceptables. Comme le fait valoir l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario), [TRADUCTION] « [u]ne souplesse sans borne est incompatible avec la notion de droit garanti par la *Charte* et elle n'a rendu service ni aux témoins, ni aux victimes, ni aux défendeurs, ni à la réputation du système de justice » (m.i., par. 12).

[37] Enfin, le cadre d'analyse établi dans *Morin* est indûment complexe. On peut considérer, à juste titre, que le calcul pointilleux qu'il exige empoisonne la vie de tous les juges de première instance. Même si dans *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3, le juge Cromwell a prévenu les tribunaux qu'ils doivent prendre garde en portant attention aux détails de ne pas perdre de vue l'ensemble de la situation (par. 18), c'est exactement ce qu'ont souvent fait les tribunaux et les parties. Chaque jour de l'instance, du dépôt des accusations jusqu'au procès, est débattu, comptabilisé et expliqué tant bien que mal. Ce microcalcul est inefficace, repose sur des « estimations empiriques » de la part des juges et a été utilisé d'une manière qui permet de tolérer des délais de plus en plus longs.

¹ We were not invited to revisit the question of remedy. Accordingly, we refrain from doing so.

¹ Comme on ne nous a pas demandé de revoir la question de la réparation, nous nous abstenons de le faire.

[38] In sum, from a doctrinal perspective, the s. 11(b) framework is too unpredictable, too confusing, and too complex. It has itself become a burden on already over-burdened trial courts.

[39] These doctrinal problems have contributed to problems in practice.

[40] As we have observed, a culture of complacency towards delay has emerged in the criminal justice system (see, e.g., Alberta Justice and Solicitor General, Criminal Justice Division, “Injecting a Sense of Urgency: A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases”, report by G. Lepp (April 2013) (online), at p. 17; Cowper, at p. 4; P. J. LeSage and M. Code, *Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures* (2008), at p. 15; Canada, Department of Justice, “The Final Report on Early Case Consideration of the Steering Committee on Justice Efficiencies and Access to the Justice System” (2006) (online), at pp. 5-6). Unnecessary procedures and adjournments, inefficient practices, and inadequate institutional resources are accepted as the norm and give rise to ever-increasing delay. This culture of delay “causes great harm to public confidence in the justice system” (LeSage and Code, at p. 16). It “rewards the wrong behaviour, frustrates the well-intentioned, makes frequent users of the system cynical and disillusioned, and frustrates the rehabilitative goals of the system” (Cowper, at p. 48).

[41] The *Morin* framework does not address this culture of complacency. Delay is condemned or rationalized at the back end. As a result, participants in the justice system — police, Crown counsel, defence counsel, courts, provincial legislatures, and Parliament — are not encouraged to take preventative measures to address inefficient practices and resourcing problems. Some courts, with the cooperation of counsel, have undertaken commendable efforts to change courtroom culture, maximize efficiency, and minimize delay, thereby showing that it is possible to do better. Some legislative changes

[38] Bref, le cadre d’analyse applicable aux demandes fondées sur l’al. 11b) est trop imprévisible, trop difficile à saisir et trop complexe sur le plan théorique. Il est devenu lui-même un fardeau pour des tribunaux de première instance déjà surchargés.

[39] Ces problèmes sur le plan théorique ont concouru à l’existence de problèmes pratiques.

[40] Comme nous l’avons vu, une culture de complaisance vis-à-vis les délais a fait son apparition au sein du système de justice criminelle (voir, p. ex., Alberta Justice and Solicitor General, Criminal Justice Division, « Injecting a Sense of Urgency : A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases », rapport préparé par G. Lepp (avril 2013) (en ligne), p. 17; Cowper, p. 4; P. J. LeSage et M. Code, *Rapport sur l’examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes* (2008), p. 15; Canada, ministère de la Justice, « Rapport final sur l’examen prioritaire des dossiers du comité directeur sur l’efficacité et l’accès en matière de justice » (2006) (en ligne), p. 5-6). Les procédures et ajournements inutiles de même que les pratiques inefficaces et la pénurie de ressources institutionnelles sont acceptés comme la norme et occasionnent des délais de plus en plus longs. Cette culture des délais « cause un tort important à la confiance du public envers le système de justice » (LeSage et Code, p. 20). Elle [TRADUCTION] « récompense les mauvais comportements, frustre les gens bien intentionnés, rend les habitués du système cyniques et désillusionnés, et contrecarre les objectifs de réinsertion sociale du système » (Cowper, p. 48).

[41] Le cadre d’analyse établi dans *Morin* ne s’attaque pas à cette culture de complaisance. Le délai est sanctionné ou justifié après coup. En conséquence, les participants au système de justice — les policiers, les procureurs du ministère public, les avocats de la défense, les tribunaux, les législatures et le Parlement — ne sont pas incités à prendre des mesures préventives pour remédier aux pratiques inefficaces et au manque de ressources. Certains tribunaux, avec la collaboration des avocats, ont déployé des efforts louables pour changer la culture en salle d’audience, maximiser l’efficacité et réduire

and government initiatives have also been taken. In many cases, however, much remains to be done.

[42] Aggravating the tolerance for delay is the increased complexity of pre-trial and trial processes since *Morin*. New offences, procedures, obligations on the Crown and police, and legal tests have emerged. Many of them put a premium on fairness, reasonableness, and a fact-specific analysis. They take time. They also take up judges, courtrooms, and other resources.

[43] Complexity is sometimes unavoidable in order to achieve fairness or ensure that the state lives up to its constitutional obligations. But the quality of justice does not always increase proportionally to the length and complexity of a trial. Unnecessary procedural steps and inefficient advocacy have the opposite effect, weighing down the entire system. A criminal proceeding does not take place in a vacuum. Each procedural step or motion that is improperly taken, or takes longer than it should, along with each charge that should not have been laid or pursued, deprives other worthy litigants of timely access to the courts.

[44] The intervener Attorney General of Alberta submits that a change in courtroom culture is needed. This submission echoes former Chief Justice Lamer's two decades-old call for participants in the justice system to "find ways to retain a fair process . . . that can achieve practical results in a reasonable time and at reasonable expense" ("The Role of Judges", address to the Empire Club of Canada, 1995 (online)).

[45] We agree. And, along with other participants in the justice system, this Court has a role to play in

les délais au minimum, démontrant ainsi qu'il est possible de faire mieux. Certaines mesures législatives et gouvernementales ont aussi été prises. Dans bien des cas, il reste toutefois beaucoup de travail à accomplir.

[42] La tolérance envers les délais est exacerbée par la complexité accrue des processus préalables au procès et de ceux suivis durant les procès depuis *Morin*. De nouvelles infractions, procédures, obligations imposées au ministère public et à la police ainsi que de nouveaux tests juridiques ont fait leur apparition. Bon nombre d'entre eux privilégient l'équité, le caractère raisonnable et l'analyse axée sur les faits. Ils prennent du temps en plus d'accaparer les juges, les salles d'audience et d'autres ressources.

[43] La complexité constitue parfois un passage obligé pour assurer l'équité du processus ou pour veiller à ce que l'État s'acquitte de ses obligations constitutionnelles. La qualité de la justice n'augmente cependant pas toujours proportionnellement à la longueur et à la complexité d'un procès. Les étapes procédurales inutiles et la défense inefficace des droits ont l'effet contraire et alourdissent tout le système. Un procès criminel ne se déroule pas en vase clos. Chaque étape procédurale ou requête qui est engagée à tort ou qui dure plus longtemps que nécessaire, ainsi que toute accusation qui n'aurait pas dû être portée ou poursuivie, empêche d'autres plaideurs méritants de se pourvoir en temps utile devant les tribunaux.

[44] L'intervenant le procureur général de l'Alberta soutient qu'un changement de culture en salle d'audience s'impose. Cet argument fait écho à l'appel lancé il y a deux décennies par l'ancien juge en chef Lamer aux participants au système de justice de [TRADUCTION] « trouver des moyens de conserver un processus équitable [. . .] qui peu[t] aboutir à des résultats pratiques dans des délais raisonnables et à un coût raisonnable » (« The Role of Judges », allocution prononcée devant l'Empire Club of Canada, 1995 (en ligne)).

[45] Nous sommes du même avis. D'ailleurs, à l'instar des autres participants au système de justice,

changing courtroom culture and facilitating a more efficient criminal justice system, thereby protecting the right to trial within a reasonable time. We accept Mr. Jordan’s invitation — which was echoed by the Criminal Lawyers’ Association (Ontario), the British Columbia Civil Liberties Association, and Mr. Williamson in the companion appeal of *R. v. Williamson*, 2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741 — to revise the s. 11(b) analysis. While departing from a precedent of this Court “is a step not to be lightly undertaken” (*Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 56), as we have explained, “there are compelling reasons to do so” (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44).

V. A New Framework for Section 11(b) Applications

A. *Summary*

[46] At the heart of the new framework is a ceiling beyond which delay is presumptively unreasonable. The presumptive ceiling is set at 18 months for cases going to trial in the provincial court, and at 30 months for cases going to trial in the superior court (or cases going to trial in the provincial court after a preliminary inquiry).

[47] If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay) *exceeds* the ceiling, then the delay is presumptively unreasonable. To rebut this presumption, the Crown must establish the presence of exceptional circumstances. If it cannot, the delay is unreasonable and a stay will follow.

[48] If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay or a period of delay attributable to exceptional circumstances) falls *below* the presumptive ceiling, then the onus is on the defence to show that the

la Cour a un rôle à jouer afin de modifier la culture en salle d’audience et d’aider à rendre le système de justice criminelle plus efficace, protégeant ainsi le droit à un procès dans un délai raisonnable. Nous acceptons donc l’invitation de M. Jordan — qui a été reprise par la Criminal Lawyers’ Association (Ontario) et l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique ainsi que par M. Williamson dans le pourvoi connexe (*R. c. Williamson*, 2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741) — de réviser le cadre d’analyse applicable à une demande fondée sur l’al. 11b). Bien qu’« il ne convien[ne] pas [d]’écarter un précédent de la Cour à la légère » (*Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56), comme nous l’avons expliqué, il y a « de[s] raisons impérieuses » de le faire en l’espèce (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44).

V. Un nouveau cadre d’analyse applicable aux demandes fondées sur l’al. 11b)

A. *Résumé*

[46] Au cœur du nouveau cadre d’analyse que nous prescrivons en l’espèce se trouve un plafond au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable, sous réserve des précisions qui suivent. Ce « plafond présumé » est fixé à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et à 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure (ou celles instruites devant une cour provinciale à l’issue d’une enquête préliminaire).

[47] Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins les délais imputables à la défense) *dépasse* le plafond, il est présumé déraisonnable. Pour réfuter cette présomption, le ministère public doit établir la présence de circonstances exceptionnelles. S’il ne peut le faire, le délai est déraisonnable et un arrêt des procédures doit suivre.

[48] Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins le délai imputable à la défense et la période découlant de circonstances exceptionnelles) se situe *en deçà* du plafond présumé, il incombe à la défense de

delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. We expect stays beneath the ceiling to be rare, and limited to clear cases.

B. *The Presumptive Ceiling*

[49] The most important feature of the new framework is that it sets a ceiling beyond which delay is presumptively unreasonable. For cases going to trial in the provincial court, the presumptive ceiling is 18 months from the charge to the actual or anticipated end of trial. For cases going to trial in the superior court, the presumptive ceiling is 30 months from the charge to the actual or anticipated end of trial.² We note the 30-month ceiling would also apply to cases going to trial in the provincial court after a preliminary inquiry.³ As we will discuss, defence-waived or -caused delay does not count in calculating whether the presumptive ceiling has been reached — that is, such delay is to be discounted.

² This Court has held that s. 11(b) applies to sentencing proceedings (*R. v. MacDougall*, [1998] 3 S.C.R. 45). Some sentencing proceedings require significant time, for example, dangerous offender applications or situations in which expert reports are required, or extensive evidence is tendered. The issue of delay in sentencing, however, is not before us, and we make no comment about how this ceiling should apply to s. 11(b) applications brought after a conviction is entered, or whether additional time should be added to the ceiling in such cases.

³ While most proceedings with a preliminary inquiry are eventually tried in the superior court, this is not always the case. For example, a case may go to trial in the provincial court after a preliminary inquiry if the province in which the trial takes place offers this as an option (such as Quebec), or if the accused re-elects a trial in the provincial court following a preliminary inquiry. In either case, the 30-month ceiling would apply.

démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit prouver (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, et (2) que le procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être. Nous nous attendons à ce que les arrêts de procédures prononcés dans des cas où le délai est inférieur au plafond soient rares, et limités aux cas manifestes.

B. *Plafond présumé*

[49] La caractéristique la plus importante du nouveau cadre d'analyse réside dans le fait qu'il fixe un plafond au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable. Dans le cas des affaires instruites devant une cour provinciale, il est fixé à 18 mois entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès. Dans le cas des affaires instruites devant une cour supérieure, ce plafond est fixé à 30 mois entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès². Signalons que le plafond de 30 mois s'applique également aux affaires instruites devant une cour provinciale au terme d'une enquête préliminaire³. Comme nous le verrons, les portions du délai que la défense renonce à invoquer ou celui qui lui est imputable ne comptent pas dans le calcul pour déterminer si le plafond en question a été ou non atteint. Autrement dit, ces délais doivent être ignorés.

² Selon la Cour, l'al. 11b) s'applique aux procédures de détermination de la peine (*R. c. MacDougall*, [1998] 3 R.C.S. 45). Certaines de ces procédures prennent beaucoup de temps. C'est le cas, par exemple, des demandes visant à faire déclarer un délinquant dangereux ou des situations dans lesquelles des rapports d'experts sont requis ou une preuve abondante est produite. La question du délai de détermination de la peine ne nous est toutefois pas soumise et nous ne nous prononçons ni sur la manière dont le plafond exposé précédemment devrait s'appliquer aux demandes présentées sur le fondement de l'al. 11b) après l'inscription d'une déclaration de culpabilité ni sur l'opportunité de prévoir un délai maximal plus long pour les cas de ce genre.

³ Bien que la plupart des instances où il y a enquête préliminaire soient instruites subséquentement devant une cour supérieure, ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, il se peut qu'une affaire soit instruite devant une cour provinciale à l'issue d'une enquête préliminaire si la province où se déroule le procès en offre la possibilité (comme le Québec), ou si l'accusé change d'avis et opte pour un procès devant une cour de ce type au terme d'une enquête préliminaire. Le plafond de 30 mois s'appliquerait dans les deux cas.

[50] A presumptive ceiling is required in order to give meaningful direction to the state on its constitutional obligations and to those who play an important role in ensuring that the trial concludes within a reasonable time: court administration, the police, Crown prosecutors, accused persons and their counsel, and judges. It is also intended to provide some assurance to accused persons, to victims and their families, to witnesses, and to the public that s. 11(b) is not a hollow promise.

[51] While the presumptive ceiling will enhance analytical simplicity and foster constructive incentives, it is not the end of the exercise: as we will explain in greater detail, compelling case-specific factors remain relevant to assessing the reasonableness of a period of delay both above and below the ceiling. Obviously, reasonableness cannot be captured by a number alone, which is why the new framework is not solely a function of time. Contrary to what our colleague Cromwell J. asserts, we do not depart from the concept of reasonableness; we simply adopt a different view of how reasonableness should be assessed.

[52] In setting the presumptive ceiling, we were guided by a number of considerations. First, it takes as a starting point the *Morin* guidelines.⁴ In *Morin*, this Court set eight to ten months as a guide for institutional delay in the provincial court, and an additional six to eight months as a guide for institutional delay in the superior court following an accused's committal for trial. Thus, under *Morin*, a total of 14 to 18 months was the measure for proceedings involving both the provincial court and the superior court.

⁴ We note that the appellant and some of the interveners submitted that the *Morin* guidelines were intended to apply to the *entire period* of delay, rather than just the segment of delay caused by a shortfall of institutional resources. This is incorrect. The only reasonable reading of this Court's decisions in *Askov*, *Morin*, and *Godin* is that the guidelines were intended to apply only to institutional delay, not the entire period of delay.

[50] Un plafond présumé est nécessaire pour donner des directives valables à l'État sur ses obligations constitutionnelles ainsi qu'aux personnes qui jouent un rôle important pour garantir que le procès se conclut dans un délai raisonnable : les fonctionnaires responsables de l'administration des tribunaux, les policiers, les avocats du ministère public, les inculpés et leurs avocats, de même que les juges. Il vise aussi à donner aux inculpés, aux victimes et à leurs familles de même qu'aux témoins et au public une certaine assurance que l'al. 11b) n'est pas une promesse creuse.

[51] Bien que le plafond présumé accroisse la simplicité de l'analyse et favorise les mesures incitatives constructives, il ne marque pas la fin de l'exercice : comme nous l'expliquerons plus en détail, les facteurs déterminants et propres à l'affaire demeurent pertinents pour apprécier le caractère raisonnable tant du délai supérieur au plafond que de celui inférieur à ce dernier. Évidemment, un nombre à lui seul ne peut définir le caractère raisonnable d'un délai. C'est pourquoi le nouveau cadre d'analyse n'est pas fondé strictement sur une question de temps. Contrairement à ce qu'affirme notre collègue le juge Cromwell, nous ne nous écartons pas de la notion du caractère raisonnable; nous avons tout simplement une opinion différente quant à la manière dont il convient de l'apprécier.

[52] Pour fixer le plafond présumé, nous nous sommes appuyés sur plusieurs facteurs. En premier lieu, nous avons pris en compte les lignes directrices⁴ établies dans *Morin*, où la Cour avait fixé comme balise une période de huit à dix mois après le renvoi à procès d'un inculpé pour le délai institutionnel devant une cour provinciale et de six à huit mois de plus comme balise pour le délai institutionnel devant une cour supérieure. Ainsi, selon *Morin*, un délai total de 14 à 18 mois constituait la norme pour les poursuites engagées à la fois devant une cour provinciale et une cour supérieure.

⁴ Soulignons que, d'après l'appellant et certains des intervenants, les lignes directrices établies dans l'arrêt *Morin* devaient s'appliquer à l'*ensemble* du délai, et non pas uniquement à la partie du délai attribuable au manque de ressources institutionnelles. C'est inexact. Selon la seule interprétation raisonnable que l'on peut faire des arrêts *Askov*, *Morin* et *Godin* de la Cour, les lignes directrices devaient s'appliquer uniquement au délai institutionnel, et non au délai total.

[53] Second, the presumptive ceiling also reflects additional time to account for the other factors that can reasonably contribute to the time it takes to prosecute a case. These factors include the inherent time requirements of the case and the increased complexity of criminal cases since *Morin*. In this way, the ceiling takes into account the significant role that process now plays in our criminal justice system.

[54] Third, although prejudice will no longer play an explicit role in the s. 11(b) analysis, it informs the setting of the presumptive ceiling. Once the ceiling is breached, we presume that accused persons will have suffered prejudice to their *Charter*-protected liberty, security of the person, and fair trial interests. As this Court wrote in *Morin*, “prejudice to the accused can be inferred from prolonged delay” (p. 801; see also *Godin*, at para. 37). This is not, we stress, a rebuttable presumption: once the ceiling is breached, an absence of actual prejudice cannot convert an unreasonable delay into a reasonable one.

[55] Fourth, the presumptive ceiling has an important public interest component. The clarity and assurance it provides will build public confidence in the administration of justice.

[56] We also make this observation about the presumptive ceiling. It is not an aspirational target. Rather, it is the point at which delay becomes presumptively unreasonable. The public should expect that most cases can and should be resolved before reaching the ceiling. For this reason, as we will explain, the Crown bears the onus of justifying delays that exceed the ceiling. It is also for this reason that an accused may in clear cases still demonstrate that his or her right to be tried within a reasonable time has been infringed, even before the ceiling has been breached.

[57] There is little reason to be satisfied with a presumptive ceiling on trial delay set at 18 months for cases going to trial in the provincial court, and

[53] En deuxième lieu, le plafond présumé prévoit du temps supplémentaire pour tenir compte des autres facteurs qui peuvent raisonnablement influencer sur le temps qu’il faut pour intenter des poursuites. Au nombre de ces facteurs figurent les délais inhérents à l’affaire et la complexité accrue des affaires criminelles depuis *Morin*. Le plafond prend ainsi en considération la place importante qu’occupe la procédure dans notre système de justice criminelle.

[54] En troisième lieu, bien que le préjudice ne constituera plus explicitement un facteur dans l’analyse applicable à une demande fondée sur l’al. 11(b), il éclaire les paramètres du plafond présumé. En effet, une fois que ce dernier a été dépassé, nous tenons pour acquis que l’inculpé a subi une atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable protégés par la *Charte*. Comme l’a dit la Cour dans *Morin*, « on peut déduire qu’un délai prolongé peut causer un préjudice à l’accusé » (p. 801; voir aussi *Godin*, par. 37). Soulignons qu’il ne s’agit pas d’une présomption réfutable : une fois que le plafond a été dépassé, le fait que l’accusé n’ait pas réellement subi de préjudice ne saurait transformer le délai déraisonnable en délai raisonnable.

[55] En quatrième lieu, le plafond présumé a une dimension d’intérêt public importante. La clarté et l’assurance qu’il offre aideront à bâtir la confiance du public envers l’administration de la justice.

[56] Une remarque supplémentaire quant à ce plafond : il ne s’agit pas d’un objectif ambitieux. C’est plutôt le point à partir duquel le délai est présumé déraisonnable. Le public peut donc s’attendre à ce que la plupart des affaires puissent être réglées avant que le plafond ne soit atteint, et qu’elles le soient. Voilà pourquoi, comme nous l’expliquerons, il incombe désormais au ministère public de justifier les délais qui dépassent le plafond. C’est aussi pour cette raison que l’inculpé pourra, dans les cas manifestes, démontrer qu’il y a eu atteinte à son droit d’être jugé dans un délai raisonnable, et ce, même avant l’atteinte du plafond.

[57] Il n’y a guère de raisons de se contenter d’un plafond présumé fixé à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale et d’un plafond

30 months for cases going to trial in the superior court. This is a long time to wait for justice. But the ceiling reflects the realities we currently face. We may have to revisit these numbers and the considerations that inform them in the future.

[58] Our colleague Cromwell J. misapprehends the effect of the presumptive ceiling, asserting that this framework “reduces reasonableness to two numerical ceilings” (para. 254). As we will explain in greater detail, this is clearly not so. The presumptive ceiling marks the point at which the burden shifts from the defence to prove that the delay was unreasonable, to the Crown to justify the length of time the case has taken. As our colleague acknowledges, pursuant to our framework, “the judge must look at the circumstances of the particular case at hand” in assessing the reasonableness of a delay (para. 301).

[59] We now turn to discussing the various case-specific factors that must be accounted for both above and below the presumptive ceiling.

C. *Accounting for Defence Delay*

[60] Application of this framework, as under the *Morin* framework, begins with calculating the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial. Once that is determined, delay attributable to the defence must be subtracted. The defence should not be allowed to benefit from its own delay-causing conduct. As Sopinka J. wrote in *Morin*: “The purpose of s. 11(b) is to expedite trials and minimize prejudice and not to avoid trials on the merits” (p. 802).

[61] Defence delay has two components. The first is delay waived by the defence (*Askov*, at pp. 1228-29; *Morin*, at pp. 790-91). Waiver can be explicit or implicit, but in either case, it must be clear and

fixé à 30 mois pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Il s’agit de longs délais pour que justice soit rendue. Cependant, ces plafonds reflètent les réalités auxquelles nous devons faire face; nous aurons peut-être un jour à revoir ces chiffres et les considérations qui les sous-tendent.

[58] Notre collègue, le juge Cromwell, interprète mal l’effet du plafond présumé lorsqu’il affirme que le cadre d’analyse que nous proposons « ramène la question du caractère raisonnable à deux plafonds numériques » (par. 254). Comme nous l’expliquerons plus en détail, ce n’est clairement pas le cas. Le plafond présumé situe le moment à partir duquel le fardeau qui incombe à la défense de prouver que le délai a été déraisonnable passe au ministère public qui doit alors justifier le temps qu’il a fallu pour instruire l’affaire. Comme le reconnaît notre collègue, selon le cadre d’analyse que nous proposons, « le juge devra [. . .] examiner les circonstances du cas qui lui est soumis » pour juger du caractère raisonnable d’un délai (par. 301).

[59] Nous aborderons maintenant les divers facteurs propres à chaque cas dont il faut tenir compte pour juger du caractère raisonnable des délais, qu’ils soient inférieurs ou supérieurs au plafond présumé.

C. *Prise en compte du délai imputable à la défense*

[60] L’application du cadre d’analyse établi en l’espèce, tout comme celle du cadre établi dans *Morin*, commence par le calcul du délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès. Une fois ce délai établi, il faut en soustraire le délai imputable à la défense. En effet, cette dernière ne doit pas être autorisée à profiter de sa propre conduite à l’origine du délai. Pour reprendre les propos du juge Sopinka dans *Morin*, « [l]’alinéa 11b) a pour but d’accélérer les procès et de réduire les préjudices et non pas d’éviter qu’une personne subisse son procès sur le fond » (p. 802).

[61] Le délai imputable à la défense comporte deux volets. Le premier concerne le délai que la défense renonce à invoquer (*Askov*, p. 1228-1229; *Morin*, p. 790-791). La renonciation peut être

unequivocal. The accused must have full knowledge of his or her rights, as well as the effect waiver will have on those rights. However, as in the past, “[i]n considering the issue of ‘waiver’ in the context of s. 11(b), it must be remembered that it is not the right itself which is being waived, but merely the inclusion of specific periods in the overall assessment of reasonableness” (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, per L’Heureux-Dubé J., at p. 1686).

[62] Accused persons sometimes, either before or during their preliminary hearing, wish to re-elect from a superior court trial to a provincial court trial for legitimate reasons. To do so, the Crown’s consent must be obtained (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 561). Of course, it would generally be open to the Crown to ask the accused to waive the delay stemming from the re-election as a condition of its consent.

[63] The second component of defence delay is delay caused solely by the conduct of the defence. This kind of defence delay comprises “those situations where the accused’s acts either directly caused the delay . . . or the acts of the accused are shown to be a deliberate and calculated tactic employed to delay the trial” (*Askov*, at pp. 1227-28). Deliberate and calculated defence tactics aimed at causing delay, which include frivolous applications and requests, are the most straightforward examples of defence delay. Trial judges should generally dismiss such applications and requests the moment it becomes apparent they are frivolous.

[64] As another example, the defence will have directly caused the delay if the court and the Crown are ready to proceed, but the defence is not. The period of delay resulting from that unavailability will be attributed to the defence. However, periods of time during which the court and the Crown are unavailable will not constitute defence delay, even if defence counsel is also unavailable. This should discourage unnecessary inquiries into defence counsel availability at each appearance. Beyond defence

explicite ou implicite, mais elle doit être claire et sans équivoque dans les deux cas. L’inculpé doit avoir pleinement connaissance de ses droits et de l’effet que la renonciation aura sur eux. Comme par le passé toutefois, « [d]ans l’examen de la question de la “renonciation”, dans le contexte de l’al. 11b), il ne faut pas perdre de vue [qu’elle] ne vise pas le droit lui-même, mais simplement l’inclusion de certaines périodes dans l’appréciation générale du caractère raisonnable » (*R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, la juge L’Heureux-Dubé, p. 1686).

[62] Les accusés ont parfois des raisons valables de vouloir réexercer leur option et de choisir — soit avant, soit pendant leur enquête préliminaire — de ne plus être jugés par une cour supérieure, mais plutôt de l’être par une cour provinciale. Pour ce faire, ils doivent obtenir le consentement du poursuivant (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 561). Bien sûr, il serait généralement loisible au ministère public de poser comme condition à son consentement que l’accusé renonce à invoquer le délai découlant du nouveau choix.

[63] Le deuxième volet du délai imputable à la défense concerne le délai qui résulte uniquement de la conduite de cette dernière. Ce genre de délai englobe « les cas où la conduite de l’accusé a causé directement [. . .] le délai [. . .] ou ceux où les actes de [ce dernier] révèlent le recours délibéré à une tactique qui vise à retarder le procès » (*Askov*, p. 1227-1228). Le recours délibéré de la défense à des tactiques dilatoires, notamment à des demandes frivoles, est l’exemple le plus simple de délai imputable à la défense. Les juges de première instance doivent généralement rejeter pareilles demandes dès qu’il apparaît évident qu’elles sont frivoles.

[64] Autre exemple, la défense cause directement le délai si le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder, mais pas elle. Le retard découlant de ce manque de disponibilité sera imputé à la défense. Toutefois, les périodes durant lesquelles le tribunal et le ministère public ne sont pas disponibles ne constituent pas un délai imputable à la défense même si l’avocat de la défense n’est pas disponible lui non plus. Cela devrait décourager les interrogations inutiles sur la disponibilité de l’avocat

unavailability, it will of course be open to trial judges to find that other defence actions or conduct have caused delay (see, e.g., *R. v. Elliott* (2003), 114 C.R.R. (2d) 1 (Ont. C.A.), at paras. 175-82).

[65] To be clear, defence actions legitimately taken to respond to the charges fall outside the ambit of defence delay. For example, the defence must be allowed preparation time, even where the court and the Crown are ready to proceed. In addition, defence applications and requests that are not frivolous will also generally not count against the defence. We have already accounted for procedural requirements in setting the ceiling. And such a deduction would run contrary to the accused's right to make full answer and defence. While this is by no means an exact science, first instance judges are uniquely positioned to gauge the legitimacy of defence actions.

[66] To summarize, as a first step, total delay must be calculated, and defence delay must be deducted. Defence delay comprises delays waived by the defence, and delays caused solely or directly by the defence's conduct. Defence actions legitimately taken to respond to the charges do not constitute defence delay.

[67] The next step of the analysis depends upon whether the remaining delay — that is, the delay which was not caused by the defence — is *above* or *below* the presumptive ceiling.

D. *Above the Ceiling — Presumptively Unreasonable Delay*

[68] Delay (minus defence delay) that exceeds the ceiling is presumptively unreasonable. The Crown may rebut this presumption by showing that the delay is reasonable because of the presence of exceptional circumstances.

de la défense lors de chaque comparution. Outre le manque de disponibilité de la défense, le juge du procès peut évidemment conclure que d'autres mesures ou actes de la défense ont causé le délai (voir, p. ex., *R. c. Elliott* (2003), 114 C.R.R. (2d) 1 (C.A. Ont.), par. 175-182).

[65] Pour éviter toute confusion, nous précisons que le temps nécessaire pour traiter les mesures prises légitimement par la défense afin de répondre aux accusations portées contre elle est exclu du délai qui lui est imputable. Par exemple, il faut donner à la défense le temps de se préparer, même lorsque le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder. Qui plus est, les demandes non frivoles de la défense ne compteront généralement pas non plus contre elle. Nous avons déjà tenu compte des exigences procédurales au moment de fixer le plafond, et pareille déduction irait à l'encontre du droit de l'inculpé de présenter une défense pleine et entière. Bien qu'il ne s'agisse aucunement d'une science exacte, les juges de première instance sont particulièrement bien placés pour juger de la légitimité des agissements de la défense.

[66] En somme, il faut tout d'abord calculer le délai total et en déduire le délai imputable à la défense, lequel comprend les périodes que la défense renonce à invoquer et les retards causés uniquement ou directement par sa conduite, sachant que le temps nécessaire pour traiter les mesures qu'elle prend légitimement afin de répondre aux accusations ne constitue pas un délai qui lui est imputable.

[67] La suite de l'analyse dépend de la question de savoir si le reste du délai — c'est-à-dire le délai qui n'a pas été causé par la défense — se situe *au-delà* ou *en deçà* du plafond présumé.

D. *Au-delà du plafond — Le délai est présumé déraisonnable*

[68] Un délai (moins celui attribuable à la défense) qui excède le plafond est présumé déraisonnable. Le ministère public peut réfuter cette présomption en démontrant que ce délai a été raisonnable vu l'existence de circonstances exceptionnelles.

Exceptional Circumstances

[69] Exceptional circumstances lie *outside the Crown's control* in the sense that (1) they are reasonably unforeseen *or* reasonably unavoidable, *and* (2) Crown counsel cannot reasonably remedy the delays emanating from those circumstances once they arise. So long as they meet this definition, they will be considered exceptional. They need not meet a further hurdle of being rare or entirely uncommon.

[70] It is not enough for the Crown, once the ceiling is breached, to point to a past difficulty. It must also show that it took reasonable available steps to avoid and address the problem *before* the delay exceeded the ceiling. This might include prompt resort to case management processes to seek the assistance of the court, or seeking assistance from the defence to streamline evidence or issues for trial or to coordinate pre-trial applications, or resorting to any other appropriate procedural means. The Crown, we emphasize, is not required to show that the steps it took were ultimately successful — rather, just that it took reasonable steps in an attempt to avoid the delay.

[71] It is obviously impossible to identify in advance all circumstances that may qualify as “exceptional” for the purposes of adjudicating a s. 11(b) application. Ultimately, the determination of whether circumstances are “exceptional” will depend on the trial judge’s good sense and experience. The list is not closed. However, in general, exceptional circumstances fall under two categories: discrete events and particularly complex cases.

[72] Commencing with the former, by way of illustration, it is to be expected that medical or family emergencies (whether on the part of the accused,

Circonstances exceptionnelles

[69] Des circonstances exceptionnelles sont des circonstances *indépendantes de la volonté du ministère public*, c’est-à-dire (1) qu’elles sont raisonnablement imprévues *ou* raisonnablement inévitables, *et* (2) que l’avocat du ministère public ne peut raisonnablement remédier aux délais lorsqu’ils surviennent. Dans la mesure où elles répondent à cette définition, les circonstances sont jugées exceptionnelles. Il n’est pas nécessaire qu’elles satisfassent à un autre critère en étant rares ou tout à fait insolites.

[70] Une fois que le plafond est dépassé, le ministère public ne peut se contenter d’invoquer une difficulté passée. Il doit aussi démontrer qu’il a pris des mesures raisonnables qui étaient à sa portée pour éviter et régler le problème *avant* que le délai maximal applicable — le plafond — ne soit dépassé. Il pourrait notamment démontrer avoir recouru promptement aux processus de gestion d’instance pour obtenir l’aide du tribunal, avoir sollicité l’assistance de la défense pour simplifier la preuve ou les questions en litige ou pour coordonner les demandes préalables au procès, ou encore avoir utilisé tout autre moyen procédural approprié. Le ministère public, soulignons-le, n’est pas tenu de démontrer que les mesures qu’il a prises ont été couronnées de succès — il doit plutôt uniquement établir qu’il a pris des mesures raisonnables pour éviter le délai.

[71] Il est manifestement impossible de déterminer a priori toutes les circonstances qui peuvent se qualifier d’« exceptionnelles » lorsqu’il s’agit de trancher une demande fondée sur l’al. 11b). En fin de compte, la réponse à cette question du caractère « exceptionnel » des circonstances dépendra du bon sens et de l’expérience du juge de première instance. Une liste des circonstances de ce type ne saurait être exhaustive. Ces circonstances se divisent toutefois généralement en deux catégories : les événements distincts et les affaires particulièrement complexes.

[72] Commençons, à titre d’illustration, par les événements distincts. On peut s’attendre à ce que les urgences médicales ou familiales (de l’accusé, de

important witnesses, counsel or the trial judge) would generally qualify. Cases with an international dimension, such as cases requiring the extradition of an accused from a foreign jurisdiction, may also meet the definition.

[73] Discrete, exceptional events that arise at trial may also qualify and require some elaboration. Trials are not well-oiled machines. Unforeseeable or unavoidable developments can cause cases to quickly go awry, leading to delay. For example, a complainant might unexpectedly recant while testifying, requiring the Crown to change its case. In addition, if the trial goes longer than reasonably expected — even where the parties have made a good faith effort to establish realistic time estimates — then it is likely the delay was unavoidable and may therefore amount to an exceptional circumstance.

[74] Trial judges should be alive to the practical realities of trials, especially when the trial was scheduled to conclude below the ceiling but, in the end, exceeded it. In such cases, the focus should be on whether the Crown made reasonable efforts to respond and to conclude the trial under the ceiling. Trial judges should also bear in mind that when an issue arises at trial close to the ceiling, it will be more difficult for the Crown and the court to respond with a timely solution. For this reason, it is likely that unforeseeable or unavoidable delays occurring during trials that are scheduled to wrap up close to the ceiling will qualify as presenting exceptional circumstances.

[75] The period of delay caused by any discrete exceptional events must be subtracted from the total period of delay for the purpose of determining whether the ceiling has been exceeded. Of course, the Crown must always be prepared to mitigate

témoins importants, d'un avocat ou du juge de première instance) satisferont généralement aux conditions exigées. Les affaires revêtant une dimension internationale, comme celles qui exigent que l'accusé soit extradé d'un pays étranger, peuvent également répondre à la définition.

[73] Les événements distincts et exceptionnels qui surviennent au procès peuvent également satisfaire aux conditions requises, et exigent certaines précisions. Les procès ne constituent pas des machines bien huilées. Des événements imprévisibles ou inévitables peuvent faire rapidement mal tourner une affaire et entraîner des délais. À titre d'exemple, un plaignant peu, de manière inattendue, se rétracter pendant son témoignage, ce qui oblige le ministère public à modifier son approche. En outre, si le procès a été plus long que ce à quoi on pouvait raisonnablement s'attendre — même lorsque les parties ont fait des efforts de bonne foi pour établir des estimations de temps réalistes —, le délai était vraisemblablement inévitable et est donc susceptible de constituer une circonstance exceptionnelle.

[74] Le juge de première instance doit être conscient des difficultés pratiques d'un procès, en particulier lorsque ce dernier devait se conclure dans un délai inférieur au plafond établi, mais que, en fin de compte, il l'a excédé. Dans de tels cas, l'analyse doit s'attacher à la question de savoir si le ministère public s'est raisonnablement efforcé de réagir à la situation et de conclure le procès dans un délai inférieur au plafond. Le juge du procès doit également garder à l'esprit que, lorsqu'une question est soulevée au procès peu avant l'expiration du délai maximal applicable, il sera plus difficile pour le ministère public et le tribunal de trouver une solution en temps utile. C'est pourquoi il est probable que des délais imprévisibles ou inévitables qui surviennent lors de procès devant se conclure peu avant l'atteinte du plafond applicable soient qualifiés de circonstances exceptionnelles.

[75] La durée du délai causé par tout événement exceptionnel distinct doit être soustraite de la durée totale du délai lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a ou non dépassement du plafond applicable. Bien sûr, le ministère public doit toujours être prêt

the delay resulting from a discrete exceptional circumstance. So too must the justice system. Within reason, the Crown and the justice system should be capable of prioritizing cases that have faltered due to unforeseen events (see *R. v. Vassell*, 2016 SCC 26, [2016] 1 S.C.R. 625). Thus, any portion of the delay that the Crown and the system could reasonably have mitigated may not be subtracted (i.e. it may not be appropriate to subtract the entire period of delay occasioned by discrete exceptional events).

[76] If the remaining delay falls below the ceiling, the accused may still demonstrate in clear cases that the delay is unreasonable as outlined below. If, however, the remaining delay exceeds the ceiling, the delay is unreasonable and a stay of proceedings must be entered.

[77] As indicated, exceptional circumstances also cover a second category, namely, cases that are particularly complex. This too requires elaboration. Particularly complex cases are cases that, because of the nature of the *evidence* or the nature of the *issues*, require an inordinate amount of trial or preparation time such that the delay is justified. As for the nature of the evidence, hallmarks of particularly complex cases include voluminous disclosure, a large number of witnesses, significant requirements for expert evidence, and charges covering a long period of time. Particularly complex cases arising from the nature of the issues may be characterized by, among other things, a large number of charges and pre-trial applications, novel or complicated legal issues, and a large number of significant issues in dispute. Proceeding jointly against multiple co-accused, so long as it is in the interest of justice to do so, may also impact the complexity of the case.

à atténuer le délai découlant d'une circonstance exceptionnelle distincte. Il doit en être de même du système de justice. Dans la mesure de ce qui est raisonnable, le ministère public et le système judiciaire devraient être en mesure de donner la priorité aux causes dont le déroulement a été défaillant en raison d'événements imprévus (voir *R. c. Vassell*, 2016 CSC 26, [2016] 1 R.C.S. 625). Ainsi, toute portion du délai que le ministère public et le système judiciaire pourraient raisonnablement avoir atténué ne peut être soustraite du délai total écoulé (c.-à-d. qu'il pourrait ne pas être indiqué de soustraire l'entièreté de la période découlant des événements exceptionnels distincts).

[76] Comme il sera expliqué ci-après, si le délai restant est inférieur au plafond, l'accusé peut toujours démontrer, dans des cas manifestes, qu'il est néanmoins déraisonnable. Si, toutefois, le délai restant excède ce plafond, il est déraisonnable et un arrêt des procédures doit être ordonné.

[77] Comme nous l'avons précisé antérieurement, il existe aussi une seconde catégorie de circonstances exceptionnelles : les affaires particulièrement complexes. Ici encore, certaines précisions s'imposent. Les affaires de ce genre sont celles qui, eu égard à la nature de la *preuve* ou des *questions soulevées*, exigent un procès ou une période de préparation d'une durée exceptionnelle, si bien que le délai est justifié. Pour ce qui est de la nature de la preuve, les affaires particulièrement complexes présentent notamment les caractéristiques suivantes : la communication d'une preuve volumineuse, un grand nombre de témoins, des exigences importantes applicables au témoignage d'expert, ainsi que des accusations qui portent sur de longues périodes. Les causes particulièrement complexes en raison de la nature des questions soulevées peuvent se caractériser notamment par un grand nombre d'accusations et de demandes préalables au procès, par la présence de questions de droit inédites ou complexes, ainsi que par un grand nombre de questions litigieuses importantes. Le fait de poursuivre conjointement plusieurs coaccusés, dans la mesure où il est dans l'intérêt de la justice de le faire, peut aussi avoir une incidence sur la complexité de la cause.

[78] A typical murder trial will not usually be sufficiently complex to comprise an exceptional circumstance. However, if an inordinate amount of trial or preparation time is needed as a result of the nature of the evidence or the issues such that the time the case has taken is justified, the complexity of the case will qualify as presenting an exceptional circumstance.

[79] It bears reiterating that such determinations fall well within the trial judge's expertise. And, of course, the trial judge will also want to consider whether the Crown, having initiated what could reasonably be expected to be a complex prosecution, developed and followed a concrete plan to minimize the delay occasioned by such complexity (*R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83, at para. 2). Where it has failed to do so, the Crown will not be able to show exceptional circumstances, because it will not be able to show that the circumstances were outside its control. In a similar vein, and for the same reason, the Crown may wish to consider whether multiple charges for the same conduct, or trying multiple co-accused together, will unduly complicate a proceeding. While the court plays no supervisory role for such decisions, Crown counsel must be alive to the fact that any delay resulting from their prosecutorial discretion must conform to the accused's s. 11(b) right (see, e.g., *Vassell*). As this Court said in *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760:

Certainly, it is within the Crown's discretion to prosecute charges where the evidence would permit a reasonable jury to convict. However, some semblance of a cost-benefit analysis would serve the justice system well. Where the additional or heightened charges are marginal, and pursuing them would necessitate a substantially more complex trial process and jury charge, the Crown should carefully consider whether the public interest would be better served by either declining to prosecute the marginal charges from the outset or deciding not

[78] Un procès pour meurtre typique ne sera en général pas suffisamment complexe pour constituer une circonstance exceptionnelle. Cependant, si un procès ou une période de préparation d'une durée exceptionnelle s'imposent compte tenu de la nature de la preuve ou des questions soulevées — de sorte que la durée de l'affaire est justifiée —, on pourra conclure que la complexité du dossier constitue une circonstance exceptionnelle.

[79] Il convient de rappeler que ces décisions relèvent entièrement de l'expertise du juge de première instance. Bien entendu, celui-ci voudra également se pencher sur la question de savoir si le ministère public, qui a introduit ce qui semblait raisonnablement être une poursuite complexe, a établi et suivi un plan concret pour réduire au minimum les retards occasionnés par une telle complexité (*R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83, par. 2). S'il ne l'a pas fait, le ministère public ne sera pas en mesure d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles, parce qu'il ne pourra pas démontrer que les circonstances en question étaient indépendantes de sa volonté. Dans le même ordre d'idées, et pour la même raison, le ministère public pourrait vouloir se demander si l'existence de multiples accusations pour la même conduite ou si le fait de juger plusieurs coaccusés en même temps a pour effet de compliquer indûment l'instance. Même si le tribunal ne joue aucun rôle de surveillance à l'égard de telles décisions, l'avocat du ministère public doit être conscient du fait que tout délai qui découle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant doit respecter les droits de l'accusé protégés par l'al. 11b) (voir, p. ex., *Vassell*). Comme la Cour l'a affirmé dans *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760 :

Certes, il est loisible au ministère public d'intenter des poursuites lorsque la preuve permettrait à un jury raisonnable de déclarer l'accusé coupable. Toutefois, une sorte d'analyse de rentabilité servirait également le système de justice. Lorsque les autres accusations ou les accusations plus sévères sont d'importance secondaire et que la poursuite relative à ces accusations nécessiterait un procès et des directives au jury beaucoup plus complexes, le ministère public devrait sérieusement se demander si l'intérêt public serait mieux servi en décidant dès le départ

to pursue them once the evidence at trial is complete. [para. 45]

[80] Where the trial judge finds that the case was particularly complex such that the time the case has taken is justified, the delay is reasonable and no stay will issue. No further analysis is required.

[81] To be clear, the presence of exceptional circumstances is *the only basis* upon which the Crown can discharge its burden to justify a delay that exceeds the ceiling. As discussed, an exceptional circumstance can arise from a discrete event (such as an illness, extradition proceeding, or unexpected event at trial) or from a case's complexity. The seriousness or gravity of the offence cannot be relied on, although the more complex cases will often be those involving serious charges, such as terrorism, organized crime, and gang-related activity. Nor can chronic institutional delay be relied upon. Perhaps most significantly, the absence of prejudice can in no circumstances be used to justify delays after the ceiling is breached. Once so much time has elapsed, only circumstances that are genuinely outside the Crown's control and ability to remedy may furnish a sufficient excuse for the prolonged delay.

E. *Below the Presumptive Ceiling*

[82] A delay may be unreasonable even if it falls below the presumptive ceiling. If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay and delay attributable to exceptional circumstances that are discrete in nature) is less than 18 months for cases going to trial in the provincial court, or 30 months for cases going to trial in the superior court, then the defence bears the onus to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish

de ne pas tenter de poursuite relativement aux accusations d'importance secondaire, ou en décidant de ne pas y donner suite lorsque la preuve au procès est complète. [par. 45]

[80] Lorsque le juge conclut que l'affaire était particulièrement complexe, de sorte que sa durée était justifiée, le délai est jugé raisonnable et aucun arrêt des procédures n'est ordonné. Aucune autre analyse n'est nécessaire.

[81] En termes clairs, la présence de circonstances exceptionnelles sera *le seul fondement* permettant au ministère public de s'acquitter du fardeau qui lui incombera de justifier un délai qui excède le plafond établi. Comme nous l'avons vu, une circonstance exceptionnelle peut découler d'un événement distinct (comme une maladie, une procédure d'extradition ou un imprévu au procès) ou de la complexité d'une cause. La gravité de l'infraction ne peut servir à justifier le délai, même si les causes plus complexes seront souvent celles qui mettent en cause des accusations graves, comme le terrorisme, le crime organisé et les activités liées à une organisation criminelle. Les délais institutionnels chroniques ne peuvent non plus servir de fondement au dépassement du plafond. Fait peut-être plus important encore, l'absence de préjudice ne peut en aucun cas servir à justifier des délais lorsque le plafond est dépassé. Quand il s'est écoulé autant de temps, seules des circonstances véritablement indépendantes de la volonté du ministère public et auxquelles celui-ci ne pouvait remédier peuvent donner une excuse suffisante pour justifier le délai prolongé.

E. *Délai inférieur au plafond présumé*

[82] Un délai peut être déraisonnable même s'il est inférieur au plafond présumé applicable. Si le temps total écoulé entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou prévue du procès — moins les retards imputables à la défense et ceux attribuables à des circonstances exceptionnelles de nature distincte — est inférieur à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale, ou à 30 mois pour celles portées devant une cour supérieure, il incombe à la défense de démontrer

two things: (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, *and* (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. Absent these two factors, the s. 11(b) application must fail.

[83] We expect stays beneath the ceiling to be granted only in clear cases. As we have said, in setting the ceiling, we factored in the tolerance for reasonable institutional delay established in *Morin*, as well as the inherent needs and the increased complexity of most cases.

(1) Defence Initiative — Meaningful and Sustained Steps

[84] To discharge its onus where delay falls below the ceiling, the defence must demonstrate that it took meaningful, sustained steps to expedite the proceedings. “Action or non-action by the accused which is inconsistent with a desire for a timely trial is something that the court must consider” (*Morin*, at p. 802). Here, the trial judge should consider what the defence could have done, and what it actually did, to get the case heard as quickly as possible. Substance matters, not form.

[85] To satisfy this criterion, it is not enough for the defence to make token efforts such as to simply put on the record that it wanted an earlier trial date. Since the defence benefits from a strong presumption in favour of a stay once the ceiling is exceeded, it is incumbent on the defence, in order to justify a stay below the ceiling, to demonstrate having taken meaningful and sustained steps to be tried quickly. While the defence might not be able to resolve the Crown’s or the trial court’s challenges, it falls to the defence to show that it attempted to set the earliest possible hearing dates, was cooperative with and responsive to the Crown and the court, put the

que celui-ci a été déraisonnable. Pour ce faire, la défense doit établir deux choses : (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, *et* (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. En l’absence de l’un ou l’autre de ces deux facteurs, la demande fondée sur l’al. 11b) doit être rejetée.

[83] Nous nous attendons à ce que les arrêts de procédures accordés dans le contexte de délais inférieurs au plafond ne le soient que dans des cas manifestes. Comme nous l’avons mentionné, en établissant le plafond, nous avons tenu compte de l’indulgence voulue pour le délai institutionnel raisonnable établi dans *Morin*, de même que des besoins inhérents à la plupart des causes et de leur complexité accrue.

(1) L’initiative dont a fait preuve la défense — Mesures utiles et soutenues

[84] Pour s’acquitter du fardeau qui lui incombe lorsque le délai est inférieur au plafond applicable, la défense doit démontrer qu’elle a pris des mesures utiles et soutenues pour accélérer la procédure. « Le tribunal doit tenir compte de l’action ou de l’inaction de l’accusé qui ne correspond pas à un désir d’être jugé rapidement » (*Morin*, p. 802). En l’espèce, le juge du procès devrait se demander ce que la défense aurait pu faire, et ce qu’elle a effectivement fait, pour que la cause soit entendue le plus rapidement possible. Ce qui importe, c’est le fond et non la forme.

[85] Pour satisfaire à ce critère, la défense ne peut se contenter de faire des efforts symboliques comme de simplement consigner au dossier qu’elle voulait une date de procès plus hâtive. Comme elle bénéficie d’une forte présomption pour un arrêt des procédures en cas de dépassement du délai maximal applicable, pour en obtenir un lorsque ce plafond n’est pas franchi, la défense doit démontrer qu’elle a pris des mesures utiles et soutenues pour que l’accusé soit jugé rapidement. Bien qu’elle puisse être incapable de résoudre les défis auxquels sont confrontés le ministère public ou le tribunal de première instance, la défense doit démontrer

Crown on timely notice when delay was becoming a problem, and conducted all applications (including the s. 11(b) application) reasonably and expeditiously. At the same time, trial judges should not take this opportunity, with the benefit of hindsight, to question every decision made by the defence. The defence is required to act reasonably, not perfectly.

[86] Our colleague Cromwell J. criticizes this requirement as diminishing the right to be tried within a reasonable time. We respectfully disagree. First, this Court already considers defence conduct in assessing s. 11(b) applications. And the level of diligence displayed by the accused is relevant in the context of other *Charter* rights as well, like the s. 10(b) right to counsel (*R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at p. 439). Second, as mentioned, the requirement of defence initiative below the ceiling is a corollary to the Crown's justificatory burden above the ceiling. Third, this requirement reflects the practical reality that a level of cooperation between the parties is necessary in planning and conducting a trial. Encouraging the defence to be part of the solution will have positive ramifications not only for individual cases but for the entire justice system, thereby enhancing — rather than diminishing — timely justice.

qu'elle a essayé d'obtenir les dates les plus rapprochées possible pour la tenue de l'audience, qu'elle a collaboré avec le ministère public et le tribunal et a répondu à leurs efforts, qu'elle a avisé le ministère public en temps opportun que le délai commençait à poser problème, et qu'elle a mené toutes les demandes (y compris celle fondée sur l'al. 11b)) de manière raisonnable et expéditive. Cela dit, le juge du procès ne doit pas profiter de l'occasion, avec l'avantage du recul, pour remettre en question chacune des décisions de la défense. Cette dernière est tenue d'agir raisonnablement, non pas à la perfection.

[86] Notre collègue, le juge Cromwell, critique cette exigence parce qu'il estime qu'elle restreint le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d'accord. Premièrement, la Cour prend déjà en considération la conduite de la défense pour juger des demandes fondées sur l'al. 11b). En outre, le degré de diligence dont a fait preuve l'accusé est aussi pertinent dans le contexte d'autres droits protégés par la *Charte*, par exemple en ce qui a trait au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) (*R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, p. 439). Deuxièmement, comme nous l'avons mentionné, l'exigence quant à l'initiative dont doit avoir fait preuve la défense lorsque le délai est inférieur au plafond est le corollaire du fardeau qui incombe au ministère public de justifier le temps qu'il a fallu pour instruire l'affaire dans les cas où le délai a dépassé le plafond. Troisièmement, cette exigence est le reflet de la réalité sur le plan pratique qu'il faut un certain degré de coopération entre les parties pour planifier et instruire un procès. Encourager la défense à faire partie de la solution aura des conséquences positives non seulement pour les causes prises individuellement, mais également pour l'ensemble du système de justice, et cela aura pour conséquence d'améliorer la performance de ce dernier sur le plan des délais et non l'inverse.

(2) Reasonable Time Requirements of the Case — Time Markedly Exceeded

[87] Next, the defence must show that the time the case has taken markedly exceeds the reasonable time requirements of the case. The reasonable time requirements of a case derive from a variety of factors, including the complexity of the case, local considerations, and whether the Crown took reasonable steps to expedite the proceedings.

[88] The reasonable time requirements of the case will increase proportionally to a case’s complexity. As Sopinka J. wrote in *Morin*: “All other factors being equal, the more complicated a case, the longer it will take counsel to prepare for trial and for the trial to be conducted once it begins” (pp. 791-92).

[89] In considering the reasonable time requirements of the case, trial judges should also employ the knowledge they have of their own jurisdiction, including how long a case of that nature typically takes to get to trial in light of the relevant local and systemic circumstances.

[90] Where the Crown has done its part to ensure that the matter proceeds expeditiously — including genuinely responding to defence efforts, seeking opportunities to streamline the issues and evidence, and adapting to evolving circumstances as the case progresses — it is unlikely that the reasonable time requirements of the case will have been markedly exceeded. As with assessing the conduct of the defence, trial judges should not hold the Crown to a standard of perfection.

[91] Determining whether the time the case has taken markedly exceeds what was reasonably required is not a matter of precise calculation. Trial judges should not parse each day or month, as has

(2) Délai raisonnable nécessaire pour juger l’affaire — Délai dépassé de manière manifeste

[87] En outre, la défense doit démontrer que le temps qu’a pris la cause excède de manière manifeste le délai qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger l’affaire. Le délai raisonnable nécessaire pour instruire une cause dépend d’une panoplie de facteurs, y compris la complexité du dossier, des considérations de nature locale, et la question de savoir si le ministère public a pris des mesures raisonnables pour accélérer l’instance.

[88] Ce délai raisonnable nécessaire augmente proportionnellement à la complexité de l’affaire. Comme l’a écrit le juge Sopinka dans l’arrêt *Morin*, « [t]ous les autres facteurs étant égaux, une affaire plus compliquée demandera plus de temps de préparation à l’avocat et le procès durera plus longtemps une fois qu’il sera commencé » (p. 792).

[89] Lorsqu’il examine le délai raisonnable nécessaire pour instruire une cause, le juge du procès doit aussi tenir compte de la connaissance qu’il a de sa propre juridiction, y compris du temps que prend généralement un procès du type de celui dont il est saisi pour arriver à procès eu égard aux circonstances locales et systémiques.

[90] Lorsque le ministère public a contribué à garantir que le dossier procède de manière diligente — y compris en répondant réellement aux efforts de la défense, en cherchant les occasions de simplifier les questions en litige et la preuve, de même qu’en adaptant son approche aux circonstances au fur et à mesure que le dossier a progressé —, il est improbable que le délai raisonnable nécessaire de l’instance ait été dépassé de manière manifeste. À l’instar de l’attitude qu’il doit adopter lorsqu’il examine la conduite de la défense, le juge du procès ne doit pas exiger du ministère public qu’il satisfasse à une norme de perfection.

[91] Le fait de déterminer si le temps qu’a pris une affaire à être jugée a excédé de manière manifeste ce qui était raisonnablement nécessaire n’est pas une question de calculs précis. Le juge de

been the common practice since *Morin*, to determine whether each step was reasonably required. Instead, trial judges should step back from the minutiae and adopt a bird's-eye view of the case. All this said, this determination is a question of fact falling well within the expertise of the trial judge (*Morin*, per Sopinka J., at pp. 791-92).

F. *Applying the New Framework to Cases Already in the System*

[92] When this Court released its decision in *Askov*, tens of thousands of charges were stayed in Ontario alone as a result of the abrupt change in the law. Such swift and drastic consequences risk undermining the integrity of the administration of justice.

[93] We recognize that this new framework is a departure from the law that was applied to s. 11(b) applications in the past. A judicial change in the law is presumed to operate retroactively and apply to past conduct (*Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 84). Slightly more relaxed rules apply to judicial changes to the interpretation of constitutional provisions (para. 88). Transition periods, suspended declarations of invalidity, and purely prospective remedies are part of the discretionary remedial framework of our constitutional law (paras. 88-92; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 217-18; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 117).

[94] Here, there are a variety of reasons to apply the framework contextually and flexibly for cases currently in the system, one being that it is not fair to strictly judge participants in the criminal justice system against standards of which they had no notice. Further, this new framework creates incentives for both the Crown and the defence to expedite criminal cases. However, in jurisdictions where

première instance ne devrait pas disséquer chaque jour ou chaque mois pour déterminer si chaque étape était raisonnablement nécessaire — comme le veut la pratique courante depuis l'arrêt *Morin*. Il devrait plutôt prendre du recul par rapport aux menus détails et examiner l'affaire dans son ensemble. Cela dit, cette détermination est une question de fait qui relève entièrement de l'expertise du juge de première instance (*Morin*, le juge Sopinka, p. 791-792).

F. *Appliquer le nouveau cadre d'analyse aux affaires déjà en cours*

[92] Quand la Cour a rendu sa décision dans *Askov*, des dizaines de milliers d'accusations ont fait l'objet d'un arrêt des procédures en Ontario seulement, en raison de la modification soudaine du droit. De tels virages et les conséquences radicales qu'ils entraînent peuvent compromettre l'intégrité de l'administration de la justice.

[93] Nous reconnaissons que le nouveau cadre d'analyse établi en l'espèce s'écarte des règles qui s'appliquaient antérieurement aux demandes fondées sur l'al. 11b). Une modification judiciaire du droit applicable est présumée avoir une application rétroactive et s'appliquer à une conduite antérieure (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 84). Des règles légèrement plus souples s'appliquent lorsque les tribunaux modifient l'interprétation donnée à des dispositions constitutionnelles (par. 88). L'établissement d'une période de transition, la suspension de la période d'invalidité et les mesures de redressement valables uniquement pour l'avenir font partie du cadre réparateur discrétionnaire établi par notre droit constitutionnel (par. 88-92; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 217-218; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117).

[94] Dans le cas présent, il existe diverses raisons pour appliquer le cadre d'analyse selon le contexte et avec souplesse aux affaires déjà en cours, l'une étant qu'il ne serait pas juste de juger rigoureusement les participants au système de justice criminelle au regard de normes dont ils n'avaient pas connaissance. De plus, ce nouveau régime incite tant le ministère public que la défense à accélérer

prolonged delays are the norm, it will take time for these incentives to shift the culture. As well, the administration of justice cannot tolerate a recurrence of what transpired after the release of *Askov*, and this contextual application of the framework is intended to ensure that the post-*Askov* situation is not repeated.

[95] The new framework, including the presumptive ceiling, applies to cases currently in the system, subject to two qualifications.

[96] First, for cases in which the delay *exceeds* the ceiling, a transitional exceptional circumstance may arise where the charges were brought prior to the release of this decision. This transitional exceptional circumstance will apply when the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the parties' reasonable reliance on the law as it previously existed. This requires a contextual assessment, sensitive to the manner in which the previous framework was applied, and the fact that the parties' behaviour cannot be judged strictly, against a standard of which they had no notice. For example, prejudice and the seriousness of the offence often played a decisive role in whether delay was unreasonable under the previous framework. For cases currently in the system, these considerations can therefore inform whether the parties' reliance on the previous state of the law was reasonable. Of course, if the parties have had time following the release of this decision to correct their behaviour, and the system has had some time to adapt, the trial judge should take this into account.

[97] Moreover, the delay may exceed the ceiling because the case is of moderate complexity in a jurisdiction with significant institutional delay problems. Judges in jurisdictions plagued by lengthy, persistent, and notorious institutional delays should account for this reality, as Crown counsel's behaviour is constrained by systemic delay issues. Parliament, the legislatures, and Crown counsel need

le déroulement des affaires criminelles. Cependant, dans les ressorts où les longs délais sont la norme, il va falloir du temps avant que ces mesures d'incitation n'opèrent un changement de culture. En outre, l'administration de la justice ne saurait tolérer une répétition de ce qui s'est passé après le prononcé de l'arrêt *Askov*, et l'application contextuelle que nous proposons du cadre d'analyse vise à garantir qu'une telle situation ne se reproduira pas.

[95] Le nouveau cadre d'analyse, y compris le plafond présumé, s'applique aux affaires déjà en cours, sujet à deux réserves.

[96] Premièrement, dans les cas où le délai *excède* le plafond, une mesure transitoire exceptionnelle peut s'appliquer lorsque les accusations ont été portées avant le prononcé du présent jugement. C'est le cas lorsque le ministère public convainc la cour que le temps qui s'est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait au préalable. Cela suppose qu'il faille procéder à un examen contextuel, eu égard à la manière dont l'ancien cadre a été appliqué et au fait que la conduite des parties ne peut être jugée rigoureusement en fonction d'une norme dont ils n'avaient pas connaissance. Par exemple, le préjudice subi et la gravité de l'infraction ont souvent joué un rôle décisif dans la décision quant au caractère raisonnable du délai lorsqu'il s'est agi d'appliquer l'ancien cadre d'analyse. Pour les causes en cours d'instance, ces considérations peuvent donc aider à déterminer si les parties se sont raisonnablement fondées sur l'état antérieur du droit. Bien entendu, si, après le prononcé du présent jugement, les parties ont eu le temps de corriger leur conduite et le système a disposé d'un certain temps pour s'adapter, le juge du procès doit en tenir compte.

[97] Par ailleurs, le délai peut excéder le plafond parce que la cause est moyennement complexe dans une région confrontée à des problèmes de délais institutionnels importants. Les juges qui œuvrent dans les juridictions où sévissent de longs délais institutionnels tenaces et connus doivent tenir compte de cette réalité, puisque les problèmes de délais systémiques limitent ce que peuvent faire

time to respond to this decision, and stays of proceedings cannot be granted *en masse* simply because problems with institutional delay currently exist. As we have said, the administration of justice cannot countenance a recurrence of *Askov*. This transitional exceptional circumstance recognizes that change takes time, and institutional delay — even if it is significant — will not automatically result in a stay of proceedings.

[98] On the other hand, the s. 11(b) rights of all accused persons cannot be held in abeyance while the system works to respond to this new framework. Section 11(b) breaches will still be found and stays of proceedings will still be entered for cases currently in the system. For example, if the delay in a simple case vastly exceeds the ceiling because of repeated mistakes or missteps by the Crown, the delay might be unreasonable even though the parties were operating under the previous framework. The analysis must always be contextual. We rely on the good sense of trial judges to determine the reasonableness of the delay in the circumstances of each case.

[99] The second qualification applies to cases currently in the system in which the total delay (minus defence delay) falls *below* the ceiling. For these cases, the two criteria — defence initiative and whether the time the case has taken markedly exceeds what was reasonably required — must also be applied contextually, sensitive to the parties' reliance on the previous state of the law. Specifically, the defence need not demonstrate having taken initiative to expedite matters for the period of delay preceding this decision. Since defence initiative was not expressly required by the *Morin* framework, it would be unfair to require it for the period of time before the release of this decision. However, in close cases, any defence initiative during that time

les avocats du ministère public. Ces derniers, le Parlement et les législatures ont besoin de temps pour réagir à la présente décision et des arrêts de procédures ne peuvent être accordés en bloc uniquement parce qu'il existe présentement des problèmes importants de délais institutionnels. Comme nous l'avons souligné, l'administration de la justice ne peut pas se permettre une répétition des conséquences qu'a eues la décision *Askov*. La mesure transitoire exceptionnelle dont il est question ici reconnaît qu'il faut du temps pour implanter des changements et que les délais institutionnels — même s'ils sont importants — ne donneront pas automatiquement lieu à des arrêts de procédures.

[98] Les droits de tous les accusés protégés par l'al. 11b) ne peuvent pas pour autant être suspendus pendant que le système cherche à s'adapter au nouveau cadre d'analyse établi en l'espèce. Les tribunaux vont donc continuer à conclure à la violation des droits protégés par l'al. 11b) et des causes pendantes feront encore l'objet d'ordonnances d'arrêt des procédures. Par exemple, dans une cause simple, si le délai excède considérablement le plafond en raison d'erreurs et d'impairs répétés du ministère public, le délai pourrait être jugé déraisonnable même si les parties agissaient en fonction de l'ancien cadre d'analyse. L'examen doit toujours être contextuel. Nous nous fions au bon sens des juges de première instance pour juger du caractère raisonnable du délai dans les circonstances de chaque cas.

[99] La deuxième réserve s'applique aux affaires déjà en cours pour lesquelles le délai total (moins celui imputable à la défense) est *inférieur* au plafond. Pour ces causes, les tribunaux doivent appliquer les deux critères — soit celui relatif à l'initiative dont a fait preuve la défense et celui de la question de savoir si le temps qu'a mis la cause pour être entendue a excédé de manière manifeste le temps qui était raisonnablement requis — en fonction du contexte et en étant sensible au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant. Plus précisément, la défense n'a pas à démontrer qu'elle a pris des initiatives pour accélérer les choses au cours de la période qui a précédé le prononcé du présent jugement. Puisque de telles initiatives n'étaient pas

would assist the defence in showing that the delay markedly exceeds what was reasonably required. The trial judge must also still consider action or inaction by the accused that may be inconsistent with a desire for a timely trial (*Morin*, at p. 802).

[100] Further, if the delay was occasioned by an institutional delay that was reasonably acceptable in the relevant jurisdiction under the *Morin* framework before this decision was released, that institutional delay will be a component of the reasonable time requirements of the case for cases currently in the system.

[101] We note that given the level of institutional delay tolerated under the previous approach, a stay of proceedings below the ceiling will be even more difficult to obtain for cases currently in the system. We also emphasize that for cases in which the charge is brought shortly after the release of this decision, the reasonable time requirements of the case must reflect this high level of tolerance for institutional delay in particular localities.

[102] Ultimately, for most cases that are already in the system, the release of this decision should not automatically transform what would previously have been considered a reasonable delay into an unreasonable one. Change takes time. In his dissenting opinion in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, Lamer J. (as he then was) was alive to this concern and his comments are apposite here:

This case is the first to have presented this Court with the opportunity of establishing appropriate guidelines for the application of s. 11(b). The full scope of the section, and the nature of the obligation it has imposed upon the

expressément requises par le cadre d'analyse prévu dans *Morin*, il serait injuste d'exiger qu'elles aient été prises avant le prononcé de la présente décision. Cela dit, dans les causes où le décalage entre le délai écoulé et le délai raisonnable est ténu, toute mesure qu'aurait prise la défense durant ce temps l'aidera à démontrer que le délai excède de manière manifeste ce qui était raisonnablement nécessaire. Dans ce cas de figure, le juge du procès doit tout de même tenir compte de l'action ou de l'inaction de l'accusé qui peut être incompatible avec le désir que le procès soit tenu en temps opportun (*Morin*, p. 802).

[100] En outre, si le retard a été causé par un délai institutionnel raisonnablement acceptable dans le ressort en cause selon le cadre d'analyse prévu dans *Morin* qui prévalait avant le prononcé de la présente décision, ce retard institutionnel sera un des éléments du délai raisonnable nécessaire de la cause pour les affaires déjà en cours d'instance.

[101] Nous soulignons que, compte tenu du niveau de délai institutionnel toléré suivant l'approche qui prévalait antérieurement, un arrêt des procédures sera encore plus difficile à obtenir pour les causes en cours d'instance lorsque le délai est inférieur au plafond. Nous soulignons aussi que, dans les causes pour lesquelles l'accusé sera inculpé peu de temps après le prononcé du présent jugement, les exigences en matière de délai raisonnable devront refléter ce haut degré de tolérance pour les délais institutionnels dans certaines localités en particulier.

[102] En définitive, pour la plupart des affaires en cours d'instance, le prononcé du présent jugement ne devrait pas transformer automatiquement en un délai déraisonnable ce qui aurait antérieurement été considéré comme un délai raisonnable. Il faut du temps pour changer les choses. En rédigeant ses motifs dissidents dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) était conscient de cette réalité et ses commentaires sont pertinents en l'espèce :

Cette affaire est la première qui offre à la Cour l'occasion de donner des directives appropriées sur l'application de l'al. 11(b). La portée exacte de l'alinéa et la nature de l'obligation qu'il impose au gouvernement et aux tribunaux

government and the courts has remained uncertain for the period prior to the rendering of this judgment.

Given this uncertainty and the terminative nature of the remedy for a violation of the section, i.e., a stay of proceedings, I am of the view that a transitional approach is appropriate, and indeed necessary, to enable the courts and the governments to properly discharge their burden under s. 11(b). This is not to say that different criteria ought to apply during the transitional period, that is, the period prior to the rendering of this judgment, but rather that the behaviour of the accused and the authorities must be evaluated in its proper context. In other words, it would be inaccurate to give effect to behaviour which occurred prior to this judgment against a standard the parameters of which were unknown to all. [Emphasis added; p. 948.]

[103] We echo Lamer J.'s remarks. For cases already in the system, the presumptive ceiling still applies; however, "the behaviour of the accused and the authorities" — which is an important consideration in the new framework — "must be evaluated in its proper context" (*Mills*, at p. 948). The reasonableness of a period of time to prosecute a case takes its colour from the surrounding circumstances. Reliance on the law as it then stood is one such circumstance.

[104] We disagree with Cromwell J. that our framework's allowance for present realities somehow creates a *Charter* amnesty. For cases currently in the system, the s. 11(b) right will receive no less protection than it does now. The point is that, on an ongoing basis, our framework has the potential to effect positive change within the justice system, rather than succumb to the culture of complacency we have described.

G. *Concluding Comments on the New Framework*

[105] The new framework for s. 11(b) can be summarized as follows:

demeuraient incertaines avant que le présent arrêt ne soit rendu.

Vu cette incertitude et la nature décisive de la réparation en cas d'infraction à l'alinéa, c.-à-d. une suspension d'instance, je suis d'avis qu'une période transitoire est utile et même s'impose pour permettre aux tribunaux et au gouvernement de s'acquitter correctement de leurs obligations en vertu de l'al. 11b). Cela ne veut pas dire que des critères différents devraient s'appliquer pendant la période de transition, c'est-à-dire la période antérieure au présent jugement, mais plutôt que le comportement de l'inculpé et des autorités doit être évalué dans son contexte particulier. En d'autres termes, il ne serait pas approprié de donner suite à un comportement adopté antérieurement à ce jugement par rapport à une norme dont les éléments étaient inconnus de tous. [Nous soulignons; p. 948.]

[103] Nous faisons nôtres les observations du juge Lamer. Le plafond présumé continue de s'appliquer dans les affaires en cours d'instance; toutefois, « le comportement de l'inculpé et des autorités » — qui constitue une considération importante dans le nouveau cadre d'analyse — « doit être évalué dans son contexte particulier » (*Mills*, p. 948). Le caractère raisonnable du temps qu'il faut pour traduire un accusé en justice dépend des circonstances en cause. Le fait de s'être fondé sur l'état du droit qui était alors en vigueur constitue l'une de ces circonstances.

[104] Nous ne partageons pas l'avis du juge Cromwell selon lequel, en tenant compte de la réalité actuelle, notre cadre d'analyse soustrait certaines causes à l'application de la *Charte*. Dans les affaires en cours d'instance, le droit protégé par l'al. 11b) ne bénéficiera pas d'une protection moindre qu'à l'heure actuelle. En fait, notre cadre a le potentiel de constamment entraîner des changements positifs dans le système judiciaire, plutôt que de succomber à la culture de complaisance dont nous avons parlé.

G. *Observations finales sur le nouveau cadre d'analyse*

[105] Le nouveau cadre d'analyse applicable aux demandes fondées sur l'al. 11b) peut être résumé comme suit :

- There is a ceiling beyond which delay becomes presumptively unreasonable. The presumptive ceiling is 18 months for cases tried in the provincial court, and 30 months for cases in the superior court (or cases tried in the provincial court after a preliminary inquiry). Defence delay does not count towards the presumptive ceiling.
- **Once the presumptive ceiling is exceeded**, the burden shifts to the Crown to rebut the presumption of unreasonableness on the basis of exceptional circumstances. Exceptional circumstances lie outside the Crown's control in that (1) they are reasonably unforeseen or reasonably unavoidable, and (2) they cannot reasonably be remedied. If the exceptional circumstance relates to a discrete event, the delay reasonably attributable to that event is subtracted. If the exceptional circumstance arises from the case's complexity, the delay is reasonable.
- **Below the presumptive ceiling**, in clear cases, the defence may show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish two things: (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings; and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have.
- **For cases currently in the system**, the framework must be applied flexibly and contextually, with due sensitivity to the parties' reliance on the previous state of the law.
- Il existe un plafond au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable. Ce plafond présumé est de 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale, et de 30 mois pour celles portées devant une cour supérieure (ou pour les affaires instruites devant une cour provinciale au terme d'une enquête préliminaire). Les délais imputables à la défense ne comptent pas dans le calcul visant à déterminer si ce plafond est atteint.
- **Une fois le plafond présumé dépassé**, le fardeau est inversé et le ministère public doit réfuter la présomption du caractère déraisonnable du délai en invoquant des circonstances exceptionnelles. Il doit s'agir de circonstances indépendantes de la volonté du ministère public, c'est-à-dire de circonstances (1) raisonnablement imprévues ou raisonnablement inévitables, et (2) auxquelles il ne peut pas être raisonnablement remédié. Si la circonstance exceptionnelle concerne un événement distinct, le délai attribuable à cet événement doit être soustrait du délai total. Si la circonstance exceptionnelle résulte de la complexité de l'affaire, le délai est raisonnable.
- **Lorsque le délai est inférieur au plafond présumé**, la défense, dans des cas manifestes, peut faire la preuve que le délai est déraisonnable. Pour ce faire, elle doit démontrer deux choses : (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, et (2) que le délai a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être.
- **Pour les affaires en cours d'instance**, le tribunal doit appliquer le cadre d'analyse selon le contexte et avec souplesse, tout en étant sensible au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant.

[106] As part of the process of developing this framework, we conducted a qualitative review of nearly every reported s. 11(b) appellate decision from the past 10 years, and many decisions from trial courts. These cases assisted in developing the definition of exceptional circumstances, as they

[106] Pour élaborer ce cadre d'analyse, nous avons procédé à un examen qualitatif de pratiquement tous les arrêts publiés portant sur l'al. 11b) rendus en appel au cours des 10 dernières années de même que de nombreux jugements de première instance. Les décisions en question ont aidé à définir

highlighted the types of circumstances that judges have found to justify prolonged delays. By reading these cases with the new framework in mind, we were able to get a rough sense of how the new framework would have played out in some past cases. Indeed, we note that in the seminal case of *Askov*, the delay was in the range of 30 months, as it was in *Godin* some 19 years later, and in both cases, this Court found the delays to be unreasonable.

[107] It is also clear from this case law review that the ceiling will not permit the parties or the courts to operate business as usual. The ceiling is designed to encourage conduct and the allocation of resources that promote timely trials. The jurisprudence from the past decade demonstrates that the current approach to s. 11(b) does not encourage good behaviour. Finger pointing is more common than problem solving. This body of decisions makes it clear that the incentives inherent in the status quo fall short in the ways we have described.

[108] We acknowledge that this new framework represents a significant shift from past practice. First, its standpoint is prospective. Participants in the criminal justice system will know, *in advance*, the bounds of reasonableness so proactive measures can be taken to remedy any delay. And the public will more clearly understand what it means to hold a trial within a reasonable time. Enhanced clarity and predictability befits a *Charter* right of such fundamental importance to our criminal justice system.

[109] Second, the new framework resolves the difficulties surrounding the concept of prejudice. Instead of being an express analytical factor, the concept of prejudice underpins the entire framework. Prejudice is accounted for in the creation of the ceiling. It also has a strong relationship with defence

ce qui constitue des circonstances exceptionnelles, puisqu'elles mettent en lumière les types de circonstances que les juges ont estimé justifier de longs délais. En lisant ces décisions avec le nouveau cadre d'analyse à l'esprit, nous sommes en mesure d'avoir une idée générale de la façon dont ce cadre se serait appliqué dans certaines affaires passées. D'ailleurs, nous soulignons que dans l'arrêt de principe *Askov*, le délai était de l'ordre de 30 mois, tout comme dans l'affaire *Godin* quelque 19 ans plus tard, et que, dans les deux cas, la Cour a jugé le délai déraisonnable.

[107] Il ressort aussi clairement de cet examen de la jurisprudence qu'avec le plafond, les parties ne pourront pas continuer à agir comme elles avaient l'habitude de le faire. En effet, il est conçu pour encourager une conduite et une répartition des ressources qui mèneront à la tenue de procès en temps utile. La jurisprudence de la dernière décennie illustre que la manière dont l'al. 11b) est appliqué présentement n'encourage pas les bons comportements. En effet, il est plus fréquent de jeter le blâme que de résoudre les problèmes. Bref, selon cette jurisprudence, et pour les raisons que nous avons exposées, les mesures incitatives actuelles pour réduire la durée des procédures judiciaires sont manifestement insuffisantes.

[108] Certes, le nouveau cadre d'analyse que nous prescrivons ici représente un virage important par rapport à la pratique antérieure. Premièrement, le point de vue adopté est prospectif. Les participants au système de justice criminelle connaîtront, *à l'avance*, les limites du délai raisonnable et pourront donc prendre des mesures proactives pour remédier aux délais. Par ailleurs, le public comprendra mieux ce que signifie le fait de tenir un procès dans un délai raisonnable. Une clarté et une prévisibilité accrues cadrent bien avec un droit protégé par la *Charte* qui revêt une telle importance pour notre système de justice criminelle.

[109] Deuxièmement, le nouveau cadre d'analyse résout les difficultés relatives au concept de préjudice. Plutôt que d'être un facteur analytique en tant que tel, le concept de préjudice sous-tend l'ensemble du cadre. En effet, il en a été tenu compte dans l'établissement du plafond. Ce préjudice a également

initiative, in that we can expect accused persons who are truly prejudiced to be proactive in moving the matter along.

[110] Prejudice has been one of the most fraught areas of s. 11(b) jurisprudence for over two decades. Understanding prejudice as informing the setting of the ceiling, rather than treating prejudice as an express analytical factor, also better recognizes that, as we have said, prolonged delays cause prejudice to not just specific accused persons, but also victims, witnesses, and the system of justice as a whole.

[111] Third, the new framework reduces, although does not eliminate, the need to engage in complicated micro-counting. While judges will still have to determine defence delay, the inquiry beneath the ceiling into whether the case took markedly longer than it reasonably should have replaced the micro-counting process with a global assessment. This inquiry need only arise if the accused has taken meaningful and sustained steps to expedite matters. And above the ceiling, a s. 11(b) analysis is triggered only where the Crown seeks to rely on exceptional circumstances. A framework that is simpler to apply is itself of value: “. . . we must remind ourselves that the best test will be relatively easy to apply; otherwise, stay applications themselves will contribute to the already heavy load on trial judges and compound the problem of delay” (*Morin*, per McLachlin J., at p. 810).

[112] In addition, the new framework will help facilitate a much-needed shift in culture. In creating incentives for both sides, it seeks to enhance accountability by fostering proactive, preventative problem solving. From the Crown’s perspective, the framework clarifies the content of the Crown’s ever-present constitutional obligation to bring the accused to trial within a reasonable time. Above the

un lien étroit avec l’initiative dont fait preuve la défense, dans la mesure où nous pouvons nous attendre à ce que les personnes accusées qui subissent réellement un préjudice soient proactives pour faire avancer leur dossier.

[110] Le traitement du préjudice est le domaine de la jurisprudence relative à l’al. 11b) qui a créé le plus de dissension depuis deux décennies. Traiter le préjudice comme un élément contribuant à l’établissement du plafond, plutôt que comme un facteur d’analyse, reflète également mieux, comme nous l’avons dit, le fait que les délais prolongés causent un préjudice non seulement aux accusés, mais également aux victimes, aux témoins et au système de justice dans son ensemble.

[111] Troisièmement, le nouveau cadre d’analyse atténué, sans toutefois l’éliminer, la nécessité d’un microcalcul complexe. Même si les juges ont tout de même à déterminer le délai attribuable à la défense, l’analyse d’un délai qui se situe en deçà du plafond — pour déterminer si la cause a pris de manière manifeste plus de temps qu’il aurait été raisonnable qu’elle prenne — remplace la méthode du microcalcul par une évaluation globale. Cet examen n’est par ailleurs nécessaire que si l’accusé a pris des mesures utiles et soutenues pour accélérer les choses. Par contre, lorsque le plafond est dépassé, une analyse fondée sur l’al. 11b) n’est déclenchée que lorsque le ministère public entend invoquer des circonstances exceptionnelles. Un cadre d’analyse plus simple à appliquer a une valeur en soi : « . . . il faut se rappeler que le meilleur critère sera relativement facile à appliquer; autrement, les demandes d’arrêt des procédures s’ajouteront aux nombreuses affaires dont les juges des procès sont déjà saisis et aggraveront le problème des délais » (*Morin*, la juge McLachlin, p. 810).

[112] En outre, le nouveau cadre d’analyse contribuera à faciliter un changement de culture dont on a grand besoin. En établissant des mesures propres à inciter les deux parties à accélérer le déroulement de l’instance, ce cadre vise à accroître la responsabilisation en favorisant une approche proactive et préventive de résolution de problèmes. Du point de vue du ministère public, le cadre d’analyse en question

ceiling, the Crown will only be able to discharge its burden if it can show that it should not be held accountable for the circumstances which caused the ceiling to be breached because they were genuinely outside its control. Crown counsel will be motivated to act proactively throughout the proceedings to preserve its ability to justify a delay that exceeds the ceiling, should the need arise. Below the ceiling, a diligent, proactive Crown will be a strong indication that the case did not take markedly longer than reasonably necessary.

[113] The new framework also encourages the defence to be part of the solution. If an accused brings a s. 11(b) application when the total delay (minus defence delay and delay attributable to exceptional circumstances that are discrete in nature) falls below the ceiling, the defence must demonstrate that it took meaningful and sustained steps to expedite the proceedings as a prerequisite to a stay. Further, the deduction of defence delay from total delay as a starting point in the analysis clearly indicates that the defence cannot benefit from its own delay-causing action or inaction.

[114] The new framework makes courts more accountable, too. Absent exceptional circumstances, the ceiling limits the extent to which judges can tolerate delays before a stay must be imposed. Indeed, courts are important players in changing courtroom culture. Many courts have developed robust case management and trial scheduling processes, focusing attention on possible sources of delay (such as pre-trial applications or unrealistic estimates of trial length) and thereby seeking to avoid or minimize unnecessary delay. Some courts, however, have not.

clarifie l'obligation constitutionnelle qu'il a toujours eue de traduire l'accusé en justice dans un délai raisonnable. Lorsque le plafond est dépassé, le ministère public ne se sera acquitté de son fardeau de preuve que s'il est en mesure de démontrer qu'il ne devrait pas être tenu responsable des circonstances ayant mené au dépassement du plafond, puisqu'elles étaient véritablement indépendantes de sa volonté. L'avocat du ministère public sera motivé à agir de façon proactive tout au long de la procédure pour rester en mesure, au besoin, de justifier un délai qui excède le plafond applicable. En deçà du plafond, la présence au dossier d'un représentant du ministère public diligent et proactif est une indication forte que la cause n'a pas pris plus longtemps de manière manifeste que ce qu'il était raisonnable qu'elle prenne.

[113] Le nouveau cadre d'analyse encourage également la défense à contribuer à la résolution du problème. Si l'accusé présente une demande fondée sur l'al. 11b) avant que le délai total — moins les retards qui lui sont imputables et ceux attribuables à des circonstances exceptionnelles distinctes — ne dépasse le plafond, pour obtenir un arrêt des procédures, la défense doit démontrer qu'elle a pris des mesures utiles et soutenues pour accélérer le cours de l'instance. De plus, la déduction des retards attribuables à la défense comme point de départ de l'analyse indique clairement qu'elle ne peut tirer avantage de sa propre action ou de sa propre inaction lorsque celle-ci a pour effet de causer un délai.

[114] Le nouveau cadre d'analyse responsabilise aussi davantage les tribunaux. En l'absence de circonstances exceptionnelles, le plafond applicable maximal fixé établit une limite en ce qui a trait à la mesure dans laquelle les juges peuvent tolérer des délais avant de devoir ordonner un arrêt des procédures. En effet, les tribunaux jouent un rôle important pour changer la culture en salle d'audience. Ils sont nombreux à avoir établi des procédures solides de gestion d'instance et de planification des audiences, en portant une attention particulière aux sources potentielles de délai (comme les requêtes préalables au procès ou les estimations irréalistes de la durée de procès), tentant ainsi d'éviter ou d'atténuer les délais inutiles. Certains tribunaux, toutefois, ne l'ont pas fait.

[115] As we have said, this Court also has a role to play. On many occasions, this Court has established detailed guidelines and minimum requirements to give meaningful content to constitutional rights in the criminal law context (see, e.g., *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at para. 83; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 49; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 53-56). Section 11(b) has received its content in much the same way. Cromwell J.'s framework, like ours, and like *Morin* and *Askov*, is entirely judicially created. And, like ours, and like *Morin* and *Askov*, it relies heavily on numerical guidelines (with such guidelines acting as guideposts, not absolute limitation periods). Our approach is entirely consistent with the judicial role.

[116] Ultimately, all participants in the justice system must work in concert to achieve speedier trials. After all, everyone stands to benefit from these efforts. As Sharpe J.A. wrote in *R. v. Omar*, 2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493:

The judicial system, like all other public institutions, has limited resources at its disposal, as do the litigants and legal aid. . . . It is in the interest of all constituencies — those accused of crimes, the police, Crown counsel, defence counsel, and judges both at trial and on appeal — to make the most of the limited resources at our disposal. [para. 32]

[117] Sharpe J.A.'s reference to finite resources is an important point. We are aware that resource issues are rarely far below the surface of most s. 11(b) applications. By encouraging all justice system participants to be more proactive, some resource issues will naturally be resolved because parties will be encouraged to eliminate or avoid inefficient practices. At the same time, the new framework implicates the sufficiency of resources by reminding legislators and ministers that unreasonable delay in bringing

[115] Comme nous l'avons déjà dit, la Cour a aussi un rôle à jouer. Elle a maintes fois établi des lignes directrices détaillées et des exigences minimales pour donner un contenu véritable aux droits constitutionnels en matière criminelle (voir, p. ex., *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 83; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 53-56). L'alinéa 11b) a reçu son contenu essentiellement de la même façon. Le cadre d'analyse proposé par le juge Cromwell, tout comme le nôtre et ceux des arrêts *Morin* et *Askov*, est d'origine purement judiciaire. En outre, à l'instar du nôtre et de ceux des arrêts *Morin* et *Askov*, le cadre qu'il propose s'appuie en grande partie sur des lignes directrices numériques — qui servent de points de repère et non de délais de prescription absolus. Notre approche est donc tout à fait conforme à la fonction judiciaire.

[116] En fin de compte, tous les participants au système de justice doivent travailler de concert pour accélérer le déroulement des procès. Après tout, c'est l'ensemble de la société qui bénéficiera de ces efforts. Comme l'a écrit le juge Sharpe dans *R. c. Omar*, 2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493 :

[TRADUCTION] Comme toutes les autres institutions publiques, le système judiciaire dispose de ressources limitées, et il en va de même pour les plaideurs et l'aide juridique. [. . .] Il est dans l'intérêt de tous les groupes concernés — les personnes accusées d'un crime, la police, l'avocat du ministère public, l'avocat de la défense et les juges de première instance et d'appel — de tirer le plus grand parti possible des ressources limitées dont dispose le système judiciaire. [par. 32]

[117] Les ressources limitées dont parle le juge Sharpe constituent un enjeu important. Nous savons que, dans la plupart des demandes fondées sur l'al. 11b), on a rarement à gratter longtemps pour voir apparaître la question des ressources. En encourageant tous les participants au système de justice à se montrer plus proactifs, certaines questions relatives aux ressources se régleront de manière naturelle, parce que les parties seront encouragées à éliminer ou à éviter les pratiques inefficaces. Le

accused persons to trial is not merely contrary to the public interest: it is constitutionally impermissible, and will be treated as such.

VI. Application to This Case

[118] Having established the new framework for s. 11(b), we now turn to the case before us.

[119] The first step in determining whether Mr. Jordan's s. 11(b) right was infringed is to determine the total delay between the charges and the end of trial. In this case, the total delay was 49.5 months.

[120] Turning to the first case-specific factor that must be accounted for, the next step is to determine whether any of that delay was waived or caused solely by the defence. We see no reason to interfere with the trial judge's finding that four months of this delay were waived by Mr. Jordan when he changed counsel shortly before the trial was set to begin, necessitating an adjournment.

[121] The more difficult assessment is whether any of the remaining delay was caused solely by the action or inaction of the defence. The Crown argues that the trial judge erred by failing to attribute significant periods of delay to the defence, and that the defence was equally culpable in the delay in bringing this matter to trial. The Crown cited several examples: the defence consented to numerous adjournments; defence counsel initially suggested the four-day estimate for the preliminary inquiry; defence counsel's unavailability resulted in the preliminary inquiry not being completed as scheduled in December 2010; defence counsel failed to respond to the Crown's offer in July 2011 of an earlier trial; and there was no evidence that defence

nouveau cadre d'analyse fait par ailleurs intervenir la suffisance des ressources en rappelant aux législateurs et aux ministres que le fait de tarder déraisonnablement à traduire un accusé en justice est non seulement contraire à l'intérêt public, mais aussi inacceptable sur le plan constitutionnel, et qu'il sera considéré comme tel.

VI. Application en l'espèce

[118] Ayant établi le nouveau cadre d'analyse applicable aux demandes fondées sur l'al. 11b), nous nous pencherons maintenant sur l'affaire dont nous sommes saisis.

[119] La première étape en vue de déterminer s'il y a eu atteinte au droit que garantit l'al. 11b) à M. Jordan consiste à calculer le délai total qui s'est écoulé entre le dépôt des accusations et la fin du procès. En l'espèce, il s'agit de 49 mois et demi.

[120] Nous penchant maintenant sur le premier facteur propre à l'espèce dont il faut tenir compte, l'étape suivante consiste à établir si la défense a renoncé à invoquer certaines périodes ou si certains retards lui sont exclusivement attribuables. Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Jordan a renoncé à invoquer une période de quatre mois lorsqu'il a changé d'avocat peu de temps avant le début du procès, ce qui a nécessité un ajournement.

[121] La tâche la plus difficile consiste à déterminer si une partie du délai restant résulte exclusivement de l'action ou de l'inaction de la défense. Le ministère public soutient que le juge de première instance a commis une erreur en omettant d'attribuer certains longs délais à la défense, et que cette dernière a sa part de responsabilité quant au temps qu'il a fallu pour que son dossier soit porté devant les tribunaux. Le ministère public a cité plusieurs exemples : la défense a consenti à de nombreux ajournements; l'avocat de la défense a, au départ, estimé à quatre jours la durée de l'enquête préliminaire; vu la non-disponibilité de l'avocat de la défense, l'enquête préliminaire n'a pas pu se terminer comme prévu en décembre 2010; l'avocat de

counsel would have been available for trial earlier than June 2012.

[122] While these instances that the Crown points to are symptomatic of the systemic complacency towards delay that we have described, most of them are not attributable solely to the defence. The Crown and defence both share responsibility for the preliminary inquiry underestimation. Similarly, responsibility for the delay resulting from consent adjournments and the defence's failure to respond to the Crown's offer of a shorter trial time in July 2011 should not be borne solely by the defence. These adjournments were part of the legitimate procedural requirements of the case, and it does not appear from the record that any occurred when the Crown and court were otherwise ready to proceed. Further, there was no evidence that, had the defence responded to the Crown's offer of an earlier trial, the Crown and the court would have been able to accommodate an earlier date. Rather, the only evidence before the trial judge was that the earliest available trial dates were in September 2012.

[123] The defence should, however, bear responsibility for the delay resulting from the adjournment of the preliminary inquiry necessitated by defence counsel's unavailability for closing submissions on December 22, 2010, the last day scheduled for the preliminary inquiry. We would only attribute one and a half months of that delay to the defence, however, given the evidence that Crown counsel was unable to attend at the first available continuation date for the preliminary inquiry of February 3, 2011.

[124] In total then, four months of delay were waived by the defence and one and a half months of

la défense n'a pas répondu à l'offre que lui a faite le ministère public, en juillet 2011, de tenir le procès plus tôt; rien dans la preuve n'indique que l'avocat de la défense aurait été disponible pour le procès avant juin 2012.

[122] Bien que les exemples cités par le ministère public soient symptomatiques de la complaisance systémique que nous avons décrite, la plupart des délais qui en ont découlé ne sont pas uniquement attribuables à la défense. Le ministère public et la défense se partagent la responsabilité quant au fait d'avoir sous-estimé la durée de l'enquête préliminaire. De même, la responsabilité découlant du retard attribuable aux ajournements sur consentement et du fait que la défense n'a pas répondu à l'offre faite par le ministère public en juillet 2011 de tenir le procès plus tôt ne devrait pas être assumée uniquement par la défense. Ces ajournements faisaient partie des exigences procédurales légitimes de l'affaire, et il ne ressort pas du dossier qu'un ajournement a été ordonné alors que le ministère public et le tribunal étaient par ailleurs prêts à procéder. De plus, rien dans la preuve n'indique que, si la défense avait répondu à l'offre de tenir le procès plus tôt faite par le ministère public, ce dernier et le tribunal auraient été en mesure de s'accommoder d'une date d'instruction plus rapprochée. Au contraire, les seuls éléments de preuve dont disposait le juge de première instance indiquaient que les dates d'instruction les plus rapprochées étaient celles proposées en septembre 2012.

[123] Cela dit, la défense devrait assumer une part de responsabilité pour le délai qui a résulté de l'ajournement de l'enquête préliminaire ordonné parce que son avocat n'était pas disponible pour présenter ses observations finales le 22 décembre 2010, soit la dernière journée prévue pour l'enquête préliminaire. Nous sommes cependant d'avis d'attribuer seulement un mois et demi de ce retard à la défense puisque, selon la preuve, l'avocat du ministère public ne pouvait pas se présenter à la première date disponible pour la reprise de l'enquête préliminaire, soit le 3 février 2011.

[124] Au total, la défense a donc renoncé à invoquer une période de quatre mois, et un mois et

delay were caused solely by the defence. This leaves a remaining delay of 44 months, an amount that vastly exceeds the presumptive ceiling of 30 months in the superior court. The burden is therefore on the Crown to demonstrate that the delay is reasonable in light of exceptional circumstances.

[125] There is nothing in the record to indicate that any discrete, exceptional circumstances arose. And although particularly complex cases may present an exceptional circumstance, this is not one of those cases. In terms of the legal issues, while Mr. Jordan was initially charged along with nine other co-accused, this number quickly dropped as the case progressed. At the time of trial, only one co-accused remained on the indictment with Mr. Jordan. Further, none of the alleged offences involved novel or complex points of law. Relatively few pre-trial applications were scheduled. In short, the legal issues in Mr. Jordan's case were not particularly complex.

[126] As for the evidence, it was substantial but it was relatively straightforward. It consisted of surveillance evidence by police officers, undercover buys by police officers, a small amount of expert evidence regarding how dial-a-dope operations are conducted, and a search warrant for Mr. Jordan's apartment. There was nothing particularly complex about this evidence.

[127] In the end, while the case against Mr. Jordan may have been moderately complex given the amount of evidence and the number of co-accused, it was not so exceptionally complex that it would justify a delay of 44 months (excluding defence delay).

[128] However, since Mr. Jordan's charges were brought prior to the release of this decision, we must also consider whether the transitional exceptional circumstance justifies the delay. In our view, it does not. We recognize that the Crown was operating without notice of this change in the law within

deuxièmes de retard lui est exclusivement attribuable. Il reste donc un délai de 44 mois, soit un délai qui excède considérablement le plafond présumé de 30 mois pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Il appartient donc au ministère public de démontrer que ce délai a été raisonnable, compte tenu de circonstances exceptionnelles.

[125] Rien dans le dossier n'indique que soient survenues des circonstances uniques ou exceptionnelles. En outre, même si le caractère particulièrement complexe de certaines causes peut constituer une circonstance particulière, la présente cause n'en est pas une qui ait ce caractère. En ce qui a trait aux questions juridiques, même si M. Jordan a été accusé à l'origine conjointement avec neuf coaccusés, ce nombre a rapidement diminué au fur et à mesure que le dossier progressait. Au moment du procès, il ne restait sur la dénonciation qu'un seul coaccusé avec M. Jordan. De plus, aucune des infractions reprochées ne soulevait de points de droit nouveaux ou complexes. Relativement peu de requêtes avant procès ont été fixées pour audition. Bref, les questions de droit soulevées dans le dossier de M. Jordan n'étaient pas particulièrement complexes.

[126] Quant à la preuve, elle était volumineuse, mais relativement simple. Il s'agissait d'une preuve de surveillance policière, d'achats clandestins effectués par des policiers, d'une courte preuve d'expert sur la façon dont les opérations de ventes de drogues sur appel sont menées et d'un mandat de perquisition visant l'appartement de M. Jordan. Cette preuve n'avait rien de particulièrement complexe.

[127] En définitive, si le dossier opposé à M. Jordan a pu être moyennement complexe compte tenu de la somme d'éléments de preuve et du nombre de coaccusés, il n'était pas exceptionnellement complexe au point de justifier un délai de 44 mois (excluant le délai attribuable à la défense).

[128] Cela dit, puisque les accusations contre M. Jordan ont été portées avant le prononcé de la présente décision, nous devons également déterminer si les circonstances sont telles qu'il est justifié d'appliquer une mesure transitoire exceptionnelle dans le cadre de l'examen du délai. À notre avis, ce

a jurisdiction with some systemic delay issues. But a total delay of 44 months (excluding defence delay), of which the vast majority was either Crown or institutional delay, in an ordinary dial-a-dope trafficking prosecution is simply unreasonable regardless of the framework under which the Crown was operating. Therefore, it cannot be said that the Crown's reliance on the previous state of the law was reasonable.

[129] We note that a good portion of the delay resulted from the inaccurate assessment of the time required for the preliminary inquiry, and in particular, the Crown's failure to communicate with the parties with a view to tying down the evidence that it needed to call at the preliminary inquiry. A similar problem occurred with the trial. While the fault for the delay in bringing this matter to trial certainly did not lie solely with Crown counsel, it is equally clear that the Crown prosecutors assigned to the case did not have a solid plan for bringing the matter to trial within a reasonable time. The Crown was aware of potential s. 11(b) issues as early as December 2010, yet it took few steps to expedite the matter. Instead, the Crown was content to rely on an overly large estimate of trial time without attempting to streamline the issues or consider severing the co-accused from the indictment.

[130] The Crown did make a good faith effort to bring the matter to trial more quickly in light of the s. 11(b) issue when Crown counsel wrote to defence counsel in July 2011 with a revised estimate of the length of the Crown's case. But by this point, approximately 31 months had already elapsed from the date of Mr. Jordan's charges. This is a substantial length of time to wait before making efforts to expedite the matter. At this point, the scheduled trial was still more than a year away.

n'est pas le cas. Certes, le ministère public agissait sans connaissance de ce changement du droit et dans un ressort aux prises avec certains problèmes de retard systémique. Un total de 44 mois (excluant le délai attribuable à la défense) dont la majeure partie était imputable au ministère public ou d'ordre institutionnel pour une poursuite ordinaire pour vente de drogue sur appel est néanmoins tout simplement déraisonnable, quel qu'ait été le cadre d'analyse suivant lequel agissait le ministère public. On ne peut donc affirmer que le ministère public s'est fié d'une manière qui soit raisonnable à l'état du droit qui prévalait auparavant.

[129] Notons qu'une part importante du délai a découlé de la mauvaise évaluation du temps nécessaire pour procéder à l'enquête préliminaire, et notamment, de l'omission par le ministère public de communiquer avec les parties afin de préciser quelle preuve il devait produire durant cette enquête préliminaire. Un problème similaire s'est posé quant au procès. S'il est vrai que le temps qu'il a fallu pour amener le présent dossier à procès n'est pas uniquement attribuable à l'avocat du ministère public, il est tout aussi manifeste que les procureurs de ce dernier assignés au dossier n'avaient pas de stratégie solide pour que le procès se tienne dans un délai raisonnable. Le ministère public savait, dès décembre 2010, que des questions fondées sur l'al. 11b) étaient susceptibles d'être soulevées. Or, il n'a pris que peu de mesures pour accélérer le processus. Il s'est plutôt contenté de s'appuyer sur une estimation exagérée de la durée du procès sans tenter de simplifier les questions en litige ou d'examiner la possibilité de dissocier le coaccusé de l'acte d'accusation.

[130] Le ministère public a bel et bien fait un effort de bonne foi pour accélérer la tenue du procès, vu la question de l'al. 11b), lorsque sa représentante a écrit à l'avocat de la défense en juillet 2011 pour lui faire part d'un estimé révisé de la durée de la présentation de sa preuve. À ce moment, il s'était toutefois déjà écoulé environ 31 mois depuis le dépôt des accusations contre M. Jordan, soit une période considérable avant de faire des efforts pour accélérer les choses, d'autant plus que, à ce point, il restait encore un an avant la date prévue du procès.

[131] While the Crown did make some efforts to bring the matter to trial more quickly, these efforts were too little and too late. The previous state of the law cannot reasonably support the Crown's conduct. And the systemic delay problems that existed in the Surrey Provincial Court at the time cannot justify the delay either. As discussed, much of the institutional delay could have been avoided had the Crown proceeded on the basis of a more reasonable plan.

[132] To the extent that the trial judge held that this delay was reasonable under the *Morin* framework, he erred. Citing the Court of Appeal's decision in *R. v. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74, at para. 52, he incorrectly held that institutional delay is entitled to less weight than delay within the Crown's control. The parties agree that this was in error.

[133] It follows that the delay was unreasonable and Mr. Jordan's s. 11(b) right was infringed.

VII. Conclusion

[134] The right to a trial within a reasonable time has aptly been described as "discipline for the justice system", in that it may cause "discomfort in the short term but [it will bring] achievement in the long term" (Code, at pp. 133-34).

[135] In this case, the system was undisciplined. It failed. Mr. Jordan's s. 11(b) right was breached when it took 49.5 months to bring him to trial. All the parties were operating within the culture of complacency towards delay that has pervaded the criminal justice system in recent years. There is simply no reasonable explanation for why the matter took as long as it did. The appeal must be allowed, the convictions set aside and a stay of proceedings entered.

[131] Même si le ministère public a fait certains efforts pour que le procès se tienne plus rapidement, c'était trop peu trop tard et l'état antérieur du droit ne peut pas raisonnablement justifier sa conduite. Les problèmes de retard systémique que connaissait la Cour provinciale au palais de justice de Surrey à l'époque ne sauraient non plus justifier le délai. Rappelons que le délai institutionnel aurait pu être évité en bonne partie si le ministère public avait procédé sur la base d'un plan plus raisonnable.

[132] Le juge du procès a commis une erreur en concluant que, en l'espèce, le délai était raisonnable suivant le cadre établi dans *Morin*. Citant l'arrêt de la Cour d'appel *R. c. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74, par. 52, il a conclu à tort que le délai institutionnel a moins d'importance que celui dont est responsable le ministère public. Les parties s'entendent pour dire qu'il s'agissait là d'une erreur.

[133] Le délai écoulé était donc déraisonnable et le droit de M. Jordan protégé par l'al. 11b) a été violé.

VII. Conclusion

[134] Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable a été décrit avec justesse comme représentant une forme de [TRADUCTION] « discipline pour le système judiciaire », en ce sens que cette discipline peut occasionner « certains désagréments à court terme, mais [qu'elle donnera] des résultats à long terme » (Code, p. 133-134).

[135] En l'espèce, le système de justice a manqué de discipline. Il a échoué. Le fait qu'il a fallu 49 mois et demi pour que M. Jordan se rende à procès constitue une atteinte au droit que lui garantit l'al. 11b). Toutes les parties travaillaient dans une culture de complaisance à l'égard des délais qui s'est répandue dans le système de justice criminelle ces dernières années. Il n'existe tout simplement aucune explication raisonnable pour justifier un aussi long délai en l'espèce. L'appel doit être accueilli, les déclarations de culpabilité être annulées et un arrêt des procédures être ordonné.

[136] We agree with Cromwell J. that our differences of opinion are indeed fundamental. In our view, given the considerable doctrinal and practical problems confronting the *Morin* approach, further minor refinements to the model are incapable of responding to the challenges facing timely justice in this country.

[137] Real change will require the efforts and coordination of all participants in the criminal justice system.⁵

[138] For Crown counsel, this means making reasonable and responsible decisions regarding who to prosecute and for what, delivering on their disclosure obligations promptly with the cooperation of police, creating plans for complex prosecutions, and using court time efficiently. It may also require enhanced Crown discretion for resolving individual cases. For defence counsel, this means actively advancing their clients' right to a trial within a reasonable time, collaborating with Crown counsel when appropriate and, like Crown counsel, using court time efficiently. Both parties should focus on making reasonable admissions, streamlining the evidence, and anticipating issues that need to be resolved in advance.

[139] For the courts, this means implementing more efficient procedures, including scheduling practices. Trial courts may wish to review their case management regimes to ensure that they provide the tools for parties to collaborate and conduct cases efficiently. Trial judges should make reasonable efforts to control and manage the conduct of trials. Appellate courts must support these efforts by affording deference to case management choices made by courts below. All courts, including this

⁵ See, for example, some of the recommendations contained in *LeSage* and *Code*.

[136] Nous convenons avec le juge Cromwell que nos divergences d'opinions sont fondamentales. À notre avis, compte tenu du grand nombre de problèmes sur les plans tant théorique que pratique auxquels se bute l'approche préconisée par l'arrêt *Morin*, apporter des ajustements mineurs supplémentaires à ce modèle ne saurait permettre de relever les défis auxquels on fait face dans l'ensemble du pays lorsqu'il s'agit de rendre justice en temps utile.

[137] Un changement réel nécessitera que tous les participants au système de justice criminelle fassent des efforts et se coordonnent⁵.

[138] Pour l'avocat du ministère public, cela signifie qu'il devra prendre des décisions raisonnables et responsables lorsqu'il s'agira de déterminer qui — et pour quelle infraction — poursuivre, de s'acquitter de ses obligations de communication de la preuve rapidement en collaboration avec la police, d'établir des plans pour les poursuites complexes et d'utiliser de façon efficace le temps du tribunal. Il pourrait aussi être nécessaire que le ministère public dispose d'un pouvoir discrétionnaire accru pour qu'il puisse résoudre certains cas particuliers. L'avocat de la défense, pour sa part, devra faire valoir activement les droits de son client à un procès tenu dans un délai raisonnable, collaborer avec l'avocat du ministère public lorsque cela sera indiqué et, tout comme ce dernier, utiliser de façon efficace le temps du tribunal. Les deux parties devront être soucieuses de faire des admissions raisonnables, de simplifier la preuve et d'anticiper les questions devant être tranchées à l'avance.

[139] Pour leur part, les tribunaux devront mettre en œuvre des procédures plus efficaces, notamment des pratiques d'établissement de calendriers pour les procès. Les tribunaux de première instance souhaiteront peut-être revoir leurs régimes de gestion des instances pour s'assurer que ceux-ci fournissent aux parties les outils nécessaires pour collaborer et mener les dossiers de façon efficace. Les juges devront en outre faire des efforts raisonnables pour diriger et gérer le déroulement des procès. Les tribunaux d'appel

⁵ Voir, par exemple, certaines des recommandations énoncées dans *LeSage* et *Code*.

Court, must be mindful of the impact of their decisions on the conduct of trials.

[140] For provincial legislatures and Parliament, this may mean taking a fresh look at rules, procedures, and other areas of the criminal law to ensure that they are more conducive to timely justice and that the criminal process focusses on what is truly necessary to a fair trial. Legal Aid has a role to play in securing the participation of experienced defence counsel, particularly for long, complex trials. And Parliament may wish to consider the value of preliminary inquiries in light of expanded disclosure obligations. Government will also need to consider whether the criminal justice system (and any initiatives aimed at reducing delay) is adequately resourced.

[141] Thus, broader structural and procedural changes, in addition to day-to-day efforts, are required to maintain the public's confidence by delivering justice in a timely manner. Timely trials are possible. More than that, they are constitutionally required.

The reasons of McLachlin C.J. and Cromwell, Wagner and Gascon JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

A. *Overview*

[142] Every person charged with an offence in Canada has a constitutional right to be tried within a reasonable time: *Canadian Charter of Rights and*

devront appuyer ces efforts en faisant preuve de déférence à l'égard des choix des cours de première instance en matière de gestion des instances. Enfin, tous les tribunaux, y compris la Cour, devront tenir compte de l'impact de leurs décisions sur le déroulement des procès.

[140] Les législatures provinciales et le Parlement pourront quant à eux jeter un regard neuf sur les règles, les procédures et les autres secteurs du droit criminel pour s'assurer, d'une part, que ceux-ci soient plus propices à permettre que justice soit rendue en temps utile, et, d'autre part, que la procédure criminelle mette l'accent sur ce qui est vraiment nécessaire pour la tenue d'un procès équitable. Les services d'aide juridique auront un rôle à jouer lorsqu'il s'agira d'assurer la participation d'avocats de la défense expérimentés, en particulier pour les procès longs et complexes. Par ailleurs, le Parlement voudra peut-être se pencher sur la question de la valeur des enquêtes préliminaires à la lumière des obligations accrues en matière de communication de la preuve. Le gouvernement devra aussi examiner si le système de justice criminelle bénéficie de ressources suffisantes, notamment pour appuyer les initiatives visant à réduire les délais.

[141] Ainsi, pour permettre aux tribunaux de maintenir la confiance du public en rendant justice en temps utile, il faut apporter des changements structurels et procéduraux supplémentaires au système en plus de fournir des efforts quotidiens. Instruire les procès en temps utile est possible. Mais plus encore, la Constitution l'exige.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Wagner et Gascon rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

A. *Vue d'ensemble*

[142] Au Canada, en application de l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, tout inculpé a le droit constitutionnel d'être jugé dans un

Freedoms, s. 11(b). The right has ancient origins and finds expression across legal systems. In the Great Charter of 1215 (the *Magna Carta*) the King promised that “[t]o no one will we . . . delay right or justice”: clause 40. The *International Covenant on Civil and Political Rights* (1966), Can. T.S. 1976 No. 47, calls for trial “without undue delay”: art. 14(3)(c). A right of this nature is also found in the United States, New Zealand, Australia, India, South Africa, the Caribbean, the United Kingdom, Ireland, and in the European Union, among others: see Justice C. Hill and J. Tatum, “Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remediating Unreasonable Delay under the Charter” (paper presented at the Crown Defence Conference in Winnipeg September 2012) (online), at p. 59.

[143] This Court over the last 30 years has developed a sophisticated jurisprudence for dealing with allegations of s. 11(b) breaches: see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; and *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3. The framework developed in this jurisprudence, which is most fully set out in *Morin*, identifies the many considerations that should be taken into account in order to determine whether the time to try a particular criminal case is reasonable.

[144] Determining reasonableness requires a court to balance a number of factors, including the length of the delay, waiver of any time periods by the accused, the reasons for the delay, including the time requirements for the case, the actions of the parties, limitations on institutional resources, and prejudice to the person charged. It is necessary to consider these factors on a case-by-case basis: the answer to the question of whether an accused is tried within a reasonable time is inherently case-specific.

délaï raisonnable. Ce droit, dont les origines sont anciennes, est reconnu dans plusieurs systèmes juridiques. Dans la Grande Charte de 1215 (la *Magna Carta*), le roi avait pris l’engagement que [TRADUCTION] « [n]ous ne [. . .] refuserons ou différerons le droit d’obtenir justice à personne » : clause 40. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966), R.T. Can. 1976 n° 47, prévoit le droit d’être jugé « sans retard excessif » : art. 14(3)c). Des garanties semblables existent aussi notamment aux États-Unis, en Nouvelle-Zélande, en Australie, en Inde, en Afrique du Sud, dans les Antilles, au Royaume-Uni, en Irlande et au sein de l’Union européenne : voir le juge C. Hill et J. Tatum, « Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remediating Unreasonable Delay under the Charter » (document présenté à la conférence conjointe des procureurs du ministère public et des avocats de la défense tenue à Winnipeg septembre 2012) (en ligne), p. 59.

[143] Au cours des 30 dernières années, la Cour a élaboré une jurisprudence subtile pour traiter des allégations de violation de l’al. 11b) de la *Charte* : voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; et *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3. Le cadre d’analyse qui a été élaboré dans cette jurisprudence, et dont on trouve l’exposé le plus complet dans l’arrêt *Morin*, dresse la liste des nombreux facteurs qui doivent être pris en compte afin de juger du caractère raisonnable ou non du délai qu’il a fallu pour juger une affaire criminelle donnée.

[144] L’examen du caractère raisonnable oblige le tribunal à mettre en balance un certain nombre de facteurs, dont la longueur du délai, la renonciation par l’accusé à invoquer certaines périodes dans le calcul du délai, les raisons du délai — y compris le délai nécessaire au traitement de l’affaire —, les agissements des parties, les limites des ressources institutionnelles et le préjudice subi par l’accusé. Il est nécessaire d’examiner ces facteurs au cas par cas puisque la réponse à la question de savoir si l’accusé a été jugé dans un délai raisonnable est fondamentalement propre à chaque affaire.

[145] There is much wisdom, based on accumulated experience, in the Court's jurisprudence about unreasonable delay. But the Court has made adjustments over time and has been clear that further adjustments will likely need to be made in the future. As Sopinka J. wrote in *Morin*, "Embarking as we did on uncharted waters it is not surprising that the course we steered has required, and may require in the future, some alteration in its direction to accord with experience": p. 784. To be sure, some issues that need clarification have arisen in the case law and this appeal provides an opportunity to provide such clarification. But the orientation of our jurisprudence to case-specific determinations of reasonableness is sound. With modest adjustments to make the analysis more straightforward and with some additional clarification, that approach will continue to ensure that the constitutional right of accused persons to be tried in a reasonable time is defined and applied in a way that appropriately balances the many relevant considerations.

[146] My reasons on this appeal and those of my colleagues, Justices Moldaver, Karakatsanis and Brown, present contrasting visions of how our s. 11(b) jurisprudence should develop.

[147] My colleagues would define reasonableness by assigning a number of months of delay — "ceiling[s]" (para. 5) — that will be taken to be reasonable unless the accused establishes not only that the case took markedly longer than it reasonably should have, but also that he or she took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings. As I see it, this is not an appropriate approach to interpreting and applying the s. 11(b) right for several reasons. First, reasonableness cannot be captured by a number; the ceilings substitute a right for "trial under the ceiling[s]" (para. 74) for the constitutional right to be tried within a reasonable time. Second, creating these

[145] La jurisprudence de la Cour sur les délais déraisonnables est empreinte de sagesse, vu l'expérience accumulée au fil des ans. La Cour y a pourtant effectué avec le temps des rajustements et a exprimé clairement que d'autres correctifs devront encore probablement y être apportés. En effet, ainsi que le juge Sopinka l'a écrit dans l'arrêt *Morin*, « [n]aviguant comme nous l'avons fait en eaux inconnues, il n'est pas surprenant que le cap que nous avons adopté ait nécessité certaines modifications pour se conformer à l'expérience et qu'il pourra en exiger d'autres à l'avenir » : p. 784. La jurisprudence démontre certes qu'il est nécessaire de préciser le cadre d'analyse, et le présent pourvoi nous donne l'occasion de le faire. L'orientation générale de notre jurisprudence qui consiste à juger du caractère raisonnable en fonction des particularités de chaque affaire est toutefois judicieuse. Sous réserve de quelques rajustements pour simplifier l'analyse et de certains éclaircissements supplémentaires, cette approche nous permettra de continuer de veiller à ce que la définition et l'application du droit constitutionnel de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable mettent comme il se doit en balance les nombreux facteurs pertinents.

[146] Les motifs que j'expose dans le présent pourvoi et ceux que formulent mes collègues, les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown, s'opposent sur l'évolution à donner à la jurisprudence relative à l'al. 11b).

[147] Mes collègues définissent le caractère raisonnable en fixant à un certain nombre de mois — des « plafond[s] » (par. 5) — les délais qui seront jugés raisonnables, à moins que l'accusé établisse non seulement que le procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être, mais également qu'il a pris des mesures véritables qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance. À mon sens, ce n'est pas la bonne manière d'interpréter ou d'appliquer le droit garanti par l'al. 11b), et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, le caractère raisonnable ne peut être déterminé par un nombre, puisque les plafonds substituent alors au droit d'être jugé dans un délai

types of ceilings is a task better left to legislation. Third, the ceilings are not supported by the record or by my colleagues' analysis of the last 10 years of s. 11(b) jurisprudence and have not been the subject of adversarial debate. Fourth, there is a serious risk that the introduction of these ceilings will put thousands of cases at risk of being judicially stayed. Fifth, the ceilings are unlikely to achieve the simplicity that is claimed for them. Finally, setting aside 30 years of jurisprudence and striking out in this new direction is unnecessary. My colleagues easily conclude that our existing jurisprudence supplies a clear answer to this appeal: paras. 125 and 128. I agree with them that it does: the appeal must be allowed and a stay of proceedings entered.

[148] In contrast, my view is that a reasonable time for trial under s. 11(b) cannot and should not be defined by numerical ceilings. The accumulated wisdom of the past 30 years of jurisprudence, modestly clarified, provides a workable framework to determine whether the right to be tried in a reasonable time has been breached in a particular case.

B. *The Nature of the Section 11(b) Right*

[149] The right to be tried within a reasonable time is easy to state and understand: people charged with offences should be tried within a reasonable time. Determining whether the right has been breached in a specific case, however, may be far from straightforward. The right is by its very nature fact-sensitive and case-specific. There are several reasons for this.

raisonnable le droit à un « procès dans un délai inférieur au[x] plafond[s] » : par. 74. Deuxièmement, il vaut mieux laisser la création de ce genre de plafonds au législateur. Troisièmement, ni le dossier ni l'analyse de la jurisprudence des 10 dernières années relative à l'al. 11b) effectuée par mes collègues ne justifient les plafonds établis et ceux-ci n'ont en outre pas fait l'objet d'un débat contradictoire. Quatrièmement, l'introduction de ces plafonds risque sérieusement d'obliger les tribunaux à prononcer l'arrêt des procédures dans des milliers d'affaires. Cinquièmement, il est peu probable que l'application des plafonds soit aussi simple qu'on le prétend. Enfin, il n'est pas nécessaire d'écarter 30 ans de jurisprudence et d'aller dans une nouvelle direction qui n'en tient pas compte. Mes collègues sont facilement arrivés à la conclusion que la jurisprudence actuelle de la Cour permet de répondre clairement à la question posée par le présent pourvoi : par. 125 et 128. Je suis d'accord avec eux sur ce point : le pourvoi doit être accueilli et l'arrêt des procédures doit être ordonné.

[148] J'estime par contre que le délai raisonnable pour juger un accusé, au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 11b), ne peut ni ne devrait être défini par des plafonds numériques. La sagesse qui se dégage de l'expérience accumulée par 30 années de jurisprudence fournit, avec de modestes éclaircissements, un cadre d'analyse réaliste pour déterminer si, dans une affaire donnée, il a été porté atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

B. *Nature du droit protégé par l'al. 11b)*

[149] Il est facile d'énoncer et de comprendre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les personnes accusées d'avoir commis des infractions devraient être jugées dans un délai raisonnable. La réponse à la question de savoir s'il y a eu atteinte à ce droit dans une affaire donnée est, elle, toutefois, loin d'être simple. Ce droit est intrinsèquement fonction des faits et des particularités de chaque affaire, ce qui s'explique par plusieurs facteurs.

[150] First, the term “delay” is not entirely apt. While delay has a pejorative connotation, delay, in the sense of the passage of time, is inherent in any legal proceeding. In fact, some delay may be desirable. As stated by Lamer J., dissenting but not on this point, with Dickson C.J. concurring, undue haste itself can make a trial unfair: see *Mills*, at p. 941. Therefore, delay only becomes problematic when it is unreasonable.

[151] Second, unreasonableness is not conducive to being captured by a set of rules: a reasonable time for the disposition of one case may be entirely unreasonable for another. Reasonableness is an inherently contextual concept, the application of which depends on the particular circumstances of each case. This makes it difficult and in fact unwise to try to establish the reasonable time requirements of a case by a numerical guideline. Inevitably, the ceiling will be too high for some cases and too low for others. More fundamentally, a fixed guideline is inconsistent with the notion of reasonableness in the context of the infinitely varied situations that arise in real cases.

[152] Third, the *Charter* protects only against state action. Even if a case took too long to be dealt with, there will only be a breach of the right if that unreasonable delay counts against the state. And so it follows that the focus is not on unreasonable delay in general, but on unreasonable delay that properly counts against the state. We must therefore attribute responsibility for the delay that has occurred and only factor in the delay which can fairly be counted against the state in deciding whether the *Charter* right has been infringed.

[153] Finally, s. 11(b) implicates several distinct interests, both individual and societal. Excessive delay implicates the liberty, security, and fair trial

[150] Premièrement, il faut admettre que le mot « délai » n’est pas le terme le mieux choisi. Bien qu’il comporte, en anglais, une connotation péjorative, le mot « délai », au sens de passage du temps, est indissociable de toute procédure judiciaire. En fait, un certain délai peut même être souhaitable. Ainsi que l’a affirmé le juge Lamer, dissident, mais pas sur ce point (avec l’appui du juge en chef Dickson), la précipitation elle-même peut provoquer une atteinte au droit à un procès équitable : voir *Mills*, p. 941. Un délai ne devient donc problématique que lorsqu’il est déraisonnable.

[151] Deuxièmement, la notion de caractère déraisonnable se prête mal à l’établissement de règles : en effet, ce qui constitue un délai raisonnable pour trancher une affaire peut s’avérer tout à fait déraisonnable dans un autre cas. Le caractère raisonnable est un concept intrinsèquement contextuel et son application dépend des circonstances particulières de chaque espèce. Il est donc difficile et, en fait, imprudent de tenter de définir le délai qui serait raisonnable dans une affaire donnée au moyen d’une valeur numérique. Inévitablement, le plafond sera trop élevé dans certaines affaires et trop bas dans d’autres. Plus fondamentalement, l’établissement de lignes directrices fixes ne cadre pas avec la notion de caractère raisonnable dans la mesure où la réalité donne lieu à des situations infiniment variées.

[152] Troisièmement, la *Charte* ne protège que contre les agissements de l’État. Même si l’instruction d’une affaire accuse d’importants retards, on ne pourra conclure qu’il y a eu atteinte au droit d’être jugé dans un délai raisonnable que si le délai en cause peut être reproché à l’État. Il s’ensuit donc qu’il faut mettre l’accent non pas sur le délai déraisonnable dans son ensemble, mais sur le délai déraisonnable qui peut être légitimement imputé à l’État. Pour décider s’il y a eu atteinte au droit protégé par la *Charte*, il faut donc attribuer la responsabilité du délai qui est survenu et ne tenir compte que de celui que l’on peut légitimement imputer à l’État.

[153] Enfin, l’alinéa 11b) fait intervenir plusieurs intérêts distincts, sur les plans à la fois individuel et social. Les délais excessifs mettent en cause le droit

interests of persons charged, as well as society's interest in the prompt disposition of criminal matters and in having criminal matters determined on their merits: *Morin*, at p. 786. Historically, the liberty interest was the focus: *Mills*, at p. 918, per Lamer J.; *Rahey*, at p. 642, per La Forest J., concurring.

[154] More recently, the “overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation” — the stigmatization, loss of privacy, stress and anxiety of those awaiting trial — has been recognized as implicating the security of the person charged: *Rahey*, at p. 605, per Lamer J., quoting A. G. Amsterdam, “Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies” (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525, at p. 533; see also *Mills*, at pp. 919-20. As Cory J. for the majority put it in *Askov*, at p. 1219:

There could be no greater frustration imaginable for innocent persons charged with an offence than to be denied the opportunity of demonstrating their innocence for an unconscionable time as a result of unreasonable delays in their trial. The time awaiting trial must be exquisite agony for accused persons and their immediate family.

[155] A third interest protected by s. 11(b) is the accused's interest in mounting a full and fair defence. As Sopinka J. said in *Morin*, the “right to a fair trial is protected [by s. 11(b)] by attempting to ensure that proceedings take place while evidence is available and fresh”: p. 786. When delay is present, “justice may be denied. Witnesses forget, witnesses disappear. The quality of evidence may deteriorate”: p. 810, per McLachlin J. (as she then was), concurring. Delay “can prejudice the ability of the defendant to lead evidence, cross-examine witnesses, or otherwise to raise a defence”: *Godin*, at para. 30.

[156] Finally, the right to be tried within a reasonable time has a societal dimension: see e.g. *Askov*, at p. 1219, per Cory J. But societal interests do not

à la liberté et à la sécurité de l'accusé ainsi que son droit à un procès équitable. Ils ont aussi une incidence sur l'intérêt de la société à ce que les affaires criminelles soient jugées au fond rapidement : *Morin*, p. 786. Auparavant, l'accent était mis sur le droit à la liberté : *Mills*, p. 918, le juge Lamer; *Rahey*, p. 642, avec l'appui du juge La Forest.

[154] Plus récemment, on a reconnu que [TRADUCTION] « [l']assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante » — la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à sa vie privée ainsi que la tension et l'angoisse des personnes en attente d'un procès — compromettrait aussi la sécurité de l'inculpé : *Rahey*, p. 605, le juge Lamer citant A. G. Amsterdam, « Speedy Criminal Trial : Rights and Remedies » (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 525, p. 533; voir également *Mills*, p. 919-920. Ainsi que le juge Cory l'a expliqué dans l'arrêt *Askov*, p. 1219 :

Il est difficile d'imaginer pire frustration pour des personnes innocentes qui sont accusées d'une infraction que celle d'être privées pendant un temps démesurément long de la possibilité de prouver leur innocence, et cela, en raison de délais excessifs à leur faire subir leur procès. L'attente d'un procès doit être un supplice pour les accusés et leur famille immédiate.

[155] Le droit de l'accusé de préparer une défense pleine et entière est le troisième droit que garantit l'al. 11b). Ainsi que le juge Sopinka l'a écrit dans l'arrêt *Morin*, « [p]our ce qui est du droit à un procès équitable, il est protégé [par l'al. 11b)] par la tentative de faire en sorte que les procédures aient lieu pendant que la preuve est disponible et récente » : p. 786. « Lorsque les procès sont retardés, il peut y avoir déni de justice. Des témoins oublient ou disparaissent. La qualité de la preuve peut se détériorer » : p. 810, avec l'appui de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef). Les délais « peuvent compromettre [la] capacité [de l'accusé] de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins ou de se défendre autrement » : *Godin*, par. 30.

[156] Enfin, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable comporte une dimension sociale : voir, p. ex., *Askov*, p. 1219, le juge Cory. Cela dit, les

all point in the same direction. On one hand, the wider community has an interest in “ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law” (pp. 1219-20) and in “preventing an accused from using the [s. 11(b)] guarantee as a means of escaping trial”: p. 1227. On the other hand, there is a broad societal interest in ensuring that individuals on trial are “treated fairly and justly”: p. 1220. The community benefits “by the quick resolution of the case either by reintegrating into society the accused found to be innocent or if found guilty by dealing with the accused according to the law” and witnesses and victims benefit from a prompt resolution of a criminal matter: *ibid.*

[157] While the right to be tried within a reasonable time implicates all of these interests, it is important to recognize that it is a free-standing right. As Martin J.A. put it in *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73 (Ont. C.A.), at p. 96, cited with approval in *Morin*, at p. 786: “Trials held within a reasonable time have an intrinsic value.” As such, actual impairment of the various interests protected by s. 11(b) “need not be proven by the accused to render the section operative”: *Conway*, at p. 1694, per Lamer J.; see also *Mills*, at p. 926, per Lamer J. The proper approach is to “recognize that prejudice underlies the right, while recognizing at the same time that actual proven prejudice need not be, indeed, is not, relevant to establishing a violation of s. 11(b)”: *Mills*, at p. 926, per Lamer J.

[158] To sum up, the right to be tried in a reasonable time is multi-factored, fact-sensitive, and case-specific. Like other broadly expressed constitutional guarantees, its application to specific cases is unavoidably complex. Our experience to date suggests that the relevant factors and general approach set out in *Morin* respond to these complexities. However, experience also suggests that the way in which *Morin* has come to be applied is unduly complicated and that aspects of the relevant factors require clarification. This can be done without losing

intérêts de la société ne vont pas tous dans le même sens. D’une part, la société dans son ensemble a un intérêt « à s’assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi » (p. 1219) et « à ce que ce droit garanti [par l’al. 11b)] ne devienne pas un moyen pour l’accusé de se soustraire à son procès » : p. 1227. D’autre part, il est dans l’intérêt de la société en général que les personnes appelées à subir leur procès soient « traitées avec justice et équité » : p. 1220. Elle profite « de la célérité avec laquelle la cause arrive à son terme soit par la réinsertion de l’accusé dans la société, s’il est reconnu innocent, soit par l’application des sanctions prévues par la loi, s’il est reconnu coupable », et il est en outre avantageux tant pour les témoins que pour les victimes que les affaires criminelles soient jugées rapidement : *ibid.*

[157] Bien que le droit d’être jugé dans un délai raisonnable fasse intervenir tous ces intérêts, il est important de reconnaître qu’il s’agit d’un droit indépendant. Ainsi que le juge Martin l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73 (C.A. Ont.), p. 96, cité et approuvé dans l’arrêt *Morin*, p. 786 : [TRADUCTION] « Les procès tenus dans un délai raisonnable ont une valeur intrinsèque. » Pour cette raison, « il n’incombe pas à l’accusé de prouver » qu’il y a effectivement eu atteinte à l’un des droits protégés par l’al. 11b) « pour que l’article soit applicable » : *Conway*, p. 1694, le juge Lamer; voir aussi *Mills*, p. 926, le juge Lamer. À mon avis, la démarche appropriée consiste à « reconnaître qu’un préjudice est sous-jacent à ce droit, tout en admettant aussi qu’un dommage réel prouvé n’a pas à être pertinent, ni d’ailleurs ne l’est, pour établir qu’il y a violation de l’al. 11b) » : *Mills*, p. 926, le juge Lamer.

[158] En somme, le droit d’être jugé dans un délai raisonnable est fonction de nombreux facteurs, des faits et des particularités de chaque cas. Tout comme d’autres garanties constitutionnelles exprimées en termes généraux, son application à une affaire donnée est inévitablement complexe. Notre expérience à ce jour nous indique que les facteurs pertinents et l’approche générale décrits dans l’arrêt *Morin* tiennent compte de cette complexité. Toutefois, l’expérience indique également que la façon dont l’arrêt *Morin* a été appliqué est inutilement

the case-specific focus on whether a particular case has been or will be tried within a reasonable time.

II. The Analytical Framework

[159] The purpose of carrying out the s. 11(b) analysis is to decide whether the length of time to try the case which counts against the state is “substantially longer than can be justified on any acceptable basis”: *Smith*, at p. 1138. If so, the delay is unreasonable and in breach of s. 11(b).

[160] The *Morin* framework identifies and describes the many factors that are relevant to whether a delay is reasonable or unreasonable. But one of the limitations of the framework is that it provides little assistance as to how these various factors are to be weighed in order to reach a final conclusion. In order to simplify and clarify this analysis, it will be helpful to regroup the *Morin* considerations under four main analytical steps, which may be framed as questions to guide a court when confronted with a s. 11(b) claim. Doing so will make what is being considered and why more apparent, without losing the necessarily case-specific focus of the reasonableness inquiry. The questions are:

1. Is an unreasonable delay inquiry justified?
2. What is a reasonable time for the disposition of a case like this one?
3. How much of the delay that actually occurred counts against the state?
4. Was the delay that counts against the state unreasonable?

compliquée et que certains aspects des facteurs pertinents nécessitent des éclaircissements. Il est possible de se livrer à cet exercice sans perdre de vue la nécessité d'examiner si une affaire donnée a été ou sera jugée dans un délai raisonnable.

II. Le cadre analytique

[159] L'analyse fondée sur l'al. 11b) vise à décider si la portion du délai écoulé pour juger l'affaire en cause qui peut être imputée au ministère public constitue un délai « beaucoup plus long que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable » : *Smith*, p. 1138. Si oui, le délai est déraisonnable et il porte atteinte au droit protégé par l'al. 11b).

[160] Le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Morin* énumère et décrit les nombreux facteurs pertinents pour déterminer si un délai est ou non raisonnable. Toutefois, ce cadre comporte une lacune, en ce qu'il ne détermine pas vraiment de quelle manière ces différents facteurs doivent être mis en balance pour tirer une conclusion définitive. Pour simplifier et clarifier l'analyse, il est donc utile de regrouper ces facteurs en quatre grandes étapes analytiques que je formulerai sous forme de questions. Ce sont ces dernières qui guideront les cours de justice dans l'analyse d'un moyen fondé sur l'al. 11b). Cet exercice permettra de faire ressortir les éléments à examiner et la raison pour laquelle ils doivent l'être, sans perdre de vue la nécessité de mener l'examen du caractère raisonnable en fonction des particularités de l'affaire. Voici ces questions :

1. L'analyse du délai déraisonnable est-elle justifiée?
2. Quel serait le délai raisonnable pour juger une affaire comme celle dont le tribunal est saisi?
3. Quelle portion du délai effectivement écoulé peut-on attribuer à l'État?
4. Le délai attribuable à l'État était-il déraisonnable?

[161] This framework, along with elaboration of the relevant considerations, will clarify questions that have arisen in this case, namely: whether different periods of delay receive different weighting in the analysis; what is meant by “waiver” by the accused; and what is the role of prejudice in the analysis.

[162] I will now turn to a brief elaboration of each of these four analytical steps.

A. *Is an Unreasonable Delay Inquiry Justified?*

[163] The accused must establish as a threshold matter that there is a basis for the *Charter* inquiry. The court should look to the overall period between the charge and the completion of the trial to determine whether its length is such that it merits further inquiry. As stated by McLachlin J. in her concurring opinion in *Morin*, this determination can be made by referring to “‘norms’ representing the time reasonably taken to bring the offence charged to the point of trial in all the circumstances”: p. 811. If there is no reasonable basis to think that the delay in question is excessive, the accused’s s. 11(b) claim fails and the inquiry stops at this stage.

B. *What Is a Reasonable Time for the Disposition of a Case Like This One?*

[164] This second analytical step is to determine on an objective basis what would be a reasonable time for the trial of a case like the one under review. The objective standard of reasonableness has two components: institutional delay and inherent time requirements of the case. The period of institutional delay is the period that is reasonably required for the court to be ready to hear the case (including interlocutory motions) once the parties are ready to proceed. The reasonable inherent time requirements of the case represent the period of time that is reasonably required for the parties to be ready to proceed and to

[161] Ce cadre d’analyse, auquel viendront se greffer quelques considérations pertinentes, permettra de clarifier des questions qui ont été soulevées en l’espèce, soit : Différents délais sont-ils soupesés différemment dans le cadre de l’analyse? Que doit-on entendre par « renonciation » par l’accusé? Quel rôle joue le préjudice dans l’analyse d’un moyen fondé sur l’al. 11b).

[162] Je vais maintenant passer brièvement en revue chacune des quatre étapes de l’analyse.

A. *L’analyse du délai déraisonnable est-elle justifiée?*

[163] Dans un premier temps, l’accusé doit nécessairement faire la preuve de l’opportunité de procéder à une analyse fondée sur la *Charte*. Le tribunal doit examiner l’ensemble de la période écoulée entre le dépôt des accusations et la clôture du procès pour décider si le temps qu’il a fallu justifie un examen plus approfondi. Je suis d’accord avec l’opinion concordante de la juge McLachlin dans l’arrêt *Morin* selon laquelle il est possible de trouver la réponse à cette question dans des « ‘normes’ qui représentent le temps qu’il faut normalement pour que l’infraction reprochée vienne à l’audience dans toutes les circonstances » : p. 811. S’il n’y a aucun motif raisonnable de croire que le délai en question est excessif, le moyen tiré par l’accusé de l’al. 11b) est mal fondé et l’examen cesse à cette étape.

B. *Quel serait le délai raisonnable pour juger une affaire comme celle dont le tribunal est saisi?*

[164] La deuxième étape de l’analyse est axée sur la recherche de ce qui, objectivement, constituerait une durée de procès raisonnable dans le cas d’une affaire comme celle qui fait l’objet de l’examen. La norme objective du caractère raisonnable comporte deux volets : le délai institutionnel et le délai inhérent au dossier. Le délai institutionnel correspond au temps dont le tribunal a raisonnablement besoin pour être prêt à instruire l’affaire (y compris les requêtes préliminaires), une fois que les parties sont prêtes pour le procès. Le délai inhérent au dossier qui est raisonnable correspond au délai

conclude the trial for a case similar in nature to the one before the court.

[165] Both of these periods of time are to be determined objectively. The acceptable period of institutional delay is determined in accordance with the administrative guidelines for institutional delay set out by this Court in *Morin*: eight to ten months before the provincial courts and six to eight months before the superior courts (see *Morin*, at pp. 798-99). The inherent time requirements of a case, on the other hand, are to be determined on the basis of judicial experience, supplemented by submissions of counsel and evidence in relation to the reasonable time requirements of a case of a similar nature to the one before the court. As I will describe below, these two elements must be distinguished in the s. 11(b) analysis.

(1) Institutional Delay

[166] Institutional delay is the period of time that results from the inadequacy of institutional resources. The period of institutional delay “starts to run when the parties are ready for trial but the system cannot accommodate them”: *Morin*, at pp. 794-95. At this stage of the objective analysis, the court will determine an acceptable period of time for the court to be available to hear the case once the parties are ready to proceed.

(a) *The Morin Administrative Guidelines Are Appropriate for Determining Institutional Delay*

[167] As stated in *Morin*, “Institutional delay is the most common source of delay and the most difficult to reconcile with the dictates of s. 11(b) of the *Charter*”: p. 794. The difficulty arises because we do not live in a “Utopia” in which there is always fully adequate funding, personnel, and facilities in order to administer criminal matters: p. 795.

raisonnablement nécessaire pour que les parties soient prêtes à procéder à l’instruction et pour mener l’affaire jusqu’à son dénouement, dans un dossier d’une nature semblable à celle du dossier dont la cour est saisie.

[165] Ces deux délais doivent être établis de façon objective. Le délai institutionnel acceptable est déterminé selon les lignes directrices administratives applicables à ce type de délai que la Cour a énoncées dans l’arrêt *Morin*, en l’occurrence, entre huit et dix mois pour les instances qui se déroulent devant une cour provinciale et entre six et huit mois pour celles qui se déroulent devant une cour supérieure : voir *Morin*, p. 798-799. En revanche, le délai inhérent à l’affaire est calculé en fonction de l’expérience judiciaire, complétée par les observations des avocats et par des éléments de preuve relatifs aux délais inhérents raisonnables dans des affaires de nature semblable à celle dont le tribunal est saisi. Comme nous le verrons plus loin, il y a lieu d’établir une distinction entre ces deux éléments dans le cadre de l’analyse fondée sur l’al. 11b).

(1) Le délai institutionnel

[166] Le délai institutionnel est la période attribuable à l’insuffisance des ressources institutionnelles. Il « commence lorsque les parties sont prêtes pour le procès mais le système ne peut leur permettre de procéder » : *Morin*, p. 795. À cette étape de l’analyse objective, le tribunal établira ce qui constitue un délai acceptable pour qu’il soit en mesure d’instruire l’affaire une fois que les parties sont prêtes pour le procès.

a) *Les lignes directrices administratives énoncées dans l’arrêt Morin permettent de déterminer le délai institutionnel*

[167] Comme la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Morin*, « [l]e délai institutionnel est la source la plus commune de délai et la plus difficile à faire correspondre aux exigences de l’al. 11b) de la *Charte* » : p. 794. Le problème réside dans le fait que nous ne vivons pas « en Utopie », un pays où le financement, les effectifs et les installations seraient

The courts must account for both the fact that the state does not have unlimited funds to attribute to the administration of the criminal justice system and the fact that an accused has a fundamental *Charter* right to be tried within a reasonable time: *ibid.*

[168] The period of institutional delay is generally not case-specific, unlike the inherent time requirements of a particular case. Institutional delay is therefore more amenable to generalization based on evidence than is the element of the reasonable inherent time requirements of particular types of cases. Moreover, institutional delay is largely the result of government choices about how to allocate resources. Accordingly, the courts “cannot simply accede to the government’s allocation of resources and tailor the period of permissible delay accordingly”: *Morin*, at p. 795.

[169] The *Morin* administrative guidelines, namely eight to ten months for trials in provincial courts and six to eight months for trials before the superior courts, were established on the basis of extensive statistical and expert evidence. There is no basis in the record in this case to revise them and I would therefore confirm these guidelines as appropriate for determining reasonable institutional delay.

(b) *Determining Institutional Delay*

[170] I would add two comments about determining institutional delay using the *Morin* administrative guidelines.

[171] First, in determining where a particular case should fit within the range established by the *Morin* guidelines, the court should consider whether the accused is in remand custody pending trial or subject to stringent bail conditions in identifying a reasonable period of institutional delay for a particular type of case. The period of reasonable institutional delay should generally be at the lower end of the range in these circumstances because these types of cases

toujours parfaitement suffisants pour satisfaire aux besoins de l’administration de la justice criminelle : p. 795. Les tribunaux doivent tenir compte à la fois du fait que l’État ne dispose pas de fonds illimités à consacrer à l’administration du système de justice criminelle et du fait que la *Charte* reconnaît à l’accusé le droit fondamental d’être jugé dans un délai raisonnable : *ibid.*

[168] Le délai institutionnel n’est généralement pas tributaire des particularités de l’affaire en cause, contrairement à son délai inhérent. Il se prête donc mieux à une généralisation fondée sur la preuve que le délai inhérent raisonnable de certains types de causes. De plus, le délai institutionnel résulte en grande partie des choix gouvernementaux en matière de répartition des ressources. Par conséquent, une cour de justice « ne peut pas simplement accepter [cette] répartition [. . .] par le gouvernement et déterminer en conséquence la longueur du délai acceptable » : *Morin*, p. 795.

[169] Les lignes directrices administratives énoncées dans l’arrêt *Morin*, qui sont de huit à dix mois s’agissant des cours provinciales et de six à huit mois s’agissant des cours supérieures, ont été établies à partir d’une abondante preuve statistique et d’expert. En l’espèce, rien dans le dossier ne justifie de les modifier et, en conséquence, je confirme qu’elles conviennent pour déterminer le délai institutionnel raisonnable.

b) *Établissement du délai institutionnel*

[170] Je tiens à ajouter deux commentaires concernant l’établissement du délai institutionnel à partir des lignes directrices administratives énoncées dans l’arrêt *Morin*.

[171] En premier lieu, pour savoir quelles périodes visées par ces lignes directrices conviennent à une affaire donnée, le tribunal devrait se demander si l’accusé est détenu de façon provisoire en attente de son procès ou si sa mise en liberté est assortie de conditions rigoureuses pour déterminer, s’agissant d’un type d’affaires particulier, ce qui constitue un délai institutionnel raisonnable. Un tel délai devrait, en règle générale, se situer à l’extrémité inférieure du

should receive higher priority by the courts. This period might even be shortened below the range described in the guidelines. As Sopinka J. put it *Morin*:

If an accused is in custody or, while not in custody, subject to restrictive bail terms or conditions or otherwise experiences substantial prejudice, the period of acceptable institutional delay may be shortened to reflect the court's concern. [p. 798]

[172] Second, the guidelines should not be understood as precluding allowance for any “sudden and temporary strain on resources” that causes a temporary congestion in the courts: *Morin*, at p. 797. As I discuss at the final step of the analysis, even a properly resourced system will occasionally buckle under an unusually heavy onslaught of work.

(2) The Inherent Time Requirements of the Case

(a) *Introduction*

[173] The inherent time requirements of a case include the time periods that are reasonably necessary to conclude the proceedings for a case similar in nature to the one before the court. In *Morin*, Sopinka J. described some of the inherent time requirements of the case as including the time required “in processing the charge, retention of counsel, applications for bail and other pre-trial procedures” along with “police and administration paperwork, disclosure, etc.”: pp. 791-92. Separate consideration of these inherent time requirements is essential given the almost infinitely variable circumstances of particular cases.

[174] As Lamer J. described in *Mills*, the inquiry into the inherent time requirements of a case will necessarily require judges to “rely heavily upon

spectre en pareilles circonstances, parce que ce type d'affaires devrait se voir accorder une plus grande priorité de la part des tribunaux. Il pourrait peut-être même être plus court que celui prévu par les lignes directrices. Ainsi que le juge Sopinka l'a expliqué dans l'arrêt *Morin* :

Si l'accusé est sous garde ou, bien que n'étant pas sous garde, s'il est assujéti à des conditions de cautionnement restrictives ou s'il subit quelque autre préjudice important, la longueur du délai institutionnel acceptable peut être réduite afin de répondre à la préoccupation du tribunal. [p. 798]

[172] En deuxième lieu, l'interprétation des lignes directrices devrait permettre de tenir compte de toute « pression soudaine et temporaire [sur les ressources] » qui cause un engorgement passager des tribunaux : *Morin*, p. 797. Comme je l'expliquerai lorsque je traiterai de la dernière étape de l'analyse, même un système disposant de ressources suffisantes connaît parfois des ratés en cas de surcharge de travail inusitée.

(2) Le délai inhérent à l'affaire

a) *Introduction*

[173] Le délai inhérent à une affaire s'entend notamment des délais raisonnablement nécessaires pour mener l'instance à son terme dans une affaire de nature semblable à celle dont la cour est saisie. Dans l'arrêt *Morin*, le juge Sopinka a expliqué que, par délai inhérent à une affaire, on entend notamment le temps nécessaire « pour traiter l'accusation, retenir les services d'un avocat, régler les demandes de cautionnement et les autres procédures préalables au procès », mais aussi pour tenir compte de la préparation des « documents de la police et de l'administration, [ainsi que de la] communicatio[n] de la preuve, etc. » : p. 791-792. Il est essentiel que le délai inhérent à une affaire soit examiné séparément, puisque les circonstances varient presque à l'infini d'une affaire à l'autre.

[174] Comme le juge Lamer l'a expliqué dans l'arrêt *Mills*, pour pouvoir déterminer le délai inhérent à une affaire, les juges doivent nécessairement

their practical experience and good sense”: p. 932. Judges should “undertake an objective assessment of the delay which may be required in the circumstances of the case”: *ibid.* This inquiry is “wholly objective” (p. 931):

. . . the court must fix an objective and realistic time period for the preparation of the type of case which is at bar. It must determine the period which would normally be required, taking into account the number of charges, the number of accused, the complexity and volume and similar objective elements, for the preparation and completion of the case [Emphasis added; p. 932.]

In the end, we must rely on the good sense and experience of trial judges to determine what would constitute a reasonable period of time required for a particular type of case.

[175] The inherent time requirements of a case are to be determined objectively on a case-by-case basis.

(b) *Determining the Inherent Time Requirements*

[176] The elements to be considered are the amounts of time reasonably required in processing the charge, retaining counsel, applying for bail, completing police and administration paperwork, making disclosure, dealing with pre-trial applications, preparing for and arguing the preliminary inquiry and/or the trial, and trying a case similar in the nature to the one before the court. Included are such things as the time reasonably required to reschedule after a mistrial, the time to resolve legal issues, the time to convene a judicial pre-trial, and a reasonable time to try the case: see e.g. Hill and Tatum, at pp. 14-15.

[177] If a case is more complex, the estimate of the reasonable time period required to dispose of the case will be higher. Given the type of case before the court, it may be expected that there

« faire largement appel à leur expérience pratique et à leur bon sens » : p. 932. Ils doivent « procéder à une évaluation objective du délai requis dans les circonstances de l’espèce » : *ibid.* Cet examen est « entièrement objectif » (p. 931) :

. . . le tribunal doit fixer une période de temps objective et réaliste pour la préparation du genre d’affaires dont il est saisi. Il doit déterminer le temps qui serait normalement requis, compte tenu du nombre d’accusations, du nombre d’accusés, de la complexité et du volume de l’affaire et d’éléments objectifs similaires, pour la préparation et la constitution du dossier [Je souligne; p. 932.]

En fin de compte, nous devons faire largement appel au bon sens et à l’expérience pratique des juges de première instance pour déterminer ce qui constitue un délai raisonnable nécessaire dans un cas particulier.

[175] Le délai inhérent à une affaire doit être déterminé de façon objective et au cas par cas.

b) *Détermination du délai inhérent*

[176] Les facteurs dont il y a lieu de tenir compte sont les suivants : les délais raisonnablement nécessaires pour traiter l’accusation, pour retenir les services d’un avocat, pour demander un cautionnement, pour s’acquitter des formalités policières et administratives, pour procéder à la communication de la preuve, pour s’occuper des demandes préalables au procès, pour préparer l’enquête préliminaire ainsi que l’instruction et les débats y afférents, et pour instruire une affaire de nature semblable à celle dont la cour est saisie. Il faut aussi tenir compte du temps raisonnablement nécessaire pour fixer une nouvelle date d’instruction en cas d’annulation du procès, de celui nécessaire pour régler des questions de droit, du temps requis pour la tenue d’une conférence préparatoire et de la période raisonnable requise pour juger l’affaire : voir, p. ex., Hill et Tatum, p. 14-15.

[177] Plus l’affaire est complexe, plus le délai raisonnable nécessaire estimé pour décider de l’affaire sera élevé. Selon le type d’affaires dont le tribunal est saisi, on peut s’attendre à un nombre plus élevé

will be more pre-trial motions, or particular types of motions. Most s. 11(b) applications are considered after the fact, and any incidental proceedings to a trial could help guide this analysis. However, courts should avoid *ex post facto* analysis focusing on whether certain motions in the case before them were unreasonably or unnecessarily taken. The objective nature of this inquiry involves an analysis of the type of case before the court, and all the motions and other pre-trial procedures that could reasonably be expected in such a case.

[178] One example is a case involving a large amount of disclosure, where it could reasonably be expected that such disclosure would lengthen the inherent time requirements to try the case. However, disclosure may be a major factor contributing to delay and should be approached on the basis that the Crown has a duty to make disclosure fully, but also promptly. And defence counsel must not engage in unnecessary fishing expeditions. The reasonable estimation of the objective inherent time requirements of a case must assume both prompt disclosure and the absence of unnecessary fishing expeditions.

[179] Also included in the inherent time requirements of a case is the time required for counsel, both Crown and defence, to be available and to prepare the case: see *Morin*, at p. 791. In *Morin*, Sopinka J. noted that the courts must take account of the fact that “counsel for the prosecution and the defence cannot be expected to devote their time exclusively to one case”: p. 792. Or, as I put it in *Godin*, s. 11(b) does not require counsel to “hold themselves in a state of perpetual availability”: para. 23. The court should estimate the reasonable amount of time required for Crown and defence counsel to prepare and to make themselves available in the type of case before them. This estimation is objective, and does not include an analysis of the record which may demonstrate that counsel

de requêtes préalables ou à la présentation de types particuliers de requêtes. La plupart des demandes fondées sur l’al. 11b) sont examinées après coup et toute procédure accessoire à un procès pourrait orienter cette analyse. Toutefois, les tribunaux devraient éviter les analyses a posteriori qui viseraient à déterminer si certaines requêtes présentées en cours d’instance ont été déposées inutilement ou de façon abusive. La nature objective de l’examen suppose que le tribunal analyse le type de dossiers soumis au tribunal, ainsi que toute autre mesure préalable au procès à laquelle on peut raisonnablement s’attendre en pareil cas.

[178] On peut penser, par exemple, à une affaire comportant une quantité importante de documents à communiquer au préalable et dans laquelle on pourrait raisonnablement s’attendre à ce que cette communication prolonge le délai inhérent à l’instruction de l’affaire. Cela dit, la communication préalable est un facteur susceptible de contribuer de manière importante aux délais et elle devrait être envisagée en tenant compte du principe selon lequel le ministère public est non seulement tenu de faire une communication complète, mais qu’il doit le faire sans tarder. Pour leur part, les avocats de la défense ne doivent pas se livrer à des recherches à l’aveuglette inutiles. L’estimation raisonnable du délai objectif inhérent à une affaire doit reposer à la fois sur une communication rapide de la preuve et sur l’absence de recherches à l’aveuglette inutiles.

[179] La détermination du délai inhérent à une affaire tient également compte du temps dont les avocats, tant celui de la poursuite que celui de la défense, ont besoin pour se rendre disponibles et pour préparer la cause : voir *Morin*, p. 791. Dans cet arrêt, le juge Sopinka a fait observer que les tribunaux devaient tenir compte du fait qu’« on ne peut s’attendre que l’avocat de la poursuite et celui de la défense consacrent leur temps exclusivement à une affaire » : p. 792. Autrement dit, comme je l’ai expliqué dans l’arrêt *Godin*, l’al. 11b) n’exige pas que les avocats « demeurent disponibles en tout temps » : par. 23. Le tribunal devrait estimer le délai raisonnable dont l’avocat de la poursuite et celui de la défense ont besoin pour se préparer et pour se rendre disponibles dans le type d’affaire en cause.

was available before or after this estimated time period.

[180] *Morin* provides an example of how this may be done. Sopinka J. specifically found that “[a]n additional period for inherent time requirements must be allowed” for the post-preliminary inquiry “second stage”: p. 793. He further inferred, absent concrete evidence to the contrary, that counsel would have required 2 months to make themselves prepared and available for trial and for the matter to be heard, leaving the other 12 months to institutional delay: pp. 804-6. Similarly, in *R. v. Sharma*, [1992] 1 S.C.R. 814, at pp. 825-26, Sopinka J. estimated 3 months of inherent time requirements in the 12-month period from the set date appearance to the trial date.

[181] Finally, in estimating a reasonable time period for the inherent time requirements of a case, the court should also take into account the liberty interests of the accused. If an accused is in custody or under stringent conditions of release, such as house arrest, counsel and the court system should accord his or her case priority over those of accused persons subject to less onerous conditions pending trial.

(c) *Do the Periods of Institutional Delay and Inherent Time Requirements Overlap?*

[182] The question has arisen of whether the periods of institutional delay (i.e. the time for the court to be ready to hear the matter) and inherent delay (i.e. the time reasonably required for the parties to be ready to proceed and to conclude the trial for a case similar in nature to the one before the court) overlap. On occasion, the elements of institutional and inherent requirements have been intermingled in the application of the s. 11(b) framework such as in considering periods of time during which both counsel and the court are unavailable: see e.g. *C. Ruby*, “Trial

Il s’agit d’une estimation objective, sans analyse du dossier qui pourrait démontrer que l’avocat était disponible avant ou après cette période de temps estimée.

[180] L’affaire *Morin* illustre comment on peut s’y prendre pour procéder à une telle estimation. Le juge Sopinka a expressément conclu qu’« [i]l convient d’accorder une période supplémentaire pour les délais inhérents [au] second volet », postérieur à l’enquête préliminaire : p. 793. Il a également estimé, en l’absence d’éléments de preuve concrets démontrant le contraire, qu’il aurait fallu 2 mois pour que les avocats se préparent et soient disponibles pour le procès et pour que l’affaire soit instruite, de sorte qu’on pouvait attribuer les 12 autres mois au délai institutionnel : p. 804-806. De même, dans l’arrêt *R. c. Sharma*, [1992] 1 R.C.S. 814, p. 825-826, le juge Sopinka a estimé que le délai inhérent représentait 3 des 12 mois du temps écoulé entre la date fixée pour la comparution et la date du procès.

[181] Enfin, pour estimer une période de temps raisonnable en ce qui concerne le délai inhérent à l’affaire, le tribunal devrait également tenir compte du droit à la liberté de la personne garanti à l’accusé. Si ce dernier est en détention ou qu’il est assujéti à des conditions strictes de remise en liberté, telle l’obligation de demeurer en détention à domicile, les avocats et le système de justice devraient accorder la priorité à son dossier par rapport à ceux des accusés qui sont assujétis à des conditions moins strictes en attente de leur procès.

(c) *Le délai institutionnel et le délai inhérent à une affaire se chevauchent-ils?*

[182] La question de savoir si le délai institutionnel — c.-à-d. le temps nécessaire pour que le tribunal soit prêt à instruire l’affaire — et le délai inhérent — c.-à-d. le temps raisonnablement nécessaire pour que les parties soient prêtes à procéder, et ce, jusqu’au dénouement du procès, dans une affaire de nature semblable à celle que le tribunal doit examiner — se chevauchent a été posée. Il est arrivé dans le passé que ces éléments, le délai institutionnel et le délai inhérent, s’entremêlent lors de l’application du cadre d’analyse applicable à une demande fondée

Within a Reasonable Time under Section 11(b): the Ontario Court of Appeal Disconnects from the Supreme Court” (2013), 2 C.R. (7th) 91, at p. 94, citing *Morin*, at p. 793. The short answer to this question of overlap, however, is that, on the objective determination of how much time the case should reasonably take, the two periods are distinct.

[183] The reasonable inherent time requirements are concerned with identifying a reasonable period to get a case similar in nature to the one before the court ready for trial and to complete the trial. The inherent time requirements are not determined, for instance, with reference to the actual availability of particular counsel and court, but rather they are determined by an objective estimation. The other element, the acceptable period of institutional delay, is the amount of time reasonably required for the court to be ready to hear the case once the parties are ready to proceed. This is expressed with reference to the *Morin* guidelines. These guidelines do not relate to inherent time requirements; they reflect only the acceptable period of *institutional delay*.

(3) Conclusion on Objectively Reasonable Time Requirements

[184] To sum up, in assessing a claim under s. 11(b), the courts must first determine the reasonable time requirements, objectively viewed, for the type of case before them. Simply put, the courts must determine how long the case should reasonably take (or have taken). This consists, first, of the length of time required for that type of case to be prepared, heard, and decided (i.e. the case’s inherent time requirements). The second element is the additional time required for the court to be available to hear the parties beyond the point at which they should be prepared to proceed (i.e. the period of institutional delay). This period of institutional delay is assessed by applying the administrative guidelines developed

sur l’al. 11b). Cela s’est produit notamment lorsqu’il fallait tenir compte de périodes pendant lesquelles ni les avocats ni le tribunal n’étaient disponibles : voir, p. ex., C. Ruby, « Trial Within a Reasonable Time under Section 11(b) : the Ontario Court of Appeal Disconnects from the Supreme Court » (2013), 2 C.R. (7th) 91, p. 94, citant l’arrêt *Morin*, p. 793. Cela dit, pour répondre brièvement à cette question du chevauchement, il suffit de signaler que dès lors que l’on détermine de façon objective combien de temps l’instruction de l’affaire devrait raisonnablement prendre, ces deux périodes sont distinctes.

[183] Le concept de délai inhérent raisonnable vise à définir l’espace de temps raisonnable pour qu’une affaire de nature semblable à celle que le tribunal doit examiner soit prête pour le procès, et pour que ce dernier soit instruit. Le délai inhérent n’est pas déterminé, par exemple, en fonction de la disponibilité réelle des avocats ou de la juridiction concernés, mais bien selon une estimation objective. L’autre élément, soit le délai institutionnel acceptable, correspond à la période de temps dont le tribunal a raisonnablement besoin pour être en mesure de commencer à instruire l’affaire une fois que les parties sont prêtes pour le procès. Ces considérations s’inspirent des lignes directrices de l’arrêt *Morin*, qui ne concernent pas le délai inhérent à l’affaire, mais uniquement le *délai institutionnel* acceptable.

(3) Conclusion sur le délai objectivement raisonnable

[184] Pour résumer, lorsqu’il est appelé à juger un moyen fondé sur l’al. 11b), le tribunal doit d’abord déterminer, de façon objective, les délais raisonnables dans le cas du type d’affaires dont il est saisi. En un mot, il doit déterminer combien de temps le procès devrait raisonnablement prendre (ou aurait dû prendre). Pour ce faire, il doit tout d’abord évaluer le temps nécessaire pour préparer, instruire et trancher ce type d’affaires (autrement dit, le délai inhérent à l’affaire). Ensuite, il doit tenir compte de la période supplémentaire de temps qu’il faut pour être en mesure d’entendre les parties à partir du moment où celles-ci sont censées être prêtes pour le procès (c.-à-d. le délai institutionnel).

in *Askov* and *Morin*: eight to ten months in provincial court and six to eight months in superior court. These guidelines set some rough limits on the point at which inadequacy of state resources will be accepted as an excuse for excessive delay.

C. *How Much of the Delay That Actually Occurred Counts Against the State?*

[185] Having addressed the objective elements of the analysis — the reasonable institutional delay and the reasonable inherent time requirements of the case — the judge moves on to compare those objectively reasonable time periods against the time actually taken in the case before the court, to determine whether the overall delay is reasonable. Delay in excess of the objectively required time may be reasonable if it is not attributable to the state. As mentioned at the outset, s. 11(b) protects only against unreasonable delay attributable to the state. The period fairly attributable to the state excludes any time period fairly attributable to the accused — including “waiver” — and any extraordinary and unavoidable delays that should not be counted against the state. The main task at this step of the analysis is to identify any portion of the actual elapsed time that should not count against the state.

(1) Delay Attributable to the Accused

[186] Delay attributable to the accused includes any period “waived” by the accused, and other delays attributable to the accused.

(a) *Waiver*

[187] The concept of “waiver” by the accused in the s. 11(b) context has given rise to some confusion and this case provides an opportunity to bring further clarity to that issue.

Ce délai institutionnel est apprécié en appliquant les lignes directrices administratives élaborées dans les arrêts *Askov* et *Morin*, soit de huit à dix mois s’agissant des cours provinciales, et de six à huit mois s’agissant des cours supérieures. Ces lignes directrices établissent des limites approximatives en deçà desquelles l’insuffisance des ressources de l’État sera considérée comme une excuse acceptable justifiant un délai excessif.

C. *Quelle portion du délai effectivement écoulé peut-on attribuer à l’État?*

[185] Pour déterminer si l’ensemble du délai est raisonnable, après avoir traité des éléments objectifs de l’analyse — le délai institutionnel raisonnable et le délai inhérent raisonnable de l’affaire —, le tribunal devra comparer ces délais objectivement raisonnables avec le temps durant lequel l’affaire a réellement été devant le tribunal. La période qui excède le temps objectivement nécessaire peut être jugée raisonnable si elle n’est pas imputable à l’État. En effet, comme nous l’avons mentionné dès le départ, l’al. 11b) ne protège que contre les délais déraisonnables imputables à ce dernier. Pour définir la période qui est légitimement imputable à l’État, on exclut toute celle légitimement attribuable à l’accusé — y compris toute période à laquelle il a « renoncé » — et tout délai extraordinaire et inévitable qui ne peut être reproché à l’État. Ainsi, la tâche principale du tribunal à cette étape de l’analyse consiste à déterminer quelle portion du temps effectivement écoulé ne peut être imputée à l’État.

(1) Délai imputable à l’accusé

[186] On inclut dans le délai imputable à l’accusé toute période à laquelle il a « renoncé » ainsi que de tout autre délai qui lui est attribuable.

a) *Renonciation*

[187] Dans le contexte de l’application de l’al. 11b), le concept de « renonciation » par l’accusé est à l’origine d’une certaine confusion, et la présente affaire nous donne l’occasion de clarifier quelque peu la question.

[188] First, the language of “waiver” in this context may be misleading. As stated by this Court in *Conway*, when the courts speak of “waiver” in the context of s. 11(b), “it is not the right itself which is being waived but merely the inclusion of specific periods in the overall assessment of reasonableness”: p. 1686. This means that periods of time to which the accused has or is deemed to have agreed will not count towards any determination of unreasonable delay.

[189] Second, there is admittedly some lack of clarity in our jurisprudence as to whether the accused’s consent to an adjournment sought by the Crown constitutes “waiver” of the resulting delay. In *Smith*, this Court created a rebuttable inference of waiver if defence consents to a future trial date. This proposition was qualified, however, by the point that “inaction or acquiescence on the part of the accused, short of waiver”, does not result in a forfeiture of an accused’s s. 11(b) rights: *Smith*, at p. 1136. In *Morin*, Sopinka J. explained that the accused’s consent to a trial date “can give rise to an inference of waiver”, but this is not the case “if consent to a date amounts to mere acquiescence in the inevitable”: p. 790. This Court, albeit in very short decisions, upheld this approach in *R. v. Brassard*, [1993] 4 S.C.R. 287, at p. 287, and *R. v. Nuosci*, [1993] 4 S.C.R. 283, at p. 284, stating that consent to a future date *will* be characterized as waiver in the absence of evidence that it is acquiescence.

[190] A rebuttable inference of waiver from the accused’s consent to an adjournment does not sit well with the settled law that waiver must be clear, unequivocal and must be established by the Crown: see e.g. *Askov*, at p. 1232. As noted in *Morin*, the waiver must be done “with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of

[188] Tout d’abord, dans le présent contexte, le terme « renonciation » peut être trompeur. Je précise donc que, comme la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Conway*, lorsque les tribunaux parlent de « renonciation » dans le contexte de l’application de l’al. 11b), « il ne faut pas perdre de vue qu’[elle] ne vise pas le droit lui-même, mais simplement l’inclusion de certaines périodes dans l’appréciation générale du caractère raisonnable » : p. 1686. Il s’ensuit que les périodes auxquelles l’accusé a ou est censé avoir consenti n’entrent pas dans le calcul du délai déraisonnable.

[189] Ensuite, il faut reconnaître que notre jurisprudence manque de clarté quant à la question de savoir si le consentement donné par l’accusé à un ajournement réclamé par le ministère public emporte « renonciation » de sa part à invoquer le délai qui en résulte. Dans l’arrêt *Smith*, la Cour a créé une présomption réfutable de renonciation dans le cas où la défense consentirait au report de la date du procès. La Cour a toutefois nuancé cette affirmation en expliquant que « l’inaction ou l’acquiescement de la part de l’accusé, ne comportant pas une renonciation, » ne peut entraîner la déchéance du droit qui lui est garanti par l’al. 11b) : *Smith*, p. 1136. Dans l’arrêt *Morin*, le juge Sopinka a expliqué que le fait pour l’accusé de consentir à une date de procès « peut permettre de déduire qu’il a eu renonciation », mais que ce n’est pas le cas « si le consentement à une date équivaut à une simple reconnaissance de l’inévitable » : p. 790. Même s’il s’agit de décisions très brèves, la Cour a confirmé ce raisonnement dans les arrêts *R. c. Brassard*, [1993] 4 R.C.S. 287, p. 287, et *R. c. Nuosci*, [1993] 4 R.C.S. 283, p. 284, déclarant que, à défaut d’éléments de preuve tendant à démontrer qu’il s’agit d’un acquiescement, le consentement de l’accusé au report de la date du procès *est* considéré comme une renonciation.

[190] L’idée d’une présomption réfutable de renonciation découlant du consentement par l’accusé à un ajournement cadre mal avec la jurisprudence établie suivant laquelle, d’une part, la renonciation doit être claire et sans équivoque et, d’autre part, il incombe au ministère public d’en faire la preuve : voir, p. ex., *Askov*, p. 1232. Comme la

the effect that waiver will have on those rights”, and such a test is “stringent”: p. 790.

[191] I conclude that, when the accused consents to a date for trial offered by the court or to an adjournment sought by the Crown, that consent, without more, does not amount to waiver. The onus is on the Crown to demonstrate that this period is waived, that is, that the accused’s conduct reveals something more than “mere acquiescence in the inevitable” and that it meets the high bar of being clear, unequivocal, and informed acceptance that the period of time will not count against the state.

(b) *Other Delay Attributable to the Accused*

[192] All steps that are reasonably necessary to make full answer and defence are properly part of the inherent time requirements of the case and do not count against either the Crown or the accused. However, delay resulting from unreasonable actions solely attributable to the accused must be subtracted from the period for which the state is responsible.

[193] Unreasonable actions by the accused may take diverse forms, such as last-minute changes in counsel or adjournments flowing from a lack of diligence (e.g. failure to pursue or review disclosure in a timely way; pursuit of unnecessary information; failure to attend court appearances or to give timely notice of intended *Charter* applications, particularly during case scheduling; unreasonable rejection of earlier dates for preliminary hearing, trial or other court appearances (see *Hill and Tatum*, at pp. 17-18); and a lack of sufficient effort to accommodate dates available to the court and the prosecution). It is obvious that delays caused by attempts to obstruct the course of the trial, that amount to “deliberate and calculated tactic[s] employed to delay the trial”, or

Cour l’a fait observer dans l’arrêt *Morin*, la renonciation doit être faite « en pleine connaissance des droits que la procédure était destinée à protéger et de l’effet de la renonciation sur ces droits » et, a-t-elle ajouté, ce critère est « stric[t] » : p. 790.

[191] Je conclus donc que, lorsque l’accusé donne son consentement à la date de procès proposée par le tribunal ou à un ajournement réclamé par le ministère public, ce consentement, s’il est isolé, ne constitue pas une renonciation. Il incombe au ministère public de démontrer que l’accusé a renoncé à invoquer ce délai. Autrement dit, en pareil cas, le ministère public doit d’abord prouver que, par sa conduite, l’accusé a signifié qu’il ne s’agissait pas de sa part d’une « simple reconnaissance de l’inévitable ». Ensuite, il doit satisfaire au critère rigoureux qui l’oblige à établir que l’accusé a accepté de façon claire, non équivoque et éclairée que ce délai ne soit pas imputé à l’État.

b) *Autre délai attribuable à l’accusé*

[192] Tous les délais découlant des démarches raisonnablement nécessaires entreprises pour que l’accusé soit en mesure de présenter une défense pleine et entière font légitimement partie du délai inhérent à l’affaire et ne peuvent être imputés ni à ce dernier ni au ministère public. Toutefois, les délais résultant de mesures déraisonnables imputables uniquement aux agissements de l’accusé doivent être soustraits de la période dont l’État est responsable.

[193] Les mesures déraisonnables prises par l’accusé peuvent revêtir diverses formes. Il peut s’agir de changements d’avocats survenus à la dernière minute ou d’ajournements résultant d’un manque de diligence (p. ex., en faisant défaut de tenter d’obtenir la communication de documents ou de les examiner en temps utile; en présentant des demandes de renseignements inutiles; en omettant de comparaître devant le tribunal ou de donner dans le délai prescrit un avis de son intention de présenter une requête fondée sur la *Charte*, en particulier lors de la confection du rôle; en refusant de manière abusive d’accepter une date hâtive d’audience préliminaire, de procès ou d’autres comparutions devant le tribunal (voir *Hill et Tatum*, p. 17-18); et en omettant de

other vexatious or bad faith conduct by the accused, cannot count against the state: *Askov*, at p. 1228.

[194] The question of whether the actions of the accused were unreasonable must be viewed through the lens of reasonable conduct of counsel and the accused at the time the judgments had to be made, not with the benefit of hindsight. The accused must not be penalized for taking all reasonable steps to make full answer and defence even if, with the benefit of hindsight, they were not particularly fruitful.

(2) Extraordinary and Unavoidable Delays That Should Not Count Against the State

[195] It is also necessary to subtract from the actual delay any periods that, although not fairly attributable to the defence, are nonetheless not fairly counted against the state. Such time periods could include unavoidable delays due to inclement weather or illness of a trial participant.

D. *Was the Delay That Counts Against the State Unreasonable?*

[196] At this point in the analysis, the judge has determined the reasonable time a case ought to have taken, and the period of time that fairly counts against the state that it actually took. The next and final step is to determine whether this actual period of time exceeds the reasonable time by more than can be justified on any acceptable basis. This approach is a slight reorientation of the *Morin* framework because the focus is more explicitly on the period of delay which exceeds what would have been reasonable. But there is no change in principle.

faire des efforts suffisants pour s'accommoder des dates auxquelles le tribunal et le ministère public sont disposés à procéder). Évidemment, les délais attribuables au « recours délibéré à [des] tactique[s] qui vise[nt] à retarder le procès » ou à toute autre conduite vexatoire ou entachée de mauvaise foi par l'accusé ne sauraient être reprochés à l'État : *Askov*, p. 1228.

[194] La question de savoir si les actes de l'accusé étaient déraisonnables doit être examinée à l'aune du critère de la conduite raisonnable de l'avocat et de l'accusé au moment où les décisions en question devaient être prises, et non avec l'avantage que procure le recul. L'accusé ne doit pas être pénalisé parce qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour présenter une défense pleine et entière, et ce, même si, a posteriori, il s'avère que ces démarches n'ont pas été très utiles.

(2) Délais extraordinaires et inévitables qui ne sauraient être imputés à l'État

[195] Il est également nécessaire de soustraire du temps effectivement écoulé toute période qui, bien qu'elle ne soit pas légitimement imputable à la défense, ne peut néanmoins être reprochée légitimement non plus à l'État. Mentionnons à titre d'exemple les délais inévitables attribuables aux intempéries ou à la maladie d'un des participants au procès.

D. *Le délai attribuable à l'État était-il déraisonnable?*

[196] À cette étape de l'analyse, le juge a estimé combien de temps le procès aurait raisonnablement dû prendre et il a déterminé la portion de la durée réelle du procès qui peut légitimement être imputée à l'État. La prochaine et dernière étape de son analyse consistera à déterminer si ce délai excède le délai raisonnable d'une période plus longue que ce qui peut être justifié de quelque façon acceptable. Cette démarche intellectuelle se veut une légère réorientation du cadre d'analyse prescrit par l'arrêt *Morin* parce qu'il met l'accent plus explicitement sur la portion du délai qui excède ce qui aurait été raisonnable. Cette nouvelle approche ne constitue pas pour autant un changement de principe.

(1) Can the Delay Beyond What Would Have Been Reasonable Be Justified?

[197] Determining whether the actual delay was longer than what would have been reasonable is a simple matter of arithmetic. However, qualifying the extent of that excess delay as justified or not requires evaluation. As stated in *Morin*, at p. 787: “The general approach to a determination as to whether the right has been denied is not by the application of a mathematical or administrative formula” but rather by judicial determination.

[198] Where the actual time exceeds what would have been reasonable for a case of that nature, the result will be a finding of unreasonable delay unless the Crown can show that the delay was justified having regard to the length of the excess delay balanced against certain other factors described below. The point at which the amount of time beyond what would have been a reasonable delay becomes unreasonable cannot be described with precision. We can say, however, that where the delay exceeds what would have been reasonable, justification is required and, as the length of the excess delay increases, justification will be more difficult. Even substantial excess delay may be justified and therefore reasonable where, for example, there is a particularly strong societal interest in the prosecution proceeding on its merits, or where the delay results from temporary and extraordinary pressures on counsel or the court system. However, it does not follow that in these conditions the excess period is invariably justified. As I will discuss, given proof of actual prejudice to the accused or of abusive or negligent conduct on the part of the Crown which contributed to the delay, justification may be found to be lacking.

[199] The focus must remain on the fundamental question at this point in the analysis: whether the amount of excess delay can be “justified on any acceptable basis”: *Smith*, at p. 1138.

(1) Le délai qui excède ce qui aurait été raisonnable peut-il être justifié?

[197] Pour déterminer si le délai qui s’est réellement écoulé a été plus long que ce qui aurait été raisonnable, il suffit d’un simple calcul. Toutefois, pour décider si le délai excédentaire est justifié ou non, il faut poursuivre l’analyse. Ainsi que la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Morin*, p. 787 : « La méthode générale pour déterminer s’il y a eu violation du droit ne consiste pas dans l’application d’une formule mathématique ou administrative », mais plutôt dans une décision judiciaire.

[198] Lorsque le temps qui s’est réellement écoulé excède ce qui aurait été raisonnable pour une cause de même nature, il faut conclure au caractère déraisonnable du délai, à moins que le ministère public puisse démontrer que ce dernier était justifié à la lumière de la mise en balance de l’ampleur de l’excédent et de certains autres facteurs décrits ci-après. Le point de bascule à partir duquel le temps réellement écoulé devient déraisonnable ne peut être défini précisément. Nous pouvons toutefois affirmer que lorsque le délai excède ce qui aurait été raisonnable, il faudra le justifier, et que plus l’excédent est long, plus il sera difficile de le justifier. Cela dit, même les excédents importants peuvent se justifier, et donc être jugés raisonnables lorsque, par exemple, l’intérêt de la société à ce que le dossier soit jugé au fond est particulièrement élevé ou lorsque le délai résulte de pressions temporaires et exceptionnelles sur les avocats ou sur le système judiciaire. Cependant, on ne peut en conclure que, dans ces conditions, la période excédentaire sera systématiquement justifiée. Comme je vais en discuter, en présence de preuve que l’accusé a réellement subi un préjudice ou d’une conduite abusive ou négligente du ministère public qui a contribué au délai, le tribunal pourra conclure à l’absence de justification.

[199] Il faut continuer à mettre l’accent sur la question fondamentale à cette étape de l’analyse, soit celle de savoir si le délai excédentaire peut être « justifié de quelque façon acceptable » : *Smith*, p. 1138.

(2) The Role of Prejudice in the Analysis

[200] The role of prejudice in the unreasonable delay analysis has become unduly complicated. The jurisprudence has distinguished between inferred and actual prejudice and, in some cases, it appears that it has been almost impossible to succeed on an unreasonable delay claim without proof of either type of prejudice.

[201] I would clarify the role of prejudice in the following ways.

[202] First, I would affirm the statements in previous cases to the effect that actual prejudice is not necessary to establish a breach of s. 11(b): see e.g. *Mills*, at p. 926, per Lamer J.; *Askov*, at p. 1232, per Cory J. The question is whether the delay is unreasonable, not whether an unreasonable delay has, in addition to being unreasonable, caused identifiable and actual prejudice.

[203] Second, and as explained earlier, actual prejudice to the liberty interests of the accused, notably being detained in custody or subject to very restrictive bail conditions pending trial, is taken into account in deciding what a reasonable time for trial would be. Prejudice of this nature during the period of reasonable delay need not be considered again in the final assessment of whether the delay is unreasonable.

[204] Third, prejudice to an accused's security and fair trial interests in the general sense — such as stress and stigma or the erosion of evidence — is already considered in this revised framework. Defining the reasonable time requirements of a case recognizes that delay beyond this point will cause such stress and erosion of fair trial interests, regardless of any evidence the Crown may bring to

(2) Le rôle du préjudice dans l'analyse

[200] Le rôle que joue le préjudice dans l'analyse du délai déraisonnable est devenu inutilement compliqué. La jurisprudence a établi une distinction entre le préjudice présumé et le préjudice réellement subi par l'accusé et, dans certains cas, il semble qu'il soit devenu presque impossible d'obtenir gain de cause lorsqu'on présente une demande fondée sur un délai déraisonnable si l'on ne peut faire la preuve d'un type ou l'autre de préjudice.

[201] Dans les paragraphes qui suivent, je vais clarifier le rôle du préjudice.

[202] Premièrement, je confirme les affirmations faites dans la jurisprudence suivant lesquelles il n'est pas nécessaire de prouver que l'accusé a réellement subi un préjudice pour que le tribunal conclue à une violation de l'al. 11b) : voir, p. ex., *Mills*, p. 926, le juge Lamer; *Askov*, p. 1232, le juge Cory. Il s'agit de savoir si le délai est déraisonnable et non de savoir si un délai déraisonnable a, outre le fait qu'il est déraisonnable, réellement entraîné un préjudice tangible.

[203] Deuxièmement, comme je l'ai déjà expliqué, pour déterminer en quoi devrait consister la durée raisonnable d'un procès, on tient compte de l'atteinte concrète causée aux droits à la liberté de l'accusé et notamment, le cas échéant, du fait qu'il est détenu sous garde ou qu'il est soumis à des conditions très contraignantes de remise en liberté en attendant la tenue de son procès. Ainsi, à l'étape finale de l'évaluation du caractère raisonnable du délai, il n'est pas nécessaire de tenir compte de nouveau de ce type de préjudice qu'il a pu subir au cours de la période correspondant au délai raisonnable.

[204] Troisièmement, selon le cadre d'analyse révisé décrit dans les présents motifs, à cette étape, il a déjà été tenu compte du préjudice causé aux droits de l'accusé à la sécurité de sa personne et à un procès équitable en général — avec, notamment, la prise en considération du stress ou de la stigmatisation dont il a été victime ou de l'érosion de la preuve. En définissant la durée raisonnable de

the contrary. Prejudice to these interests during the period of reasonable delay need not be explicitly considered as a separate factor in this final inquiry, and the court should not consider evidence on any vague, general effect that the delay may have had on the security or fair trial interests of the accused.

[205] Fourth, specific examples of actual prejudice to an accused's security and fair trial rights, such as the loss of employment or death of a witness (this, of course, is not an exhaustive list), are properly considered at the final stage of the analysis.

[206] Lastly, the absence of actual prejudice cannot make reasonable what would otherwise be an unreasonable delay. Actual prejudice need not be proved to find an infringement of s. 11(b) and its absence cannot be used to excuse otherwise unreasonable delay. However, even if the excess delay does not exceed the objectively determined reasonable time requirements of a case of that nature, the accused still may be able to demonstrate actual prejudice, thus making unreasonable (in the particular circumstances of the case) a delay that might otherwise be objectively viewed as reasonable.

(3) Extraordinary Reasons for the Delay

[207] Exceptional cases may arise which merit further consideration of the various reasons for the delay at this final stage of the inquiry.

l'instance, on reconnaît que tout délai supplémentaire causera un stress à l'accusé et portera atteinte à son droit à un procès équitable, et ce, indépendamment de toute preuve contraire que pourrait présenter le ministère public. Il n'est donc pas nécessaire de tenir compte expressément de l'atteinte qui a été portée à ces droits au cours de la période constituant un délai raisonnable et de considérer ces facteurs comme des éléments distincts lors de l'analyse finale. En outre, le tribunal ne devrait pas tenir compte d'éléments de preuve portant sur les conséquences vagues et générales que le délai a pu avoir sur les droits de l'accusé à la sécurité de sa personne ou à un procès équitable.

[205] Quatrièmement, des exemples précis de cas où l'accusé a réellement subi un préjudice découlant d'une atteinte à son droit à la sécurité de sa personne et à un procès équitable, tels que la perte d'un emploi ou le décès d'un témoin (ce qui, bien sûr, ne constitue pas une liste exhaustive), sont des exemples de circonstances dont le tribunal tient légitimement compte à cette étape finale de l'analyse.

[206] Enfin, le fait que l'accusé n'ait pas réellement subi de préjudice ne peut rendre raisonnable un délai qui, autrement, serait déraisonnable. Il n'est pas nécessaire qu'un tel préjudice soit mis en preuve pour que le tribunal conclue à une violation de l'al. 11(b), et son absence ne peut pas être invoquée pour excuser un délai autrement déraisonnable. Toutefois, même si le délai excédentaire n'est pas plus long que le délai objectivement jugé raisonnablement nécessaire pour juger une affaire comme celle dont la cour est saisie, l'accusé peut prouver qu'il a réellement subi un préjudice et ainsi établir le caractère déraisonnable du délai (dans les circonstances particulières de sa cause), même si celui-ci, autrement, pourrait être objectivement jugé raisonnable.

(3) Raisons extraordinaires invoquées pour justifier le délai

[207] Des situations exceptionnelles peuvent survenir et justifier à cette ultime étape de l'analyse un examen plus approfondi des diverses raisons pour lesquelles le délai en cause s'est écoulé.

[208] In most cases, the elements of delay apart from delay attributable to the accused will be given equal weight, contrary to the approach in *R. v. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74, at para. 52. Specifically, institutional delay and other delay that is counted against the state are generally given equal weight. Abusive or grossly negligent Crown conduct causing delay counts more heavily against the state in determining whether the excessive delay may be justified on any acceptable basis. Such conduct not only undermines the accused's rights, but is contrary to society's interest in an effective and fair justice system.

[209] Conversely, institutional delay that is attributable to exceptional and temporary conditions in the justice system may be excused or given somewhat less weight against the state in the overall balancing and may in some cases justify excusing what would otherwise be excessive delay. This should generally be done, however, only if the state has made reasonable efforts to alleviate those conditions: *Askov*, at p. 1242.

(4) Are There Especially Strong Societal Interests in the Prosecution on the Merits of the Case?

[210] As discussed above, s. 11(b) encompasses “a community or societal interest” to “see that the justice system works fairly, efficiently and with reasonable dispatch”: *Askov*, at pp. 1219 and 1221. This societal interest supports prompt disposition of criminal cases. However, there is also a societal interest in “ensuring that those who transgress the law are brought to trial”: pp. 1219-20. Societal interests must be considered “in conjunction” with the interests of the accused in the interpretation of s. 11(b): p. 1222.

[211] In McLachlin J.'s concurring opinion in *Morin*, she held that the societal interests in bringing the accused to trial should be considered in the determination of s. 11(b) claims: the “true issue at stake”

[208] Dans la plupart des cas, contrairement à la méthode préconisée dans l'arrêt *R. c. Ghavami*, 2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74, par. 52, on accorde la même importance aux divers éléments du délai, mis à part le délai dont l'accusé est responsable. Plus précisément, en règle générale, on accorde la même importance au délai institutionnel et à tout délai imputable à l'État. Toutefois, le délai attribuable à une négligence grave ou à un comportement abusif de la part du ministère public pèse plus lourd contre l'État lorsqu'il s'agit de déterminer si le délai excédentaire peut être justifié de quelque façon acceptable. Ce genre de comportement a non seulement pour effet de miner les droits de l'accusé, mais il va à l'encontre de l'intérêt qu'a la société à ce que le système de justice soit efficace et équitable.

[209] En revanche, les délais institutionnels attribuables à des circonstances exceptionnelles et temporaires dans le système de justice peuvent être excusés ou peser un peu moins lourd contre l'État au moment de la mise en balance générale et, dans certains cas, justifier ce qui constituerait autrement un délai excessif. Cela ne devrait toutefois se produire que si l'État a fait des efforts raisonnables pour minimiser la portée de ces circonstances : *Askov*, p. 1242.

(4) Y a-t-il, pour la société, un intérêt particulièrement pressant à ce que le procès soit instruit au fond?

[210] Comme je l'ai déjà expliqué, l'al. 11b) vise « un droit collectif ou social » de « s'attendre à ce que le système de justice fonctionne de façon équitable, efficace et avec une célérité raisonnable » : *Askov*, p. 1219 et 1221. Cet intérêt de la société milite pour un règlement rapide des affaires criminelles. Toutefois, il est également dans l'intérêt de la société de « s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice » : p. 1219. Pour interpréter l'al. 11b), on doit donc tenir compte de l'intérêt de la société « en plus » des protections garanties à l'accusé : p. 1222.

[211] Dans l'opinion concordante qu'elle a exprimée dans l'arrêt *Morin*, la juge McLachlin a expliqué que l'intérêt qu'a la société à ce que l'accusé soit traduit en justice doit être pris en considération

in a s. 11(b) analysis is the “determination of where the line should be drawn between conflicting interests”, i.e. those of the accused and those of society: p. 809. Whether a delay becomes unreasonable, on the spectrum of delays apparent in criminal proceedings, must be determined by an analysis in which the interests of society in bringing those accused of crimes to trial are balanced against the rights of the person accused of a crime: pp. 809-10. To this I would add the societal interest in prompt disposition of criminal matters.

[212] I agree with this balancing approach. Under the revised framework I propose, the delay in excess of the reasonable time requirements of the case and any actual prejudice arising from the overall delay must be evaluated in light of societal interests: on one hand, fair treatment *and* prompt trial of accused persons and, on the other, determination of cases on their merits. As noted by Cory J. in *Askov*, more serious offences will carry commensurately stronger societal demands that the accused be brought to trial: p. 1226. These interests, however, are in effect factored into the determination of what would be a reasonable time for the disposition of a case like this one. But if there are exceptionally strong societal interests in the prosecution of a case against an accused which substantially outweigh the societal interest and the interest of the accused person in prompt trials, these can serve as an “acceptable basis” upon which exceeding the inherent and institutional requirements of a case can be justified.

E. *Summary of the Analytical Framework*

[213] If the accused first establishes a basis that justifies a s. 11(b) inquiry, the court must then undertake an objective inquiry to determine what would be the reasonable time requirements to dispose of a case similar in nature to the one before the court (the inherent time requirements) and how

lorsqu’il s’agit de trancher une requête fondée sur l’al. 11b). La « véritable question en litige » dans le cadre d’une analyse fondée sur cette disposition consiste à se demander « où se trouve la limite entre des intérêts opposés », en l’occurrence, ceux de l’accusé et ceux de la société : p. 809. Pour trancher la question de savoir si un délai est déraisonnable — compte tenu des divers délais qui surviennent dans le cadre des procès criminels —, il convient d’analyser l’intérêt qu’a la société à traduire l’accusé en justice et de mettre ce droit en balance avec ceux de ce dernier : p. 809-810. J’ajouterais à cela l’intérêt de la société à ce que les affaires criminelles soient jugées promptement.

[212] Je souscris à cette approche qui préconise une mise en balance. Selon le cadre révisé que je propose, le délai excédant le temps qui aurait raisonnablement été nécessaire pour juger l’affaire et le préjudice qu’a réellement subi l’accusé en raison du délai général doivent être évalués en fonction de l’intérêt qu’a la société, d’une part, à ce que les accusés soient jugés rapidement *et* équitablement et, d’autre part, à ce que les causes soient jugées au fond. Comme le juge Cory l’a fait observer dans l’arrêt *Askov*, plus un crime est grave, plus la société exige avec force que l’accusé subisse un procès : p. 1226. Le cadre d’analyse tient toutefois effectivement compte de ces intérêts pour déterminer ce qui constituerait un délai raisonnable pour juger une affaire de même nature. Cependant, si la société a un intérêt particulièrement pressant à ce que l’accusé soit traduit en justice et que cet intérêt l’emporte nettement sur celui de la société et de l’accusé à ce que le procès ait lieu rapidement, cet intérêt pressant peut être considéré comme une « raison acceptable » justifiant un délai plus long que les délais inhérent et institutionnel propres à l’affaire.

E. *Résumé du cadre analytique*

[213] Si l’accusé établit tout d’abord l’existence de raisons justifiant un examen fondé sur l’al. 11b), le tribunal doit ensuite entreprendre une analyse objective pour déterminer quels sont les délais raisonnablement nécessaires pour juger une affaire de nature semblable à celle dont il est saisi (le délai

long it would reasonably take the court to hear it once the parties are ready for hearing (the institutional delay).

[214] Next, the court must consider how much of the actual delay in the case counts against the state. This is done by subtracting the periods attributable to the defence, including any waived time periods, from the overall period of delay from charge to trial.

[215] Finally, the court must consider whether and to what extent the actual delay exceeds the reasonable time requirements of a case, and whether this can be “justified on any acceptable basis”. If the actual delay that counts against the state is longer than the reasonable time requirements of a case, then the delay will generally be considered unreasonable. The converse is also the case. However, there may be countervailing considerations, such as the presence of actual prejudice, exceptionally strong societal interests, or exceptional circumstances such as Crown misconduct or exceptional and temporary conditions affecting the justice system. These may either shorten or lengthen the period that would otherwise be unreasonable delay.

[216] This straightforward framework does not attempt to gloss over the inherent complexity of determining what delays are unreasonable. It merely clarifies where the various relevant considerations fit into the analysis and how they relate to each other. It also simplifies the analysis of prejudice and makes clear that, as a general rule, institutional and Crown delay should be given equal weight. It retains the focus on the circumstances of the particular case and builds on the accumulated experience found in 30 years of this Court’s jurisprudence.

inhérent à l’affaire) et déterminer combien de temps il faudrait raisonnablement au tribunal pour juger l’affaire à partir du moment où les parties sont prêtes pour l’instruction (le délai institutionnel).

[214] Le tribunal doit ensuite se demander quelle portion du délai est imputable à l’État. Pour ce faire, il soustrait toute période attribuable à la défense — y compris les périodes qu’elle a renoncé à invoquer — de la totalité de la période écoulée entre le dépôt des accusations et le procès.

[215] Enfin, le tribunal doit se demander si, et dans quelle mesure, le temps qu’il a réellement fallu pour instruire l’affaire excède le délai raisonnable nécessaire pour instruire une cause de même nature et si cet excédent peut être « justifié de quelque façon acceptable ». Si le délai que l’on peut reprocher à l’État est plus long que le délai raisonnable nécessaire pour juger l’affaire, le tribunal conclura généralement à son caractère déraisonnable. L’inverse est également vrai. Toutefois, il peut exister des circonstances atténuantes, telles que le fait pour l’accusé d’avoir réellement subi un préjudice, des intérêts sociétaux exceptionnellement pressants, des circonstances extraordinaires, dont l’inconduite du ministère public, ou encore une situation exceptionnelle et temporaire ayant une incidence sur le système de justice. Ces facteurs peuvent prolonger ou abrégé ce qui constituerait autrement un délai déraisonnable.

[216] Ce cadre d’analyse est simple, mais il tient compte de la complexité inhérente à la détermination des délais déraisonnables. Il vient simplement préciser le rôle que jouent les différents facteurs pertinents dans l’analyse et les liens qu’ils ont entre eux. En outre, il simplifie l’analyse du préjudice et indique clairement qu’il y a lieu, en règle générale, d’accorder la même importance au délai institutionnel et à celui qui est attribuable au ministère public. Enfin, ce cadre continue à mettre l’accent sur les circonstances propres à l’affaire et il met à profit l’expérience accumulée par 30 années de jurisprudence de la Cour.

III. Application

[217] Although, as noted, this appeal would also be allowed applying the existing *Morin* analysis, it will be useful by way of illustration to analyze it under the modified framework that I have just described.

A. *Facts*

[218] In 2008, the RCMP conducted a single, straightforward undercover investigation into a “dial-a-dope” operation involving the sale of drugs out of the Langley and Surrey areas of British Columbia. Undercover police officers purchased cocaine six times over seven months, calling a number associated with Mr. Jordan. On December 17, 2008, the police executed a search warrant, seizing 42.3 grams of heroin and just under 1.5 kilograms of cocaine and crack cocaine from the apartment that Mr. Jordan and his then-girlfriend, Ms. Kristina Gaudet, shared. On December 17, 2008, the police arrested Mr. Jordan and Ms. Gaudet. Mr. Jordan was charged with possession for the purposes of trafficking on December 18, and Ms. Gaudet was charged on February 20, 2009.

[219] From December 18, 2008 to February 16, 2009, Mr. Jordan was in custody. He was released on February 16, on strict conditions, including house arrest. During this time, the Crown swore additional and amended informations. Ultimately, 10 accused were charged. Mr. Jordan, as the main target of the investigation and prosecution, faced six charges.

[220] The accused elected to be tried in British Columbia Supreme Court. Crown and defence counsel agreed upon a preliminary hearing. For

III. Application

[217] Bien que, comme je l’ai indiqué précédemment, le présent pourvoi serait également accueilli suivant le cadre d’analyse existant énoncé dans l’arrêt *Morin* et applicable jusqu’à maintenant, il est néanmoins utile de se livrer à l’analyse modifiée que je viens de décrire pour illustrer comment elle s’applique.

A. *Les faits*

[218] En 2008, la GRC a ouvert une enquête secrète peu complexe sur une opération dite de « vente de drogues sur appel » portant sur le commerce de stupéfiants dans les régions de Langley et de Surrey, en Colombie-Britannique. Des agents d’infiltration ont acheté de la cocaïne à six reprises sur une période de sept mois en composant un numéro de téléphone associé à M. Jordan. Le 17 décembre 2008, des policiers ont exécuté un mandat de perquisition et saisi 42,3 grammes d’héroïne ainsi qu’un peu moins de 1,5 kilo de cocaïne et de crack dans l’appartement qu’occupaient alors M. Jordan et sa petite amie de l’époque, M^{me} Kristina Gaudet. Le 17 décembre 2008, les policiers ont arrêté M. Jordan et M^{me} Gaudet. Le 18 décembre, le premier a été accusé de possession de drogue en vue d’en faire le trafic. La seconde, pour sa part, a été accusée le 20 février 2009.

[219] Entre le 18 décembre 2008 et le 16 février 2009, M. Jordan est demeuré en détention. Il a été remis en liberté le 16 février sous réserve de conditions strictes, dont l’obligation de demeurer en détention à domicile. Pendant cette période, le ministère public a fait d’autres dénonciations sous serment et a apporté des modifications à certaines des dénonciations déjà au dossier. En fin de compte, 10 individus ont été accusés. M. Jordan, en tant que principale cible de l’enquête et de la poursuite, faisait face à six accusations.

[220] L’accusé a choisi de subir son procès devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le ministère public et l’avocat de la défense se sont

24 months, the preliminary hearing process was held before the Provincial Court; it took another 16 months to obtain a Supreme Court trial date for the two remaining accused.

B. *Judicial History*

(1) British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 1735

[221] Verhoeven J. of the British Columbia Supreme Court dismissed Mr. Jordan's s. 11(b) motion. He reached the following conclusions with respect to the total time to the end of the trial:

- Total length of delay: 49.5 months
- Inherent requirements: 10.5 months
- Crown delay: 2 months
- Institutional delay: 32.5 months
- Accused delay: 4 months

[222] Some of the delay present in this case was due to an underestimation of the time required to conduct the preliminary inquiry. While the Crown argued that the subsequent delay should be attributable to the defence, the trial judge ultimately attributed it as institutional delay, citing a lack of evidence supporting the Crown's claims.

[223] The trial judge ultimately concluded that the accused only waived four months of the delay, due to a last-minute change in counsel. He rejected the Crown's arguments that the delay before the superior court was waived. The Crown relied upon a letter it sent to defence counsel, asking whether the latter would be interested in an earlier trial date based upon a three-week (as opposed to a six-week) trial estimation. Defence counsel did not respond to this letter, and there was no evidence as to the reason

entendus sur la tenue d'une enquête préliminaire. Pendant 24 mois, le processus d'enquête préliminaire s'est déroulé devant la Cour provinciale, et il a fallu 16 mois de plus pour obtenir une date de procès devant la Cour suprême pour les deux accusés restants.

B. *Décision des juridictions d'instances inférieures*

(1) Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 1735

[221] Le juge Verhoeven de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la requête de M. Jordan fondée sur l'al. 11b). Il a tiré les conclusions suivantes au sujet du temps total écoulé avant la fin du procès :

- Durée totale du délai : 49,5 mois
- Délai inhérent : 10,5 mois
- Délai imputable au ministère public : 2 mois
- Délai institutionnel : 32,5 mois
- Délai imputable à l'accusé : 4 mois

[222] En l'espèce, une portion du délai a été causée par une sous-estimation du temps nécessaire pour mener l'enquête préliminaire. Le ministère public a soutenu que le délai qui en a découlé devait être imputé à la défense. Le juge du procès l'a cependant qualifié de délai institutionnel, citant le manque de preuves à l'appui des prétentions du ministère public.

[223] En fin de compte, le juge du procès a conclu que l'accusé n'avait renoncé qu'à quatre mois du délai total, une renonciation découlant du fait qu'il avait décidé à la dernière minute de changer d'avocat. Ainsi, le juge a rejeté les arguments du ministère public suivant lesquels l'accusé avait renoncé à invoquer le délai écoulé devant la cour supérieure. Au soutien de sa prétention, le ministère public a invoqué la lettre qu'il avait envoyée à l'avocat de la défense dans laquelle il demandait

behind this. The trial judge found that this did not amount to clear and unequivocal waiver.

[224] The trial judge estimated eight months of inherent time requirements before the provincial court (five months of intake requirements, two months for scheduling and preparation, and one month for the hearing and decision), and two and a half months before the superior court (two months to accommodate counsel scheduling, two weeks for the trial itself).

[225] The trial judge found that no time was attributable to the accused, but that the Crown was responsible for two months due to unavailability to continue the preliminary inquiry.

[226] The trial judge concluded that there was 19 months of institutional delay before the provincial court, noting the evidence supporting the shortage of institutional resources in those courts in British Columbia. He further concluded that there was 13.5 months of institutional delay before the superior court.

[227] The trial judge then considered both actual prejudice and inferred prejudice. He concluded that the accused was not greatly prejudiced with respect to any of his liberty or fair trial interests but that he did suffer some prejudice to his security interests in the form of stress and worry. However, he held that the prior charges against Mr. Jordan “substantially reduc[e] the degree of prejudice” that would otherwise be assigned to Mr. Jordan’s security interests: para. 124 (CanLII).

à ce dernier s’il était intéressé à ce que la date du procès soit rapprochée après avoir estimé sa durée à trois semaines (plutôt qu’à six). L’avocat de la défense n’a pas répondu à cette lettre et aucun élément de preuve n’explique cette attitude. Pour le juge du procès, cette attitude ne pouvait être interprétée comme une renonciation claire et non équivoque.

[224] Le juge du procès a estimé à huit mois le délai inhérent à la portion de l’instance qui s’est déroulée en cour provinciale (cinq mois pour le délai préparatoire, deux mois pour la mise au rôle et la préparation et un mois pour l’audience et la décision) et à deux mois et demi celle qui s’est déroulée en cour supérieure (deux mois pour trouver des dates convenant aux avocats et deux semaines pour le procès lui-même).

[225] Le juge du procès a conclu qu’aucun délai ne pouvait être reproché à l’accusé, mais que le ministère public était responsable d’une période de deux mois parce qu’il n’avait pas été disponible pour continuer l’enquête préliminaire.

[226] Le juge du procès a conclu en outre qu’il fallait compter 19 mois de délai d’ordre institutionnel en cour provinciale, faisant observer que, selon la preuve, les juridictions en cause de la Colombie-Britannique souffraient d’un manque de ressources institutionnelles. Il a également conclu à un délai institutionnel de 13 mois et demi pour la portion de l’instance qui s’est déroulée devant la cour supérieure.

[227] Le juge du procès s’est ensuite penché sur la question du préjudice, tant celui réellement subi que celui présumé du fait du délai. Il a conclu que le délai n’avait pas vraiment porté atteinte aux droits à la liberté ou à un procès équitable de l’accusé, mais que son droit à la sécurité de sa personne avait été enfreint en raison du stress et de l’inquiétude qu’il avait vécus. Le juge a toutefois estimé que les accusations portées antérieurement contre M. Jordan [TRADUCTION] « [avaient] atténu[é] considérablement l’ampleur de l’atteinte » que l’on aurait autrement jugé avoir été portée au droit de M. Jordan à la sécurité de sa personne : par. 124 (CanLII).

[228] The trial judge concluded that the delay present in Mr. Jordan’s case “substantially exceeded” the guidelines: para. 138. However, the delay was not unreasonable given the seriousness of the offences charged, the lack of substantial prejudice against the accused, and the reduced weight attributed to institutional delay.

(2) British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137

[229] The British Columbia Court of Appeal dismissed Mr. Jordan’s appeal.

[230] Justice Stromberg-Stein agreed with the facts laid out by the trial judge. She also confirmed that the “application judge identified and applied the correct legal authorities and principles”: para. 13.

[231] On the first ground of appeal, Mr. Jordan argued that the judge should have used the full 34.5 months of delay in his s. 11(b) analysis, instead of the 17 months outside of the *Morin* guidelines. However, the court concluded that the application judge correctly assessed the delay period.

[232] Next, Mr. Jordan argued that the trial judge erred in attaching less weight to institutional delay. Justice Stromberg-Stein found that the judge’s assessment of 34.5 months as institutional delay was not based on a proper evidentiary record. However, this assessment was favourable to Mr. Jordan, and she declined to interfere with Verhoeven J.’s weighing of the institutional delay in comparison to other factors.

[233] Finally, Mr. Jordan claimed that the trial judge erred in his assessment of prejudice: by using the wrong quantum of delay and by failing to make a meaningful finding of inferred prejudice. The application judge found that Mr. Jordan experienced “some degree” of prejudice, but not a “substantial” degree of prejudice: C.A. reasons, at para. 46. This finding of fact is reviewable on a standard of

[228] Selon le juge du procès, dans le cas de M. Jordan, le délai [TRADUCTION] « était de loin supérieur » à celui prévu par les lignes directrices : par. 138. Toutefois, il n’était pas déraisonnable compte tenu de la gravité des infractions reprochées, du fait que l’accusé n’avait pas subi de grave préjudice et de l’importance atténuée accordée au délai institutionnel.

(2) Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 241, 357 B.C.A.C. 137

[229] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a débouté M. Jordan de son appel.

[230] La juge Stromberg-Stein a accepté les faits relatés par le juge du procès. Elle a également confirmé que [TRADUCTION] « [ce dernier] a défini et appliqué les bons précédents et les bons principes juridiques » : par. 13.

[231] Comme premier moyen d’appel, M. Jordan a soutenu que le juge du procès aurait dû appliquer en totalité les 34,5 mois de délai écoulé dans son analyse fondée sur l’al. 11b), plutôt que les 17 mois excédant les lignes directrices de l’arrêt *Morin*. La Cour d’appel a cependant conclu que le juge du procès avait bien évalué la durée du délai.

[232] M. Jordan a ensuite soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en accordant moins d’importance au délai institutionnel. La juge Stromberg-Stein a conclu que la décision du juge du procès de qualifier 34,5 mois de délai institutionnel n’était pas fondée sur une preuve adéquate. Toutefois, comme cette évaluation était favorable à M. Jordan, la juge Stromberg-Stein a refusé de modifier la mise en balance qu’a faite le juge Verhoeven du délai institutionnel et des autres facteurs.

[233] Enfin, M. Jordan a affirmé que le juge du procès avait commis une erreur dans son évaluation du préjudice en retenant une durée de délai erronée et en ne tirant pas de véritable conclusion au sujet du préjudice présumé. Pour le juge du procès, M. Jordan avait subi [TRADUCTION] « un certain » préjudice, mais pas un préjudice « important » : C.A., par. 46. Cette conclusion de fait est

palpable and overriding error. The Court of Appeal found that the trial judge's assessment did not rise to this degree. The court affirmed the trial judge's findings regarding actual prejudice, and held that the judge was "alive to the possibility of inferring prejudice" and did, in fact, infer some degree of prejudice from the delay: para. 51.

C. Analysis

[234] Applying the analytical framework from *Morin* as elaborated and clarified above, I conclude that Mr. Jordan's appeal should be allowed and the charges against him stayed because his constitutional right to be tried within a reasonable time was violated in this case. I will briefly consider the four steps in the analytic framework.

(1) Is an Unreasonable Delay Inquiry Justified?

[235] I agree with the trial judge that the 49.5-month delay from the charges to the end of the scheduled trial date is sufficient to trigger an inquiry into whether the delay is unreasonable.

(2) What Is a Reasonable Time for the Disposition of a Case Like This One?

(a) *Inherent Time Requirements*

[236] The trial judge identified the periods of inherent delay present in the case as being 10.5 months. While the trial judge did not approach this on a purely objective basis, I nonetheless find no reason to interfere with this assessment as representing the reasonable inherent time requirements of a case of this nature, even treating this case as involving an in-custody accused or an accused subject to very restrictive bail conditions.

assujettie à la norme de contrôle de l'erreur manifeste et dominante. Or, la Cour d'appel a estimé que l'évaluation du juge du procès n'avait pas atteint ce seuil. Elle a confirmé les conclusions tirées par ce dernier au sujet du préjudice réellement subi et conclu que celui-ci s'était montré « ouvert à la possibilité de conclure à l'existence d'un préjudice présumé » et qu'il avait, de fait, jugé que le délai avait causé un certain préjudice : par. 51.

C. Analyse

[234] Appliquant le cadre analytique qui a été énoncé dans l'arrêt *Morin* en tenant compte des explications et clarifications qui précèdent, je conclus qu'il y a lieu de faire droit au pourvoi de M. Jordan et de suspendre les accusations portées contre lui, puisque son droit constitutionnel d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé. Je vais maintenant examiner brièvement chacun des quatre volets que comporte le cadre d'analyse.

(1) L'analyse du délai déraisonnable est-elle justifiée?

[235] Je suis d'accord avec le juge du procès pour affirmer que le délai de 49 mois et demi écoulé entre le dépôt des accusations et la date prévue de la fin du procès suffit pour justifier l'examen du caractère raisonnable ou non du délai.

(2) Quel serait le délai raisonnable pour juger une affaire comme celle dont le tribunal est saisi?

a) *Délai inhérent à l'affaire*

[236] Le juge du procès a fixé à 10 mois et demi le délai inhérent à la présente affaire. Bien qu'il n'ait pas abordé cet aspect du dossier sous un angle purement objectif, je conclus néanmoins que rien ne justifie de modifier cette évaluation, qui est à l'image du délai inhérent raisonnable dans une affaire de la nature de la présente cause, même si l'accusé visé a été détenu ou a fait l'objet de conditions de remise en liberté sous caution très rigoureuses.

(b) *Institutional Delay*

[237] This case proceeded through the Provincial Court and the Supreme Court of British Columbia. Under the *Morin* administrative guidelines, the reasonable institutional delays for both levels of court total between 14 and 18 months. Although it is debatable whether accepting the upper end of the range is appropriate in a case of this nature, for the purposes of my analysis I will proceed on the basis that 18 months of institutional delay would be reasonable.

[238] It follows that a reasonable period for the disposition of this case was 28.5 months.

(3) How Much of the Delay That Actually Occurred Counts Against the State?

[239] We know that this case took 49.5 months in total. To determine the amount of delay that counts against the state we must subtract any period attributable to the defence and any period of unusual or unforeseen delay not fairly counted against the Crown.

(a) *Delay Attributable to the Defence*

[240] The Crown's main argument is that the trial judge erred in categorizing so much of the delay as institutional. The Crown makes multiple submissions regarding the categorization of delay between the charge to the arraignment hearing, from the arraignment hearing to the preliminary inquiry, of the adjournments of the preliminary inquiry, and in setting the six-week trial. For many of these submissions, the Crown argues that various periods should be considered "waiver" or conduct otherwise attributable to the defence.

b) *Délai institutionnel*

[237] La présente affaire a été instruite par la Cour provinciale et par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Selon les lignes directrices administratives énoncées dans l'arrêt *Morin*, les délais institutionnels raisonnables dans les cas où la cause est entendue par ces deux niveaux de juridiction totalisent entre 14 et 18 mois. Bien qu'on puisse débattre de l'opportunité, dans un cas comme celui-ci, d'accepter un chiffre se situant à l'extrémité supérieure de la fourchette, pour les besoins de mon analyse, je vais tenir pour acquis qu'un délai institutionnel de 18 mois serait raisonnable.

[238] Compte tenu de ce qui précède, le délai raisonnable pour trancher la présente affaire aurait donc été de 28 mois et demi.

(3) Quelle portion du délai effectivement écoulé peut-on imputer à l'État?

[239] Nous savons que, dans la présente affaire, le procès a duré en tout 49 mois et demi. Pour déterminer la portion de ce délai que l'on peut imputer à l'État, il faut soustraire de ce total toute période qui peut être attribuée à la défense et toutes celles inusitées ou imprévues que l'on ne saurait reprocher au ministère public.

a) *Délai imputable à la défense*

[240] Selon le principal argument du ministère public, le juge du procès a commis une erreur en qualifiant d'institutionnelle une trop grande portion du délai. Le ministère public a formulé de nombreux arguments au sujet de la caractérisation du délai écoulé entre le dépôt des accusations et l'audience relative à l'interpellation, de celui survenu entre cette dernière et l'enquête préliminaire, ainsi qu'au sujet des ajournements de l'enquête préliminaire et de la mise au rôle d'un procès de six semaines. Se fondant sur ces arguments, le ministère public soutient que diverses périodes devraient être considérées comme une « renonciation » ou comme un délai imputable à la défense.

[241] As stated above, for any period to be considered waived by the defence, the defence must have so indicated in clear and unequivocal terms. The trial judge noted that Mr. Jordan agreed that four months of the delay was “waived” because it resulted from his last-minute change in counsel. However, I see no reason to attribute any other period as being “waived” by Mr. Jordan. Moreover, I see no reason to classify any other period as being fairly attributable to Mr. Jordan.

(b) *Exceptional or Unavoidable Delay*

[242] No such delay is present here.

(4) Was the Delay That Counts Against the State Unreasonable?

[243] As discussed earlier, the reasonable time requirements for a case of this nature were 28.5 months. The case in fact took 49.5 months. The difference is 21 months. Of that, 4 months are attributable to the defence. The rest — a period of 17 months — counts against the state. In other words, this case took almost a year and a half longer than what would be a reasonable period to prosecute a case of this nature.

[244] This is not a close case. The time to the end of trial greatly exceeds what would be a reasonable time to prosecute a case of this nature. While there are societal interests in the trial on the merits of the serious drug crimes alleged against Mr. Jordan, these cannot make reasonable the grossly excessive time that it took society to bring him to trial.

D. *Other Issues Raised*

[245] The parties raised a number of other issues, explicitly or implicitly, to which I will briefly respond.

[241] Je le répète, pour que le tribunal conclue à la renonciation par la défense à invoquer un délai, cette dernière doit avoir affirmé de façon claire et non équivoque que telle était son intention. Le juge du procès a noté que M. Jordan a admis avoir « renoncé » à un délai de quatre mois parce que ce dernier était la conséquence de sa décision de dernière minute de changer d’avocat. Cela dit, je ne vois aucune raison pour conclure que M. Jordan a « renoncé » à quelque autre délai que ce soit. Qui plus est, je ne vois aucune raison pour attribuer légitimement quelque autre délai à M. Jordan.

b) *Délai exceptionnel ou inévitable*

[242] Il n’y a eu aucun délai exceptionnel ou inévitable dans le cas qui nous occupe.

(4) Le délai attribuable à l’État était-il déraisonnable?

[243] Comme nous l’avons déjà vu, c’est un délai de 28 mois et demi qui aurait été raisonnable pour juger une affaire de la nature de celle dont nous sommes saisis. Or, c’est en réalité 49 mois et demi qu’il a fallu pour le faire. Cela correspond à un écart de 21 mois. De cette période, 4 mois sont attribuables à la défense. Le reste — soit une période de 17 mois — est imputable à l’État. Autrement dit, la présente affaire a duré presque un an et demi de plus que ce qui aurait été raisonnable pour instruire le procès dans une cause de même nature.

[244] Il ne s’agit pas d’un cas limite. En effet, le délai qu’il a fallu pour traduire l’accusé en justice a été de loin supérieur à celui qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger une affaire de cette nature. Bien qu’il soit dans l’intérêt de la société qu’il y ait un procès au fond pour les crimes graves relatifs aux stupéfiants reprochés à M. Jordan, cet intérêt ne saurait rendre raisonnable le délai manifestement excessif qu’il a fallu à la société pour le juger.

D. *Autres questions soulevées*

[245] Les parties ont soulevé explicitement ou implicitement plusieurs autres questions auxquelles je vais brièvement répondre.

- (1) Should some delay where the courts are unavailable be classified as inherent requirements if defence counsel is also unavailable?

[246] The inherent requirements of a case are determined objectively and when this is done as described earlier in my reasons, there is no overlap between the inherent requirements and institutional delay.

- (2) Should institutional delay be accorded “less weight” in determining the overall reasonableness of the delay?

[247] Under the revised framework, institutional delay is not given less weight than other delay that counts against the state.

- (3) Does the accused’s consent to an adjournment or later trial date constitute “waiver”?

[248] The onus is on the Crown to demonstrate that, when an accused agrees to an adjournment initiated by the Crown or to a trial date, it amounts to “waiver” and not “mere acquiescence in the inevitable”.

- (4) Should inherent requirements be subtracted from the final quantum of delay when assessing the overall reasonableness of the delay?

[249] Inherent requirements are not “subtracted” but are rather considered along with institutional delay in deciding what period of delay would be reasonable for a case of this nature.

- (5) Can the constitutionally tolerable length of institutional delay be extended if the accused did not suffer “substantial” or “significant” prejudice?

- (1) Devrait-on qualifier un délai d’inherent lorsque le tribunal n’est pas disponible, si l’avocat de la défense n’est pas non plus disponible?

[246] Le délai inherent à l’affaire est déterminé de façon objective et lorsque cette évaluation est effectuée conformément à la méthode que j’ai exposée dans les présents motifs, il n’y a pas de chevauchement entre le délai inherent et le délai institutionnel.

- (2) Devrait-on accorder « moins d’importance » au délai institutionnel pour évaluer le caractère raisonnable du délai en général?

[247] Selon le cadre d’analyse révisé que j’ai décrit précédemment, le délai institutionnel ne se voit pas accorder moins d’importance que les autres délais imputables à l’État.

- (3) Le consentement de l’accusé à un ajournement ou au report de la date du procès emporte-t-il « renonciation »?

[248] Il incombe au ministère public de démontrer que, lorsque l’accusé consent à un ajournement proposé par le ministère public ou à une date de procès, cet acquiescement emporte « renonciation » et qu’il ne s’agit pas d’une « simple reconnaissance de l’inévitable ».

- (4) Devrait-on soustraire le délai inherent du délai final pour évaluer le caractère raisonnable du délai en général?

[249] Le tribunal ne « soustrait » pas le délai inherent, mais il en tient compte, de même que du délai institutionnel, pour décider de la longueur du délai raisonnable dans une affaire de la nature de celle dont il est saisi.

- (5) La durée du délai institutionnel jugée acceptable du point de vue constitutionnel peut-elle être prolongée si l’accusé n’a pas subi de préjudice « grave » ou « important »?

[250] As explained earlier, the answer is no: proof of actual prejudice is not required to find unreasonable delay.

(6) Did the trial judge err in finding that the accused only suffered “some” and not “substantial” prejudice?

[251] I see no reason to interfere with the trial judge’s reasons to this effect.

(7) Did the trial judge err when categorizing the delays in this case, specifically in attributing so much of the delay to Crown and institutional delay?

[252] I see no reason to interfere with the trial judge’s classification of delay in this case.

E. *Conclusion*

[253] I would allow the appeal and would stay the charges against Mr. Jordan.

IV. The Approach of Justices Moldaver, Karakatsanis and Brown

[254] It will by now be obvious that I fundamentally disagree with the approach proposed by my colleagues. It is, in my respectful view, both unwarranted and unwise. The proposed approach reduces reasonableness to two numerical ceilings. But doing so uncouples the right to be tried within a reasonable time from the Constitution’s text and purpose in a way that is difficult to square with our jurisprudence, exceeds the proper role of the Court by creating time periods which appear to have no basis or rationale in the evidence before the Court, and risks negative consequences for the administration of justice. Based on the limited evidence in the record, the presumptive time periods proposed by my colleagues are unlikely to improve the pace at which the vast majority of cases move through the

[250] Comme je l’ai expliqué précédemment, il faut répondre par la négative à cette question. Il n’est pas nécessaire de prouver que l’accusé a réellement subi un préjudice pour que le tribunal juge le délai déraisonnable.

(6) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que l’accusé n’avait subi qu’un « certain » préjudice et non pas un préjudice « important »?

[251] Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions du juge du procès sur ce point.

(7) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en qualifiant les délais dans le cas qui nous occupe, notamment en qualifiant une portion aussi importante de la période en cause de délai attribuable au ministère public et de délai institutionnel?

[252] Je ne vois aucune raison de modifier la façon dont le juge du procès a qualifié les délais en l’espèce.

E. *Dispositif*

[253] J’accueillerais le pourvoi et j’ordonnerais l’arrêt des procédures intentées contre M. Jordan.

IV. L’approche préconisée par les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown

[254] Je crois qu’il est d’ores et déjà évident que je suis fondamentalement en désaccord avec l’approche préconisée par mes collègues. À mon avis, cette approche est à la fois injustifiée et imprudente. Elle ramène la question du caractère raisonnable à deux plafonds numériques. Mais, ce faisant, elle dissocie le droit d’être jugé dans un délai raisonnable du texte et de l’objet de la Constitution d’une façon qui est difficile à concilier avec notre jurisprudence; elle outrepassse le rôle dévolu à la Cour en créant des plafonds qui semblent n’avoir aucune logique ni raison d’être compte tenu de la preuve soumise à la Cour; et elle risque d’entraîner des conséquences néfastes pour l’administration de la justice. Selon la preuve limitée qui a été versée au dossier, il est improbable que les délais

system while risking judicial stays for potentially thousands of cases. Moreover, the increased simplicity which is said to flow from this approach is likely illusory. The complexity inherent in determining unreasonable delay has been moved into deciding whether to “rebut” the presumption that a delay is unreasonable if it exceeds the ceiling in particular cases: para. 47.

A. Reasonableness Cannot Be Captured by a Number

[255] One of the themes that appears throughout the Court’s jurisprudence on the right to be tried within a reasonable time is that reasonableness cannot be judicially defined with precision or captured by a number. The proposed ceilings are deeply inconsistent with this constant in our jurisprudence.

[256] In *Mills*, where this Court first considered the scope of s. 11(b), Lamer J. wrote that a “reasonable” time to trial cannot be determined with reference to specific numbers:

Reasonableness is an elusive concept which cannot be juridically defined with precision and certainty. Under s. 11(b), however, as we are dealing with reasonableness as regards the passage of time, we have the advantage of being able to refer to precise stages of proceedings and events.

This is not to say that reasonableness can be predetermined with precision. That would be “falling victim to the tyranny of numbers”. But the advantage to be found when dealing with time is that reasonableness can be determined with the help of the precision surrounding the happening of certain events, e.g. arraignment, the preliminary inquiry, the trial, and the time elapsed between. [p. 923]

présumés proposés par mes collègues accélèrent le traitement de l’immense majorité des affaires judiciaires. Ils risquent plutôt d’entraîner un arrêt des procédures dans des milliers de causes. De plus, la simplicité accrue qui découlerait soi-disant de cette méthode est vraisemblablement illusoire. En effet, en appliquant l’approche que préconisent mes collègues, la complexité inhérente à la détermination du délai déraisonnable ne fait que se métamorphoser en une décision sur l’opportunité de « réfuter », dans des cas particuliers, la présomption selon laquelle un délai est déraisonnable s’il excède le plafond : par. 47.

A. Le caractère raisonnable est un concept qu’on ne peut ramener à une valeur numérique

[255] Selon un des thèmes récurrents de la jurisprudence de la Cour sur le droit d’être jugé dans un délai raisonnable, le caractère raisonnable est un concept qui ne peut être défini avec précision par les tribunaux et qu’on ne peut ramener à une valeur numérique. Or, les plafonds proposés contredisent carrément la jurisprudence constante de la Cour sur ce point.

[256] Dans l’arrêt *Mills*, où la Cour s’est penchée pour la première fois sur la portée de l’al. 11b), le juge Lamer a affirmé que le délai « raisonnable » avant le procès ne pouvait être défini par une valeur numérique :

La notion de ce qui est raisonnable est difficile à cerner et à définir juridiquement avec précision et certitude. À l’alinéa 11b) cependant, comme nous envisageons le caractère raisonnable du délai écoulé, nous avons l’avantage de pouvoir nous référer à des étapes précises des procédures et des événements.

Ceci ne veut pas dire que ce qui est raisonnable peut être fixé à l’avance avec précision. Ce serait « être victime de la tyrannie des chiffres ». Mais l’avantage existant lorsqu’on a affaire au délai est que le caractère raisonnable est déterminable grâce à la précision qui entoure la survenance de certains événements, par exemple, l’interpellation, l’enquête préliminaire, le procès et l’intervalle de temps les séparant. [p. 923]

[257] In *Conway*, L'Heureux-Dubé J. wrote for the majority that the “protection afforded by s. 11(b) of the *Charter* is not expressed in absolute terms” and that “the right to a speedy trial ‘is necessarily relative. It is consistent with delays and depends upon circumstances’”: p. 1672, quoting *Beavers v. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905), at p. 87.

[258] In *Smith*, Sopinka J. for the Court elaborated on this point:

The question is, at what point does the delay become unreasonable? If this were simply a function of time, the matter could be easily resolved. Indeed a sliding scale of times could be developed with respect to specified offences which could be adjusted because of the special circumstances of the case. But it is not simply a function of time, but of time and several other factors. What those basic factors are is not the subject of disagreement. [p. 1131]

[259] In *Askov* and *Morin*, this Court again reiterated the importance of the balancing test in determining reasonable delay. In fact, in *Morin*, this Court specifically declined to create an administrative guideline for the “inherent” or “intake” time requirements of a case, noting the “significant variation between some categories of offences”: p. 792. Sopinka J. wrote that as “the number and complexity of [intake requirements of a case] increase, so does the amount of delay that is reasonable”: *ibid.*

[260] Thus, the Court has said on several occasions that reasonable inherent time requirements for cases do not lend themselves to the creation of administrative guidelines.

[261] Moreover, a judicially fixed ceiling for overall case disposition is at odds with jurisprudence arising from every other jurisdiction with a speedy trial guarantee of which I am aware. In *Trial Within a Reasonable Time* (1992), Michael A. Code wrote that “[i]t is generally foreign to the U.S. speedy trial jurisprudence to establish numerical standards of

[257] Dans l’arrêt *Conway*, la juge L’Heureux-Dubé écrivait pour les juges majoritaires que « [l]a protection offerte par l’al. 11b) de la *Charte* n’est pas exprimée en termes absolus » et que « le droit d’être jugé promptement [. . .] [TRADUCTION] “est nécessairement relatif. Il admet des retards et sa nature dépend des circonstances” » : p. 1672, citant *Beavers c. Haubert*, 198 U.S. 77 (1905), p. 87.

[258] Dans l’arrêt *Smith*, le juge Sopinka est allé plus loin en donnant les précisions suivantes, au nom de la Cour :

La question est de savoir à quel point le délai devient déraisonnable. S’il s’agissait simplement d’une question de temps, la question pourrait être facilement tranchée. En fait, on pourrait mettre au point une mesure de temps relative à certaines infractions qui pourrait être ajustée en fonction des circonstances spéciales de l’affaire. Toutefois, il s’agit non pas d’une simple question de temps, mais d’une question de temps et de plusieurs autres facteurs. Il n’y a pas de désaccord au sujet de la nature de ces facteurs fondamentaux. [p. 1131]

[259] Dans les arrêts *Askov* et *Morin*, la Cour a rappelé l’importance de l’exercice de mise en balance pour fixer un délai raisonnable. De fait, dans l’arrêt *Morin*, elle a expressément refusé d’établir des lignes directrices administratives en ce qui a trait à la durée des délais « inhérent » ou « préparatoire », faisant observer qu’il pouvait y avoir « une différence importante entre certaines catégories d’infractions » : p. 792-793. Le juge Sopinka a précisé que « [s]i le nombre et la complexité [des mesures préparatoires] augmentent, la longueur du délai raisonnable augmente également » : p. 792.

[260] La Cour a donc affirmé à plusieurs reprises que le concept de délai inhérent raisonnable pour juger une affaire se prête mal à l’élaboration de lignes directrices administratives.

[261] En outre, le fait d’établir par voie judiciaire un plafond fixe pour l’ensemble des causes contredit la jurisprudence de tous les autres pays où, à ma connaissance, il existe une garantie de procès rapides. Dans son ouvrage *Trial Within a Reasonable Time* (1992), Michael A. Code écrit que [TRADUCTION] « l’idée de fixer des normes numériques de

any kind”: p. 119. The presence of time limitations, whether judicial or statutory, are virtually unheard of in European jurisdictions. In *Can excessive length of proceedings be remedied?* (2007), the Venice Commission polled a number of jurisdictions ranging from Albania to the former Yugoslav Republic of Macedonia, all of which replied in the negative to the questions as to whether there was a deadline or fixed time frame in which the competent authorities need rule on a criminal matter: Section II (pp. 65-322). Statutory timelines are, of course, an entirely different matter and I will have more to say about them in a moment.

[262] There is no parallel between the administrative guidelines for institutional delay adopted in *Askov* and *Morin* and the ceilings for overall delay proposed in my colleagues’ reasons. As I have explained, institutional delay is concerned with how long one should have to wait for the court to be ready to hear the case. This is not a question that depends to any significant extent on the particular circumstances of the case. It is mainly a question of resources. It is quintessentially a judicial function under the Constitution to set some clear limits on the point at which the state’s plea of inadequate resources must give way to the constitutionally guaranteed right to be tried within a reasonable time. The administrative guidelines in *Askov* and *Morin* serve the reasonableness analysis by defining when state-provided court services should reasonably be available. Unlike the proposed ceilings, the administrative guidelines do not attempt to define what would be a reasonable time for trying all cases in all circumstances. Moreover, the administrative guidelines were intended to be generous and established “neither a limitation period nor a fixed ceiling on delay”: *Morin*, at pp. 795-96.

quelque ordre que ce soit est, de façon générale, étrangère à la jurisprudence américaine sur l’obligation d’instruire les procès rapidement » : p. 119. Les délais de prescription, qu’ils soient d’origine judiciaire ou législative, sont aussi pratiquement inconnus en Europe. Dans son rapport intitulé *Can excessive length of proceedings be remedied?* (2007), la Commission de Venise a mené un sondage auprès de plusieurs pays, allant de l’Albanie à l’ancienne République yougoslave de Macédoine. Ceux-ci ont tous répondu par la négative à la question de savoir si leurs autorités compétentes étaient soumises à un délai à ne pas dépasser ou à une échéance fixe pour juger une affaire criminelle : section II (p. 65-322). Bien entendu, les délais prévus par la loi sont dans une catégorie à part, et j’y reviendrai un peu plus loin.

[262] Il n’y a aucun parallèle entre les lignes directrices administratives en matière de délais institutionnels qui ont été adoptées dans les arrêts *Askov* et *Morin* et les plafonds que proposent mes collègues dans leurs motifs en ce qui concerne le délai total nécessaire pour juger une affaire. Comme je l’ai déjà expliqué, le délai institutionnel concerne le temps que l’on devrait avoir à attendre avant que le tribunal ne soit prêt à instruire l’affaire. Cette question n’a pour ainsi dire rien à voir avec les circonstances particulières de l’affaire. Il s’agit surtout d’une question de ressources et il revient essentiellement aux tribunaux, en vertu de la Constitution, de préciser clairement dans quelles circonstances le manque de ressources invoqué par l’État doit céder devant le droit garanti par la *Charte* d’être jugé dans un délai raisonnable. Les lignes directrices administratives énoncées dans les arrêts *Askov* et *Morin* sont utiles à l’analyse du caractère raisonnable puisqu’elles précisent dans quelle mesure les services judiciaires offerts par l’État devraient raisonnablement être accessibles. Contrairement aux plafonds proposés, les lignes directrices administratives ne tentent pas de définir ce qui constituerait un délai d’instruction raisonnable qui s’appliquerait à toutes les affaires dans toutes les situations. En outre, elles ont été conçues pour être généreuses et pour ne prévoir « ni une période de prescription, ni une durée maximale » : *Morin*, p. 796.

[263] The proposed judicially created “ceilings” largely uncouple the right to be tried within a reasonable time from the concept of reasonableness which is the core of the right. The bedrock constitutional requirement of reasonableness in each particular case is replaced with a fixed ceiling and is thus converted into a requirement to comply with a judicially legislated metric. This is inconsistent with the purpose of the right, which after all, is to guarantee trial within a reasonable time. Reducing “reasonableness” to a judicially created ceiling, which applies regardless of context, does not achieve this purpose.

[264] Moreover, this approach unjustifiably diminishes the right to be tried within a reasonable time. As I see it, a case is not tried within a reasonable time if it has taken “markedly longer than it reasonably should have” (para. 48) to be tried. Other than in very unusual circumstances, that is what an accused has to show to establish a breach of s. 11(b) of the *Charter*. But that is not enough under the proposed framework. When the elapsed time is below the ceiling, an accused would have to show not only that the case took “markedly longer” than it reasonably should have but also that he or she “took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings”: para. 48. This requirement has no bearing on whether the time to trial was unreasonable. It is, in effect, a judicially created diminishment of a constitutional right, and one for which there is no justification. I see no basis in the constitutional text or the jurisprudence for imposing this burden on an accused person.

[265] My colleagues’ “qualitative review of nearly every reported s. 11(b) appellate decision from the past 10 years, and many decisions from trial courts” (para. 106) suggests that my concerns on this score are not theoretical. That examination shows that our superior courts found unreasonable delay in 20 per cent of the cases where the delay was at or under the 30-month ceiling. The percentage is about the

[263] Les « plafonds » que l’on propose de créer par voie judiciaire dissocient en grande partie le droit d’être jugé dans un délai raisonnable du concept de caractère raisonnable qui est au cœur de ce droit. L’exigence constitutionnelle fondamentale du caractère raisonnable dans chaque cas donné est remplacée par des plafonds fixes, et est ainsi transformée en une obligation de se conformer à une valeur numérique dictée par le droit prétorien. Cette approche contredit par ailleurs la raison d’être de ce droit, qui vise après tout à garantir la tenue d’un procès dans un délai raisonnable. Réduire la notion de « caractère raisonnable » à un plafond créé au moyen d’une règle de droit prétorienne qui s’applique sans tenir compte du contexte ne réalise pas cet objectif.

[264] Cette approche restreint en outre de manière injustifiable le droit d’être jugé dans un délai raisonnable. À mon sens, un accusé n’a pas été jugé dans un tel délai si le procès a été « nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être » : par. 48. Sauf dans des circonstances fort inusitées, c’est pourtant ce que l’accusé devra démontrer pour établir qu’il y a eu violation de l’al. 11b) de la *Charte*. Le cadre d’analyse proposé exige cependant encore davantage. Lorsque le temps écoulé sera inférieur au plafond fixé, l’accusé sera tenu de démontrer non seulement que l’affaire a duré « nettement plus long[temps] » que ce qu’elle aurait raisonnablement dû prendre, mais également qu’il « a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance » : par. 48. Cette exigence n’a aucune incidence sur la question de savoir si le délai écoulé avant l’instruction a été déraisonnable. Il s’agit en fait d’une restriction injustifiée apportée par les tribunaux à un droit constitutionnel. Je ne vois, ni dans le texte constitutionnel ni dans la jurisprudence, rien qui justifie de faire porter un tel fardeau à l’accusé.

[265] L’analyse qualitative qu’ont menée mes collègues de « pratiquement tous les arrêts publiés portant sur l’al. 11b) rendus en appel au cours des 10 dernières années de même que de nombreux jugements de première instance » (par. 106) donne à penser que mes préoccupations à ce chapitre ne sont pas théoriques. En effet, il ressort de cet examen que nos cours supérieures ont jugé le délai

same for the provincial court cases at or under the ceiling. But under the proposed framework, none of these cases could be stayed absent proof by the accused that they had attempted to actively expedite the process. Imposing this burden is contrary to the Court's holding in *Askov* that "it is the responsibility of the Crown to bring the accused to trial" and that "any inquiry into the conduct of the accused should in no way absolve the Crown from its responsibility to bring the accused to trial": p. 1227.

[266] The proposed approach in effect substitutes a right to be "tried under the ceiling" for a right to be tried within a reasonable time. In doing so, it unjustifiably diminishes the right guaranteed by the *Charter* and sets aside a central teaching of our s. 11(b) jurisprudence — that reasonableness cannot be captured by a number.

B. *Creating Presumptive Ceilings for Reasonableness Is a Legislative, Not a Judicial Task*

[267] Creating fixed or presumptive ceilings is a task better left to legislatures. If such ceilings are to be created, Parliament should do so. As Lamer J. stated in *Mills*: "There is no magic moment beyond which a violation will be deemed to have occurred, and this Court should refrain from legislating same" (p. 942; see also *Conway*, at p. 1697 (concurring)).

[268] Prof. P. W. Hogg's *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.) notes that a number of commentators have advocated that Parliament enact fixed time limits for trials: s. 52.5. The Law Reform Commission in *Trial Within a Reasonable Time: A Working Paper Prepared for the Law Reform Commission of Canada* (1994) ("Working Paper") pointed to a

déraisonnable dans 20 p. 100 des cas où il était de 30 mois ou moins. Le pourcentage est à peu près le même pour les causes portées devant une cour provinciale où le délai était inférieur au plafond ou l'avait atteint. Or, selon le cadre proposé, aucun de ces procès ne pourrait faire l'objet d'un arrêt des procédures à moins que les accusés ne démontrent qu'ils ont pris des mesures pour accélérer l'instance. Imposer ce fardeau est contraire à la conclusion de la Cour dans *Askov* selon laquelle, d'une part, « il incombe au ministère public de faire subir à un accusé son procès » et, d'autre part, « l'examen des actes de l'accusé ne doit en rien soustraire le ministère public à sa responsabilité de soumettre [celui-ci] à son procès » : p. 1227.

[266] L'approche proposée a pour effet de remplacer le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par celui d'être « jugé conformément au plafond fixé ». Elle a ainsi pour effet de restreindre de manière injustifiable un droit garanti par la *Charte* et de faire abstraction d'un enseignement central de la jurisprudence de la Cour relative à l'al. 11b) — soit que le caractère raisonnable est un concept que l'on ne peut ramener à une valeur numérique.

B. *Établir des plafonds qui créent une présomption en matière de caractère raisonnable est une tâche qui revient au législateur et non aux tribunaux*

[267] La décision de créer des plafonds fixes ou présumés est une tâche qu'il vaut mieux laisser au législateur, et si de tels plafonds doivent être créés, c'est au législateur de s'en charger. Comme le juge Lamer l'a déclaré l'arrêt *Mills* : « Il n'y a pas de moment magique après lequel une violation sera censée avoir lieu et cette Cour devrait éviter d'en adopter un » (p. 942; voir également *Conway*, p. 1697 (opinion concordante)).

[268] Dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), le professeur P. W. Hogg signale qu'un certain nombre de commentateurs ont préconisé l'adoption par le législateur de délais fixes en ce qui a trait aux procès : par. 52.5. Qui plus est, dans son rapport intitulé *La tenue du procès dans un délai raisonnable : un document de*

number of considerations that weigh in favour of legislative standards, instead of judicially imposed ceilings: pp. 5-6.

[269] First, courts do not, and should not, function as legislatures. As the *Working Paper* put it:

The courts have been given a greatly expanded role with the *Charter*, but their essential function has not changed. They do not function as legislating bodies; their principal task is adjudicating conflicts brought before them. Rather, it is the role of Parliament to advance and enhance constitutional rights through legislative standards which the *Charter*, by its very nature, can provide only in general terms. As Chief Justice Dickson stated in *Hunter v. Southam Inc.* [, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169]:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. [p. 5]

[270] The *Working Paper* also pointed out that legislative timelines can be more easily changed:

Another advantage of statutory rules or internal court goals is that they can more easily be adjusted and fine-tuned: constitutional standards, in contrast, are difficult to amend. This will be particularly valuable in the case of the right to a trial within a reasonable time. [p. 6]

[271] In addition, the *Working Paper* noted that legislation can more comprehensively address the root causes of delay:

In addition, statutory provisions are not restricted to establishing time-limits. A *Charter* decision can do little beyond setting a maximum allowable delay and providing a remedy when it is exceeded. While this approach may be satisfactory from the perspective of the individual accused, it does not address the societal interest.

travail préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada (1994) (« *Document de travail* »), la Commission de réforme du droit a mis en lumière plusieurs facteurs qui militent pour l'adoption de normes législatives plutôt que de plafonds imposés par les tribunaux : p. 5-6.

[269] Tout d'abord, la Commission a signalé que les tribunaux ne doivent pas et ne devraient pas s'arroger le rôle du législateur. Ainsi qu'elle l'expliquait dans le *Document de travail* :

Le pouvoir judiciaire a vu son rôle grandement élargi après l'adoption de la *Charte*, mais sa fonction essentielle n'a pas changé. Le fonctionnement des tribunaux n'est pas celui des corps législatifs : leur tâche principale est de trancher les litiges dont ils sont saisis. Il incombe plutôt au Parlement de parfaire les droits constitutionnels en adoptant des mesures législatives que la *Charte*, en raison de sa nature même, ne peut qu'énoncer en termes généraux. Comme le déclarait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam [Inc.]*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169] :

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. [p. 5-6]

[270] Ensuite, la Commission soulignait dans le *Document de travail* qu'il est plus facile de modifier des délais prescrits par la loi :

Contrairement aux normes constitutionnelles qui sont difficiles à modifier, les mesures législatives et administratives sont préférables, car elles peuvent être plus facilement ajustées ou finement réglées. Celles-ci s'avèreront particulièrement utiles pour faire respecter le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. [p. 6]

[271] Enfin, la Commission faisait observer que les lois peuvent aborder de façon plus exhaustive les causes profondes du problème des délais :

De plus, les dispositions législatives ne servent pas uniquement à fixer des limites de temps. Une décision fondée sur la *Charte* ne peut guère plus que déterminer le délai maximal permis et accorder réparation si celui-ci n'est pas respecté. Bien que cette approche puisse être satisfaisante du point de vue de l'accusé, elle ne prend

Statutory provisions, on the other hand, can address the underlying causes of delay, rather than merely responding to failures to meet the standard. [p. 6]

[272] Creating presumptive, fixed ceilings is a matter for Parliament, not for this Court, in my respectful view.

[273] My colleagues write, and I agree, that giving meaningful content to constitutional rights is entirely consistent with the judicial role: para. 115. But that is not what the proposed ceilings do. The proposed ceilings do not so much define the content of the s. 11(b) right to a trial within a reasonable time as place new limits on the exercise of that right for reasons of administrative efficiency that have nothing to do with whether the delay in a given case was or was not excessive. In my respectful view, this is inconsistent with the judicial role.

C. *The Proposed Presumptive Ceilings Are Not Supported by the Record*

[274] The proposed ceilings have no support in the record that was placed before the Court in this case. The Court did not hear argument about the impact of imposing them, which remains unknown.

[275] Moreover, the ceilings appear to be illogical. The ceilings accept the *Morin* guidelines for institutional delay: 8 to 10 months in provincial courts and 14 to 18 months in cases involving a preliminary hearing and a trial (para. 52). This means that the proposed ceilings allow 8 to 10 months for the inherent time requirements of the case in provincial courts, which seems long, while allowing only marginally more inherent time requirements (12 to 16 months) for cases — generally significantly more complex cases — that involve a preliminary inquiry and a trial. As well, under the ceilings, the seriousness or gravity of the offence cannot be relied on to discharge the onus which the ceilings impose: para. 81. Yet under the transitional

pas en compte l'intérêt de la société. En revanche, les mesures législatives peuvent s'attaquer aux causes sous-jacentes aux délais et non simplement régler les cas de non-respect de la norme. [p. 6-7]

[272] Soit dit en tout respect, j'estime que c'est effectivement au législateur et non à la Cour qu'il revient de créer des plafonds fixes présumés.

[273] Mes collègues écrivent — et j'abonde tout à fait dans leur sens à cet égard — qu'il est entièrement conforme à la fonction judiciaire de donner un contenu réel aux droits constitutionnels : par. 115. Mais ce n'est pas l'effet qu'entraînent les plafonds proposés. De fait, ces derniers n'ont pas tant pour effet de préciser la teneur du droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11b) que celui d'assortir de nouvelles restrictions l'exercice de ce droit pour des raisons d'efficacité administrative qui n'ont rien à voir avec la question du caractère excessif ou non du délai dans un cas déterminé. À mon avis, l'imposition de tels plafonds est incompatible avec le rôle dévolu aux tribunaux.

C. *Le dossier n'appuie pas la création des plafonds proposés*

[274] Rien dans le dossier qui a été soumis à la Cour en l'espèce n'appuie par ailleurs l'établissement des plafonds proposés. La Cour n'a pas entendu d'arguments sur les conséquences de leur imposition, qui demeurent donc inconnues.

[275] De plus, les plafonds semblent illogiques. Ils reprennent les lignes directrices données dans l'arrêt *Morin* en ce qui concerne le délai institutionnel : 8 à 10 mois pour les procès tenus devant les cours provinciales et 14 à 18 mois pour les procès comportant une enquête préliminaire et un procès (par. 52). On constate donc que les plafonds proposés prévoient 8 à 10 mois comme balise pour le délai inhérent dans le cas d'un procès se déroulant devant une cour provinciale. Cela semble long, d'autant plus que ces mêmes plafonds n'accordent que peu de temps supplémentaire (soit 12 à 16 mois) pour les procès qui comportent une enquête préliminaire en plus d'un procès — et qui sont, en règle générale, beaucoup plus complexes.

scheme, this remains a relevant factor: para. 96. The illogical result is that serious offences are more likely to be stayed under the ceilings than under the transitional scheme.

[276] What evidence there is in the record suggests that it would be unwise to establish these sorts of ceilings. For the vast majority of cases, the ceilings are so high that they risk being meaningless. They are unlikely to address the culture of delay that is said to exist. If anything, such high ceilings are more likely to feed such a culture rather than eliminate it.

[277] Consider the statistical information that we have in the record which is from the Provincial Court of British Columbia. It suggests that the proposed ceiling for the provincial courts is too high to be of any use in encouraging more expeditious justice in the vast majority of cases.

[278] The proposed ceiling is set for 18 months in provincial courts. But the median time to disposition of matters in the Provincial Court of British Columbia was 95 days in 2011-2012, with the average being 259 days, both well below the proposed ceiling: B.C. Justice Reform Initiative, *A Criminal Justice System for the 21st Century* (2012), at p. 30. Of course, these statistics relate to all matters, the vast majority of which (about 95 percent) are disposed of without trial: p. 33. The time to trial varies widely by court location with the time to the commencement of trial for a 2-day case varying in the Provincial Court from 12 to 16 months: p. 34. (I note that this period does not include the period from intake until a trial date is set and measures only to the beginning, not the end of the trial: “Justice Delayed: A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources” (September 2010) (online), at p. 21.) But there is not much here to lead

De même, dans le contexte de l’application des plafonds, le sérieux et la gravité de l’infraction ne peuvent servir à inverser le fardeau qu’ils imposent : par. 81. Or, suivant le régime transitoire proposé par mes collègues, il s’agit d’un facteur qui demeure pertinent : par. 96. Il en résulte une situation illogique où, en appliquant les plafonds, les procès intentés à l’égard d’infractions graves sont plus susceptibles de faire l’objet d’arrêts des procédures que ceux visés par le régime transitoire.

[276] Les éléments de preuve versés au dossier donnent en outre à penser qu’il serait imprudent de fixer ce type de plafonds. Dans la grande majorité des cas, les plafonds sont tellement élevés qu’ils risquent de perdre tout leur sens. Ils risquent de ne contribuer d’aucune façon à pallier le problème de la soi-disant culture des délais. En fait, des plafonds aussi élevés risquent davantage d’alimenter une telle culture que de l’éliminer.

[277] Prenons par exemple les statistiques de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique qui sont citées au dossier. Elles suggèrent que le plafond proposé pour les cours provinciales est trop haut pour servir de quelque façon que ce soit dans la vaste majorité des cas à encourager le traitement plus rapide des dossiers par les tribunaux.

[278] En effet, bien que le plafond proposé soit fixé à 18 mois dans le cas des cours provinciales, le temps médian qui s’est écoulé dans cette juridiction en Colombie-Britannique jusqu’au dénouement des affaires dont elle a été saisie a été de 95 jours en 2011-2012 et la moyenne de 259 jours. Or, dans les deux cas, ces chiffres se situent bien en deçà du plafond proposé : B.C. Justice Reform Initiative, *A Criminal Justice System for the 21st Century* (2012), p. 30. Évidemment, ces statistiques concernent l’ensemble des causes, dont l’immense majorité (soit environ 95 p. 100) se termine sans procès : p. 33. De plus, le temps écoulé avant le procès varie considérablement selon l’emplacement géographique du tribunal, comme en fait foi le cas de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique où le délai écoulé avant l’ouverture du procès, dans le cas d’une affaire de 2 jours, varie de 12 à 16 mois : p. 34. (Je constate que cette période ne tient pas compte du délai écoulé

one to think that the ceilings will do anything to improve the timeliness of the vast majority of criminal cases in the Provincial Court. And, as I will discuss shortly, the ceilings put a small percentage of the total caseload, but a large number of long cases, at serious risk of judicial stay.

[279] The “qualitative review” conducted by Justices Moldaver, Karakatsanis, and Brown “assisted in developing the definition of exceptional circumstances” and provided “a rough sense of how the new framework would have played out in some past cases”: para. 106. This examination has not been the subject of adversarial scrutiny or debate, and how it “assisted” in developing the definition of exceptional circumstances is unstated. In any case, the examination as I have reviewed it suggests that the proposed ceilings are unrealistic and that their implementation risks large numbers of judicial stays.

[280] What does this examination tell us about the appropriateness of the ceilings? Consider first the superior court cases over the past 10 years in which stays were granted. The average “net” delay was about 44 months, with the median “net” delay being about 37 months. This provides no support for a ceiling of 30 months for superior court cases. The examination is no more supportive in relation to the provincial courts. Looking at provincial court cases in which stays were granted, the average “net” delay was about 27 months and the median was 24.5 months (I have excluded Quebec from this calculation because of the distinctive jurisdiction of the Court of Québec). Once again, my colleagues’ examination of the cases fails to support

du début des mesures préparatoires jusqu’à ce que la date du procès soit fixée et qu’il prend en considération uniquement le temps écoulé jusqu’à l’ouverture du procès et non jusqu’à sa clôture : « Justice Delayed : A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources » (septembre 2010) (en ligne), p. 21.) Dans ces circonstances, force est de reconnaître qu’on dispose de bien peu d’éléments pour pouvoir conclure que les plafonds contribueront de quelque manière que ce soit à accélérer le déroulement de l’immense majorité des instances criminelles introduites devant la Cour provinciale. En outre, comme je vais l’expliquer sous peu, les plafonds exposent un faible pourcentage du total des causes, mais un grand nombre de longs procès, à un risque sérieux de faire l’objet d’un arrêt des procédures.

[279] L’« examen qualitatif » de la jurisprudence mené par les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown a « aidé à définir ce qui constitue des circonstances exceptionnelles » et a donné « une idée générale de la façon dont ce cadre se serait appliqué dans certaines affaires passées » : par. 106. Il n’a toutefois pas fait l’objet d’un débat contradictoire ou d’une analyse et rien n’est dit quant à la façon dont il a « aidé » à définir ce qui constitue des circonstances exceptionnelles. Quoi qu’il en soit, cet examen, comme je l’ai expliqué, tend à indiquer que les plafonds proposés sont irréalistes et que leur mise en œuvre risque d’entraîner un grand nombre d’arrêts des procédures.

[280] Que nous dit par ailleurs cet examen quant à l’à-propos des plafonds? Arrêtons-nous tout d’abord sur les décisions dans lesquelles des cours supérieures ont accordé un arrêt des procédures au cours des 10 dernières années. Dans ces cas, le délai moyen « net » a été d’environ 44 mois, et le délai médian « net » de près de 37 mois. Ces délais n’appuient nullement le plafond de 30 mois proposé pour les affaires portées devant une cour supérieure. L’examen n’est guère plus concluant dans le cas des cours provinciales. Si l’on examine les décisions de ces cours dans lesquelles un arrêt des procédures a été ordonné, on constate que le délai moyen « net » a été d’environ 27 mois, et le délai médian « net » de 24 mois et demi (j’ai exclu le Québec

the proposed ceiling of 18 months for provincial court cases.

[281] Developing the proposed ceilings in the absence of evidence and submissions by counsel contrasts with the Court's development of the administrative guidelines for institutional delay in *Askov* and *Morin*. In those cases, the Court had the benefit of extensive evidence including statistical information from comparable jurisdictions and expert opinion: *Morin*, at p. 797. The record in *Morin* included four volumes of evidence, largely consisting of evidence from three experts with exhibits on the issue of institutional delay across various jurisdictions in Canada — in fact, two volumes of the record were exclusively devoted to such information. This record contained evidence from a solicitor in the region of Durham, the region at issue in *Morin*, who was a member of the trial delay reduction committee in the region. His evidence included statistical information and information about the efforts made to reduce delay in the region. Furthermore, the record included extensive evidence from Professor Baar, who “has written and consulted extensively on court administration in general and case flow management in particular in Canada, the United States and other jurisdictions”: *R. v. Morin* (1990), 55 C.C.C. (3d) 209 (Ont. C.A.), at p. 213. This extensive record enabled the Court to analyze the respective caseloads of provincial courts and superior courts, the increase in caseload in particular regions (including in Durham), reasons for the growth in this caseload, and the abilities of various courts to handle the increasing caseload: see *Morin* (S.C.C.), at pp. 798-99. The broad range set out in the administrative guidelines in *Morin* (eight to ten months in provincial court; six to eight months from committal to trial) was derived from the considerable mass of evidence then before the Court.

de ce calcul en raison de la compétence distincte de la Cour du Québec). Encore une fois, l'examen que mes collègues font de ces décisions n'appuie pas le plafond de 18 mois proposé dans le cas des procès en cour provinciale.

[281] Fixer les plafonds proposés sans disposer d'éléments de preuve ou d'arguments des avocats tranche avec la façon dont la Cour a élaboré ses lignes directrices en matière de délai institutionnel dans les arrêts *Askov* et *Morin*. Dans ces affaires, la Cour bénéficiait d'une preuve abondante, dont des statistiques provenant de juridictions comparables, ainsi que des avis d'experts : *Morin*, p. 797. Dans l'affaire *Morin*, le dossier comprenait quatre recueils de preuve composés en grande partie du témoignage de trois experts et de pièces portant sur la question des délais institutionnels dans diverses provinces canadiennes; en fait, deux des volumes du dossier étaient exclusivement consacrés à ces renseignements. On trouvait dans ce dossier le témoignage d'un procureur de la région de Durham, membre du comité chargé de proposer des solutions pour réduire les délais judiciaires dans cette région — celle qui était en cause dans l'affaire *Morin*. Cet expert avait cité des statistiques et des renseignements concernant les mesures prises pour réduire les délais dans cette région. De plus, le dossier contenait le témoignage détaillé du professeur Baar qui [TRADUCTION] « a beaucoup écrit et consulté sur la question de l'administration judiciaire en général et sur la gestion des instances, notamment au Canada, aux États-Unis et ailleurs » : *R. c. Morin* (1990), 55 C.C.C. (3d) 209 (C.A. Ont.), p. 213. Grâce à ce dossier fouillé, la Cour a été en mesure d'analyser le nombre de dossiers des cours provinciales et des cours supérieures, la hausse du nombre de causes dans certaines régions — y compris celle de Durham —, les raisons de l'augmentation du nombre de causes et la capacité de diverses juridictions à faire face à cette augmentation : voir *Morin* (C.S.C.), p. 798-799. Le large éventail proposé dans les lignes directrices administratives par l'arrêt *Morin* (de huit à dix mois, s'agissant des cours provinciales, et de six à huit mois entre l'envoi à procès et le procès) s'inspirait de cette preuve abondante alors portée à l'attention de la Cour.

D. *There Is a Significant Risk of Negative Consequences*

[282] My colleagues acknowledge that, if their new framework were applied immediately, there would be a risk of thousands of cases being off-side the new ceilings and being judicially stayed as a result: para. 98. There are worrying signs in the limited record that we do have that large numbers of cases (although not a large percentage of the total cases dealt with by the courts) would be at risk if the presumptive ceilings were applied.

[283] The record indicates that, in the British Columbia Provincial Court, as of March 31, 2010, there were over 2,000 adult criminal cases pending for over 18 months. As of 2011, this represented 13 percent of the caseload of the Provincial Court. As of 2012, 4 percent of pending cases in the Provincial Court had been in the system for more than two years: “Justice Delayed”, at p. 23; B.C. Justice Reform Initiative, at p. 35. Thus the limited record that we do have suggests that the proposed ceiling of 18 months in provincial courts, if applied now, would put thousands of prosecutions in the Provincial Court at serious risk of being judicially stayed. Dramatic improvements for the group of cases at the top end of the delays would be required to avoid thousands of judicial stays under the proposed ceilings.

[284] The examination of the case law undertaken by my colleagues increases rather than diminishes this concern. As I noted earlier, the average time for stays in superior courts, based on that analysis, is about 44 months, with the median being about 37 months. This time period significantly exceeds the proposed 30-month ceiling. If these figures can be relied on, they suggest that the proposed ceilings

D. *Il y a un risque important de conséquences néfastes*

[282] Mes collègues reconnaissent que, si le nouveau cadre qu’ils proposent était appliqué immédiatement, des milliers d’instances risqueraient de ne pas respecter les nouveaux plafonds et de faire l’objet d’un arrêt des procédures pour cette raison : par. 98. Le dossier limité soumis à la Cour renferme des éléments faisant craindre qu’un grand nombre d’affaires (même s’il s’agit d’un faible pourcentage de l’ensemble des causes dont sont saisis les tribunaux) risquerait de faire l’objet d’un arrêt des procédures si les plafonds présumés devaient s’y appliquer dès à présent.

[283] En effet, suivant le dossier, à la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, il y avait en date du 31 mars 2010 plus de 2 000 causes en matière criminelle concernant des adultes qui étaient en instance depuis plus de 18 mois. En 2011, les affaires de ce type représentaient 13 p. 100 de toutes celles portées devant la Cour provinciale, tandis qu’en 2012, 4 p. 100 des affaires portées devant cette cour étaient pendantes depuis plus de deux ans : « Justice Delayed », p. 23; B.C. Justice Reform Initiative, p. 35. Ainsi, suivant le dossier limité dont nous disposons, il y a lieu de penser que, s’il était appliqué dès maintenant, le plafond de 18 mois proposé pour les causes entendues devant les cours provinciales exposerait des milliers de poursuites introduites devant celle de la Colombie-Britannique au risque sérieux de faire l’objet d’un arrêt des procédures. Il faudrait donc que les délais pour instruire des causes appartenant à cet ensemble d’affaires dont les délais accumulés sont les plus longs fassent l’objet d’une amélioration spectaculaire pour éviter que des milliers d’arrêts des procédures soient provoqués par les plafonds proposés.

[284] Loin d’apaiser ces préoccupations, l’examen de la jurisprudence entrepris par mes collègues ne fait donc que les raviver. Je le répète, selon cette analyse, le délai moyen pour lequel les cours supérieures ont accordé un arrêt des procédures était d’environ 44 mois, et le délai médian d’environ 37 mois. Or, ces délais dépassent de beaucoup le plafond de 30 mois proposé. Si ces chiffres sont

would require unrealistic and improbable improvement in case processing times to avoid many judicial stays.

[285] The transitional regime which my colleagues propose is intended to avoid the problems that would arise from immediate application of the presumptive ceilings. In my view, these transitional provisions will not avoid the risk of thousands of judicial stays of proceedings.

[286] Although my colleagues maintain that different criteria should not apply during the transitional period, they in fact establish different criteria for transitional cases. To take only one example, there will be a “transitional exceptional circumstance” if the parties reasonably relied on the law as it previously existed and have not had time “to correct their behaviour”: para. 96. In other words, the ceilings do not apply to some transitional cases.

[287] The basic problem with this is that transitional provisions create a *Charter* amnesty. What is unreasonable according to the Constitution is treated as if it were reasonable. The justification for this is that parties require time to correct their behaviour following the release of this decision. However, this sort of *Charter* amnesty is contrary to our s. 11(b) jurisprudence.

[288] *Morin* ruled against transitional provisions in s. 11(b) cases and explained why purporting to set up a parallel system of rules to govern existing cases is wrong in principle. Sopinka J. for the majority wrote, at pp. 797-98:

fiables, ils indiquent que les plafonds proposés exigeraient une amélioration tout aussi improbable qu’irréaliste dans le délai de traitement des dossiers pour qu’un grand nombre d’arrêts des procédures soit évité.

[285] Le régime transitoire proposé par mes collègues vise à éviter les problèmes qui découleraient de l’application immédiate des plafonds présumés. À mon avis, ce régime ne permettra pas d’éviter le risque que des milliers d’arrêts des procédures soient ordonnés par les tribunaux.

[286] Bien que mes collègues maintiennent que l’on ne devrait pas appliquer des critères différents au cours de la période transitoire, ils établissent en fait de tels critères pour les dossiers en cours d’instance durant cette période. Pour ne prendre qu’un seul exemple, mentionnons qu’on appliquerait une « mesure transitoire exceptionnelle » si les parties s’étaient raisonnablement conformées au droit tel qu’il existait auparavant et qu’elles n’auraient pas eu le temps de « corriger leur conduite » : par. 96. Autrement dit, les plafonds ne s’appliqueront pas dans certaines situations visées par les mesures transitoires.

[287] Le problème fondamental de cette approche réside dans le fait que ces dispositions transitoires créent une dispense d’application de la *Charte*, et qu’une situation que la Constitution considère comme déraisonnable sera jugée raisonnable. Pour justifier cette approche, mes collègues font valoir que les parties ont besoin de temps pour corriger leur conduite à la suite du prononcé de la présente décision. Toutefois, ce type de dispense d’application de la *Charte* va à l’encontre de notre jurisprudence relative à l’al. 11b).

[288] L’arrêt *Morin* a écarté le recours aux dispositions transitoires dans le cas des affaires mettant en jeu l’al. 11b) et expliqué la raison pour laquelle on aurait tort, en principe, d’établir un système parallèle de règles pour régir les situations existantes. Le juge Sopinka a écrit ce qui suit, au nom des juges majoritaires, p. 797-798 :

... the Court of Appeal purported to apply a transitional period to accommodate the situation in Durham. While a transitional period may have been appropriate immediately after the *Charter* came into effect, it is not appropriate any longer. This Court so held in *Askov*. The use of a transitional period implies a fixed period during which unreasonable delay will be tolerated while the system adjusts to a new set of rules. It imposes a general moratorium on certain *Charter* rights. For this reason and quite apart from the statement in *Askov* that the transitional period had ended, I would not find it appropriate in this case. It appears to me undesirable to impose a moratorium on *Charter* rights every time a region of the country experiences unusual strain on its resources. It is preferable to simply treat this as one factor in the overall decision as to whether a particular delay is unreasonable. [Emphasis added.]

[289] In my opinion, this teaching is both authoritative and sensible. I would continue to apply it.

[290] Moreover, my colleagues indicate that the proposed transitional exception applies to problems of institutional delay. But it is hard to see how this can be justified by the need to give parties an opportunity to correct their behaviour. The guidelines for reasonable institutional delay were established (at the very latest) in *Morin*, almost a quarter of a century ago. Twenty-four years is long enough for parties to modify their behaviour to comply. No transitional arrangements for institutional delay can now be justified.

[291] My colleagues write that the “contextual application of the [new] framework is intended to ensure that the post-*Askov* situation [in which tens of thousands of charges were stayed in Ontario alone] is not repeated”: para. 94. In other words, the hope is that the presumptive ceilings that are unrealistic now will become realistic in the fairly near future. But there is no basis in the record or in logical reasoning to suppose that these ceilings, if dramatically unrealistic now, will become less unrealistic

... la Cour d’appel a voulu appliquer une période de transition pour tenir compte de la situation dans le district de Durham. Bien qu’une période de transition ait pu convenir immédiatement après l’entrée en vigueur de la *Charte*, ce n’est désormais plus le cas. C’est ce que notre Cour a jugé dans l’arrêt *Askov*. L’utilisation d’une période de transition sous-entend une période déterminée durant laquelle un délai déraisonnable sera toléré pendant que le système s’ajuste à de nouvelles règles. Elle impose un moratoire général à certains droits que confère la *Charte*. Pour ce motif et indépendamment de la déclaration dans l’arrêt *Askov* selon laquelle la période de transition avait pris fin, je suis d’avis qu’une telle période de transition ne convient pas en l’espèce. Il ne me paraît pas souhaitable d’imposer un moratoire aux droits que confère la *Charte* chaque fois qu’une pression inhabituelle se manifeste à l’égard des ressources d’une région du pays. Il est préférable de traiter simplement cette situation comme un facteur qu’il faut prendre en compte dans la décision globale de savoir si un délai en particulier est déraisonnable. [Je souligne.]

[289] À mon avis, cet enseignement fait autorité en plus d’être logique. Je continuerais de l’appliquer.

[290] En outre, mes collègues indiquent que l’exception transitoire proposée s’applique au problème causé par les délais institutionnels. Il est toutefois difficile de voir comment cette exception peut se justifier par la nécessité d’accorder aux parties la possibilité de corriger leur conduite. L’énoncé le plus récent des lignes directrices en matière de délais institutionnels raisonnables remonte à l’arrêt *Morin*, il y a déjà presque un quart de siècle. Les parties ont eu amplement le temps, depuis 24 ans, de modifier leur conduite et de s’amender, et aucune disposition transitoire ne saurait maintenant se justifier en ce qui a trait aux délais institutionnels.

[291] Mes collègues écrivent que « l’application contextuelle que nous proposons du [nouveau] cadre d’analyse vise à garantir [que la situation qui s’est produite après le prononcé de l’arrêt *Askov*, où des dizaines de milliers d’accusations ont été suspendues en Ontario seulement] ne se reproduira pas » : par. 94. Autrement dit, on espère que les plafonds présumés qui sont irréalistes pour le moment deviennent réalistes dans un avenir assez rapproché. Or, rien dans le dossier ou selon tout raisonnement

with the passage of time. In my respectful view, this Court should not impose on the criminal justice system the risk that thousands of prosecutions will be judicially stayed. Doing so is especially regrettable when it is done, as is proposed here, in a virtual factual vacuum, with no opportunity for submissions about either the wisdom of this approach or the accuracy of the assumptions on which it is based.

[292] My colleagues maintain that there is a “culture of complacency towards delay” (para. 40) that has emerged in the criminal justice system, which is not addressed by the *Morin* framework. They argue that their revised approach to s. 11(b) is warranted, given that under the current framework “participants in the justice system . . . are not encouraged to take preventative measures to address inefficient practices and resourcing problems”: para. 41. But, contrary to these broad and unsupported generalizations, even the limited record before the Court indicates that the problem of excessive delay has been the focus of extensive attention by the British Columbia Provincial Court and by the governments of British Columbia, Alberta, Newfoundland and Labrador, and Ontario. The most recent statistics in the record indicate that the situation is, if anything, getting better, not worse: see “The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015” (online), at p. 5.

[293] Imposing judicially created ceilings as an aspect of our s. 11(b) jurisprudence presents risks. If we are to take these risks through the imposition of ceilings or other time limits, these limits should be created by legislation and informed by facts.

logique ne permet de penser que, s’ils sont parfaitement irréalistes maintenant, ces plafonds deviendront moins irréalistes avec le temps. Soit dit en tout respect, je ne crois pas qu’il convienne que la Cour impose au système de justice criminelle le risque que des milliers de poursuites soient abandonnées avant le procès par suite d’un arrêt des procédures. Il serait d’autant plus regrettable d’agir comme le proposent mes collègues, vu l’absence quasi totale de fondement factuel, et sans que la Cour ait eu l’occasion de recevoir des observations quant à la sagesse de cette approche ou quant à la justesse des hypothèses sur lesquelles elle est fondée.

[292] Mes collègues maintiennent qu’« une culture de complaisance vis-à-vis les délais » (par. 40) a fait son apparition dans le système de justice criminelle et que le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Morin* ne s’attaque pas à ce problème. Selon eux, il est justifié de réviser le cadre d’analyse applicable aux demandes fondées sur l’al. 11b) compte tenu du fait qu’avec le cadre d’analyse actuel « les participants au système de justice [. . .] ne sont pas incités à prendre des mesures préventives pour remédier aux pratiques inefficaces et au manque de ressources » : par. 41. Or, contrairement à ces généralisations vagues et non appuyées, il ressort du dossier même limité dont nous disposons que la Cour provinciale de la Colombie-Britannique et les gouvernements de la Colombie-Britannique, de l’Alberta, de Terre-Neuve-et-Labrador et de l’Ontario se sont attaqués sérieusement au problème des délais excessifs. Les statistiques les plus récentes versées au dossier démontrent de fait que, loin d’empirer, la situation tend à s’améliorer : voir « The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015 » (en ligne), p. 5.

[293] Bref, imposer des plafonds d’origine prétorienne dans le cadre de notre jurisprudence relative à l’al. 11b) présente des risques. S’il fallait courir de tels risques en imposant des plafonds ou d’autres délais, ceux-ci devraient être fixés par voie législative et être fondés sur des faits.

E. *The Promised Simplicity of the Ceilings Is Likely Illusory*

[294] Even if creating ceilings were an appropriate task for the courts and even if there were an appropriate evidentiary basis for them, there is little reason to think these presumptive ceilings would avoid the complexities inherent in deciding whether a particular delay is unreasonable in all of the circumstances.

[295] We can look to the experience of other jurisdictions. It appears that even fixed limitation periods set by legislatures have not succeeded in avoiding complexity. Various states in the United States have created statutory time limitation periods dealing with overall delay in criminal proceedings. At the federal level, there is the *Speedy Trial Act of 1974*, 18 U.S.C. § 3161, and there are similar provisions in many states: W. R. LaFave et al., *Criminal Procedure* (5th ed. 2009), at pp. 892-93. These provisions create time limitations, but also include a number of contingencies to account for the plethora of different circumstances under which criminal cases may arise: pp. 895-97. In short, to be workable, the legislated limits inevitably require that a number of factors be balanced and considered in determining whether any case or charge should be dismissed: p. 897. But these contingencies and this balancing simply give rise to the sort of litigation that the limits were supposed to avoid: see S. Hopwood, “The Not So Speedy Trial Act” (2014), 89 *Wash. L. Rev.* 709, at p. 715.

[296] Turning to the proposed scheme, it seems to me that rather than avoiding complexity, it simply moves the complexities of the analysis to a new location.

[297] I turn first to cases in which the delay exceeds the presumptive ceiling. Departure from the ceiling may be required by a variety of circumstances: “discrete exceptional events” (para. 75), including delay caused by unexpected recantation

E. *La simplicité promise des plafonds est vraisemblablement illusoire*

[294] Même si la création de plafonds entrerait dans les attributions des tribunaux et que la preuve présentée en l’espèce la justifiait, il y a peu de raison de penser que ces plafonds présumés permettraient d’éviter les complexités inhérentes à l’obligation de décider si un délai particulier est déraisonnable compte tenu de l’ensemble des circonstances.

[295] À cet égard, nous pourrions tirer des enseignements de l’expérience vécue dans d’autres pays. Il semble, en effet, que même les délais fixes prescrits ailleurs par le législateur n’aient pas suffi pour éviter la complexité de la tâche. Aux États-Unis, divers États ont créé, par voie législative, des délais de prescription qui imposent un délai total maximal dans le cas des poursuites criminelles. Au palier fédéral, le législateur a adopté la *Speedy Trial Act of 1974*, 18 U.S.C. § 3161, et des dispositions similaires ont été adoptées dans de nombreux États : W. R. LaFave et autres, *Criminal Procedure* (5^e éd. 2009), p. 892-893. Ces dispositions prescrivent des délais, mais prévoient également plusieurs éventualités pour tenir compte des innombrables circonstances dans lesquelles surviennent les procès criminels : p. 895-897. Bref, pour être efficaces, les délais fixés par la loi exigent inmanquablement qu’on tienne compte d’un grand nombre de facteurs et qu’on les mette en balance pour déterminer s’il y a lieu de rejeter une affaire ou une accusation : p. 897. Or, ces éventualités et cette mise en balance donnent précisément lieu au genre de litiges que les délais étaient censés permettre d’éviter : voir S. Hopwood, « The Not So Speedy Trial Act » (2014), 89 *Wash. L. Rev.* 709, p. 715.

[296] Pour revenir au régime proposé par mes collègues, il me semble qu’au lieu d’éviter la complexité de l’analyse, il ne fait que la déplacer.

[297] Voyons d’abord ce qu’il en est dans le cas où le délai excède le plafond présumé. Des dérogations à l’application du plafond peuvent être nécessaires en raison de diverses circonstances : des « événements exceptionnels distincts » (par. 75)

by a complainant and other unforeseen trial delays; delay resulting from a case's particular "complexity" (para. 77); and whether particular periods of delay could reasonably have been mitigated. It is hard to see how this framework is likely to bring greater simplicity to the analysis.

[298] The same applies to the burden on the defence in cases which fall below the ceilings. Under the proposed framework, the defence has the burden to show, first, that the time required to dispose of the case "markedly exceeds the reasonable time requirements of the case": para. 87. In order to consider a defence attempt to discharge this burden, the court will have to consider a variety of factors, including "the complexity of the case, local considerations, and whether the Crown took reasonable steps to expedite the proceedings": *ibid.* These factors largely mirror the test under the existing jurisprudence.

[299] The defence must also show that it took "meaningful, sustained steps to expedite the proceedings": para. 84. The defence must show that "it attempted to set the earliest possible hearing dates, was cooperative with and responsive to the Crown and the court, put the Crown on timely notice when delay was becoming a problem, and conducted all applications . . . reasonably": para. 85. I have already explained why I think it is inappropriate to impose this burden. But putting that aside, the need for these inquiries increases rather than reduces the complexity of the analysis mandated by the existing jurisprudence.

[300] Finally, consider the proposed transitional provisions. It is unexplained how the Crown will be able to satisfy the court that "the time the case has taken is justified based on the parties' reasonable

— y compris les délais causés par des rétractations inattendues par le plaignant et d'autres délais imprévus durant le procès —, des délais qui découlent de la « complexité » (par. 77) particulière du dossier, et la question de savoir si certaines périodes particulières auraient raisonnablement pu être minimisées. Il est difficile de voir comment ce cadre serait susceptible de simplifier ne serait-ce qu'un tant soit peu l'analyse.

[298] Il en est de même pour le fardeau dont devra s'acquitter la défense lorsque le délai sera inférieur aux plafonds. Suivant le cadre d'analyse proposé, la défense aura à démontrer, tout d'abord, que le temps qu'il a fallu pour trancher l'affaire « excède de manière manifeste le délai qui aurait été raisonnablement nécessaire pour juger l'affaire » : par. 87. Pour juger de la tentative de la défense de s'acquitter de ce fardeau, le tribunal aura à tenir compte de divers facteurs, y compris « la complexité du dossier, des considérations de nature locale, et la question de savoir si le ministère public a pris des mesures raisonnables pour accélérer l'instance » : *ibid.* Or, ces facteurs sont pratiquement le reflet du test que prescrit la jurisprudence actuelle.

[299] La défense aura aussi à démontrer qu'elle a pris « des mesures utiles et soutenues pour accélérer la procédure » : par. 84. Elle aura en outre à prouver qu'elle « a essayé d'obtenir les dates les plus rapprochées possible pour la tenue de l'audience, qu'elle a collaboré avec le ministère public et le tribunal et a répondu à leurs efforts, qu'elle a avisé le ministère public en temps opportun que le délai commençait à poser problème, et qu'elle a mené toutes les demandes [. . .] de manière raisonnable » : par. 85. J'ai déjà expliqué pourquoi j'estime qu'il ne convient pas de lui imposer ce fardeau. Mais, outre cette explication, exiger que les tribunaux soient astreints à de tels examens aura pour effet d'augmenter plutôt que de réduire la complexité de l'analyse prescrite par la jurisprudence actuelle.

[300] Examinons finalement les dispositions transitoires proposées. Mes collègues ne précisent pas comment le ministère public s'y prendra pour convaincre le tribunal que « le temps qui

reliance on the law as it previously existed” in the relevant jurisdiction, let alone how it will be shown that “the parties have [or have not] had time following the release of this decision to correct their behaviour”: para. 96. Little imagination is needed to see the ballooning evidentiary implications of these elements of the scheme. Also, it seems that for transitional cases below the ceiling, unlike cases subject to the new template, the defence does not have to prove having taken initiative to expedite matters in the period preceding this decision in order to make out a case of unreasonable delay. But doing so will assist the defence claim of unreasonable delay. The result is that even in transitional cases, the parties will be parsing the record to show how the defence did, or did not, try to move things along.

[301] These considerations suggest that the proposed presumptive ceilings will do little to simplify the task of determining whether the delay in a particular case violates the accused’s right to be tried within a reasonable time. In one way or the other, the judge must look at the circumstances of the particular case at hand.

F. *Conclusion*

[302] I am not convinced that this Court should impose the scheme proposed by my colleagues. It diminishes *Charter* rights. It casts aside three decades of the Court’s jurisprudence when no participant in the appeal called for such a wholesale change — and this in the context of a case in which all of us agree that the result is clear under the existing jurisprudence. It has not been the subject of adversarial scrutiny or debate. The record does not support the particular ceilings selected. Nor, so far as I can tell, does the Court-conducted examination of reported cases. And it risks repetition of the *Askov* aftermath in which thousands of prosecutions were

s’est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu’il existait au préalable » dans le territoire en cause, et encore moins comment on pourra démontrer qu’« après le prononcé du présent jugement, les parties ont [ou n’ont pas] eu le temps de corriger leur conduite » : par. 96. Il n’est pas nécessaire de faire preuve de beaucoup d’imagination pour concevoir les répercussions considérables qu’auront ces aspects du régime sur la preuve. Dans les affaires visées par les dispositions transitoires, il semble par ailleurs que, dans les cas où le délai total sera inférieur au plafond, contrairement à ce qui lui incombera dans les affaires visées par le nouveau modèle, la défense n’aura pas l’obligation de démontrer qu’elle a fait le nécessaire pour accélérer le déroulement de l’instance au cours de la période précédant la présente décision. Toutefois, si elle le faisait, elle obtiendrait plus facilement gain de cause sur son moyen fondé sur l’existence d’un délai déraisonnable. Ainsi, même dans les cas transitoires, les parties auront à disséquer le dossier pour démontrer comment la défense a fait ou non le nécessaire pour faire progresser l’affaire.

[301] Ces considérations donnent à penser que les plafonds présumés contribueront fort peu à faciliter la tâche de déterminer si le délai écoulé dans un cas précis a enfreint le droit de l’accusé d’être jugé dans un délai raisonnable. Le tribunal devra de toute façon examiner les circonstances du cas qui lui est soumis.

F. *Conclusion*

[302] Je ne suis pas convaincu que la Cour devrait imposer l’approche proposée par mes collègues. Elle restreint les droits consacrés par la *Charte*. Elle écarte une trentaine d’années de jurisprudence de la Cour alors qu’aucun des participants au présent pourvoi n’a réclamé une telle transformation radicale de notre droit, et ce, dans le contexte d’une affaire dans laquelle nous nous entendons tous pour dire que le résultat est clair selon la jurisprudence actuelle. En outre, l’approche proposée n’a fait l’objet ni d’un débat contradictoire ni d’une analyse de la part des parties. Le dossier n’appuie pas les plafonds retenus en l’espèce,

judicially stayed. In short, the proposed scheme is, in my respectful view, wrong in principle and unwise in practice.

V. Disposition

[303] I would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Addario Law Group, Toronto.

pas plus, pour autant que j'ai pu le constater, que l'examen par mes collègues des décisions publiées. Cette nouvelle approche risque en outre de déclencher une répétition de ce qui s'est produit dans la foulée de l'arrêt *Askov*, quand des milliers de procès se sont soldés par un arrêt des procédures. Bref, à mon avis, le cadre d'analyse proposé est erroné sur le plan théorique et peu judicieux sur le plan pratique.

V. Dispositif

[303] J'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais l'arrêt des procédures.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Peck and Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Addario Law Group, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Kenneth Gavin Williamson *Respondent*

and

**Attorney General of Alberta,
British Columbia Civil Liberties Association
and Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. WILLIAMSON

2016 SCC 28

File No.: 36112.

2015: October 7; 2016: July 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of nearly three years between charges and end of trial — Whether accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for determining s. 11(b) infringement applied.

W was charged in January 2009 for historical sexual offences against a minor. His trial ended in December 2011. W applied for a stay of proceedings due to the delay. The trial judge dismissed the application and W was convicted. The Court of Appeal allowed the appeal and entered a stay.

Held (Cromwell, Wagner and Gascon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.: Applying the new framework established in the companion appeal of *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, W's right to be tried within a reasonable

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Kenneth Gavin Williamson *Intimé*

et

**Procureur général de l'Alberta,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique et Criminal Lawyers'
Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. WILLIAMSON

2016 CSC 28

N° du greffe : 36112.

2015 : 7 octobre; 2016 : 8 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de près de trois ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application d'un nouveau cadre d'analyse pour décider s'il y a eu violation de l'art. 11b).

W a été accusé en janvier 2009 d'avoir commis, il y a longtemps, des infractions de nature sexuelle sur un mineur. Son procès s'est terminé en décembre 2011. W a demandé un arrêt des procédures en raison du délai. Le juge du procès a rejeté la demande et W a été déclaré coupable. La Cour d'appel a fait droit à l'appel et ordonné l'arrêt des procédures.

Arrêt (les juges Cromwell, Wagner et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown : Il ressort de l'application du nouveau cadre d'analyse établi dans le pourvoi connexe *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, qu'il y a eu atteinte au droit

time under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed.

The delay between the charges and the end of trial was approximately 35.5 months. W did not waive any of this delay, and solely caused only one and a half months of it. Subtracting this defence delay leaves 34 months. This is still above the 30-month presumptive ceiling established in *Jordan* for cases going to trial in the superior court. The delay is therefore presumptively unreasonable. Here, the Crown has failed to discharge its burden of showing that the delay is reasonable. The record does not disclose any delay caused by discrete, exceptional circumstances, and the case does not remotely qualify as exceptionally complex.

In addition, since W was charged before the release of *Jordan*, the transitional exceptional circumstance established in *Jordan* may apply. As stated in *Jordan*, the transitional exceptional circumstance will apply when the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the previous legal framework, upon which the parties reasonably relied.

While this is a close case, the transitional exceptional circumstance does not apply. In other words, the *Morin* framework cannot justify the nearly three years it took to bring W to trial on relatively straightforward charges. Although W did not suffer significant prejudice, the case was simple, the Crown did little to combat the substantial institutional delay, and W was reasonably proactive in attempting to move the matter along. Therefore, while the crimes committed by W are very serious, the balance weighs in favour of his interests in a trial within a reasonable time, over the societal interest in a trial on the merits. At nearly three years, this straightforward case took far longer to try than it should have.

Per McLachlin C.J.: Applying the revised *Morin* framework (*R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771) proposed by the minority in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, the Court of Appeal did not err in entering a stay of proceedings.

Per Cromwell, Wagner and Gascon JJ. (dissenting): This is a close case of excessive delay that is not clearly unreasonable. This is the sort of case in which a

de W d'être jugé dans un délai raisonnable que lui confère l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le délai entre le dépôt des accusations et la conclusion du procès a été d'environ 35 mois et demi. W n'a renoncé à invoquer aucune partie de ce délai et il est responsable d'uniquement un mois et demi de celui-ci. Après avoir soustrait ce délai imputable à la défense, il reste 34 mois. Ce délai dépasse encore le plafond présumé de 30 mois établi dans *Jordan* pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Le délai est donc présumé déraisonnable. En l'espèce, le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que le délai est raisonnable. Le dossier ne révèle aucun délai causé par des circonstances exceptionnelles et distinctes, et l'affaire ne peut aucunement être qualifiée d'exceptionnellement complexe.

En outre, puisque W a été inculpé avant le prononcé de l'arrêt *Jordan*, la mesure exceptionnelle transitoire établie dans *Jordan* peut s'appliquer. Comme il est indiqué dans cet arrêt, la mesure exceptionnelle transitoire s'applique lorsque le ministère public convainc le tribunal que le temps pris pour juger l'affaire est justifié eu égard à l'ancien cadre juridique auquel se sont raisonnablement fiées les parties.

Bien qu'il s'agisse d'un cas limite, la mesure exceptionnelle transitoire ne s'applique pas. Autrement dit, le cadre énoncé dans *Morin* ne peut justifier le délai de près de trois ans qu'a mis le ministère public pour faire subir son procès à W, qui faisait pourtant l'objet d'accusations relativement simples. Même si W n'a pas subi de préjudice important, la cause était simple, le ministère public n'a fait que très peu pour atténuer le long délai institutionnel, et W a été raisonnablement proactif pour tenter de faire avancer le dossier. Par conséquent, s'il est vrai que les crimes commis par W sont très graves, la balance penche pour son droit à un procès tenu dans un délai raisonnable plutôt que pour l'intérêt qu'a la société à ce qu'il soit jugé sur le fond. D'une durée de près de trois ans, la présente cause, relativement simple, a pris beaucoup plus longtemps qu'elle n'aurait dû raisonnablement le faire.

La juge en chef McLachlin : Il ressort de l'application du cadre révisé de l'arrêt *Morin* (*R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771) que proposent les juges minoritaires dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en ordonnant l'arrêt des procédures.

Les juges Cromwell, Wagner et Gascon (dissidents) : C'est un cas limite de délai excédentaire qui n'est pas manifestement déraisonnable. Il s'agit du type de

balancing of interests is critical in assessing unreasonable delay. Even in such a case, the new framework developed by the majority in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, for determining whether a person's right under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a trial within a reasonable time has been violated, does not allow for consideration of the strong societal interest in resolving the serious charges against W on their merits. The new framework does not permit the sort of balancing of interests that is inherent in the concept of reasonableness.

A reasonable period for this type of case to be prepared and tried was assessed at seven months. The reasonable institutional delays for both levels of court totalled 18 months, based on the upper end of the range under the guidelines in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. The reasonable time requirements of this case were therefore 25 months. The case in fact took 35.5 months. Five of those months should not be counted against the state: two months were fairly attributed to the defence and three months resulted from a scheduling issue at the preliminary inquiry stage. The difference between the 30.5 months which count against the state and the 25 months reasonably required for a case of this nature exceeds the reasonable time requirements of a case like this one by 5.5 months.

While this is not an insignificant period of time, it is not clearly unreasonable and the final balancing of relevant factors is therefore critical. For the trial judge, that balancing resulted in a finding that the delay was not unreasonable. He found that there was no actual prejudice, and there was no basis for the Court of Appeal to take a different view of this matter; the concept of "inferred prejudice" is not a useful one and, in any event, the trial judge's analysis of this issue under the then-existing law contained no error. The trial judge also found that there was a very high societal interest in having W tried on the merits for these very serious charges. This is not to say that the societal interest in resolution on the merits can ever justify what is otherwise a clearly unreasonable delay. But in a case like this one, in which the delay is excessive but not so long as to be clearly unreasonable, it is one of the considerations that should be taken into account. The jurisprudence has been clear that societal interests underlie the concept of reasonableness. The trial judge also accepted the impact of the temporary and exceptional pressure on the dockets of both the provincial

cause où il est crucial de procéder à une mise en balance des différents droits pour juger du caractère raisonnable ou non du délai. Même dans un tel cas, le nouveau cadre d'analyse élaboré par les juges majoritaires dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, pour décider si le droit d'une personne d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé ne permet pas de prendre en considération le grand intérêt qu'a la société à ce que les accusations graves portées contre W soient tranchées au fond. Le nouveau cadre d'analyse exclut le type de mise en balance des intérêts inhérent à la notion du caractère raisonnable.

Il a été jugé qu'un délai de sept mois est raisonnable pour la préparation et l'instruction d'une affaire de ce genre. Les délais institutionnels raisonnables pour les deux instances se situent à 18 mois au total selon la limite supérieure de la fourchette prévue par les lignes directrices énoncées dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Le délai raisonnable inhérent à la présente affaire était donc de 25 mois. Or, elle a en fait duré 35 mois et demi. Cinq de ces mois ne devraient pas être retenus contre l'État : deux mois ont été imputés à juste titre à la défense et trois mois ont été occasionnés par un conflit d'horaire à l'étape de l'enquête préliminaire. La différence entre les 30 mois et demi à retenir contre l'État et le délai de 25 mois raisonnablement nécessaire pour instruire une affaire de ce genre correspond à un dépassement de cinq mois et demi du délai raisonnable pour une affaire comme celle-ci.

Même s'il ne s'agit pas d'une période insignifiante, le délai n'a pas été clairement déraisonnable et la mise en balance finale des facteurs pertinents est donc cruciale. Pour le juge du procès, cette mise en balance a mené à la conclusion que le délai n'avait pas été déraisonnable. Il a jugé que l'accusé n'avait pas réellement subi de préjudice et la Cour d'appel n'avait aucune raison d'exprimer une opinion différente à cet égard; le concept de « préjudice présumé » n'est pas utile et, quoi qu'il en soit, l'analyse qu'a faite le juge de première instance à ce sujet à la lumière du droit alors applicable ne contenait aucune erreur. Le juge du procès a également conclu qu'il y avait un intérêt très élevé pour la société à ce que W soit jugé au fond pour ces accusations très graves. Cela ne veut pas dire pour autant que l'intérêt de la société à ce qu'une cause soit entendue au fond peut justifier ce qui serait autrement un délai manifestement déraisonnable. Cela dit, dans une cause comme celle en l'espèce, où le délai est excessif, mais pas au point d'être manifestement déraisonnable, il s'agit d'un des facteurs à prendre en considération. La jurisprudence a exprimé clairement que les

court and the superior court at the relevant time. This sort of pressure is a factor that should result in the *Morin* guidelines being applied flexibly.

These are relevant considerations and there was no error in the judge's weighing of them. Taking all of these considerations into account, there was also no error in the trial judge's ultimate conclusion that the delay here was not unreasonable. In this case, staying these charges would be more publicly disreputable for the administration of justice than tolerating an inordinate trial delay. The judgment of the Court of Appeal should therefore be set aside and the convictions entered at trial reinstated.

Cases Cited

By Moldaver, Karakatsanis and Brown JJ.

Applied: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. D. (R.)*, 2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28; *R. v. MacPherson*, 2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428; *R. v. Scott*, 2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310; *R. v. MacMunn*, 2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242.

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; **referred to:** *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Jordan, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Ralph*, 2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1; *R. v. Steele*, 2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, MacPherson and Lauwers JJ.A.), 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231, 314 C.C.C. (3d) 156, [2014] O.J. No. 3828 (QL), 2014

droits de la société sous-tendent le concept du caractère raisonnable. Le juge du procès a également accepté l'incidence qu'ont eue les pressions temporaires et exceptionnelles sur les rôles de la cour provinciale et de la cour supérieure à l'époque pertinente. Ce type de pression est un facteur qui devrait entraîner une application souple des lignes directrices dictées par l'arrêt *Morin*.

Il s'agit de facteurs pertinents et le juge n'a commis aucune erreur en les mettant en balance. Compte tenu de tous ces facteurs, le juge du procès n'a également commis aucune erreur en tirant la conclusion ultime que le délai ici n'avait pas été déraisonnable. En l'espèce, le fait d'ordonner l'arrêt des procédures déconsidérerait davantage l'administration de la justice aux yeux du public que de tolérer qu'un procès ait été tenu dans un délai démesuré. Il y a donc lieu d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver, Karakatsanis et Brown

Arrêt appliqué : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. D. (R.)*, 2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28; *R. c. MacPherson*, 2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428; *R. c. Scott*, 2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310; *R. c. MacMunn*, 2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; **arrêt mentionné :** *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Jordan, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Ralph*, 2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1; *R. c. Steele*, 2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, MacPherson et Lauwers), 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231, 314 C.C.C. (3d) 156, [2014] O.J. No. 3828 (QL), 2014

CarswellOnt 11147 (WL Can.), setting aside a decision of Tranmer J., 2011 ONSC 5930, [2011] O.J. No. 4423 (QL), 2011 CarswellOnt 10327 (WL Can.). Appeal dismissed, Cromwell, Wagner and Gascon JJ. dissenting.

Eric H. Siebenmorgen and Tracy Kozlowski, for the appellant.

John H. Hale, for the respondent.

Jolaine Antonio, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Tim A. Dickson and Martin Twigg, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Frank Addario and Erin Dann, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ. was delivered by

MOLDAVER, KARAKATSANIS AND BROWN JJ. —

I. Introduction

[1] The respondent, Mr. Williamson, says his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed. The trial judge found no s. 11(b) infringement. The Court of Appeal disagreed and entered a stay of proceedings.

[2] In the companion appeal of *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, we stated a new framework for determining whether s. 11(b) has been infringed. Applying that framework in this case, including its transitional features, we conclude Mr. Williamson's right to be tried within a reasonable time was infringed. We would therefore dismiss the appeal.

CarswellOnt 11147 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Tranmer, 2011 ONSC 5930, [2011] O.J. No. 4423 (QL), 2011 CarswellOnt 10327 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Cromwell, Wagner et Gascon sont dissidents.

Eric H. Siebenmorgen et Tracy Kozlowski, pour l'appelante.

John H. Hale, pour l'intimé.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Tim A. Dickson et Martin Twigg, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Frank Addario et Erin Dann, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown rendu par

LES JUGES MOLDAVER, KARAKATSANIS ET BROWN —

I. Introduction

[1] L'intimé, M. Williamson, affirme qu'il y a eu atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui confère l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a conclu à l'absence de violation de l'al. 11b). La Cour d'appel s'est dite d'avis contraire et a ordonné l'arrêt des procédures.

[2] Dans le pourvoi connexe *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, nous avons énoncé un nouveau cadre d'analyse servant à décider s'il y a eu violation de l'al. 11b). Après avoir appliqué ce cadre et ses modalités transitoires en l'espèce, nous concluons qu'il y a eu atteinte au droit de M. Williamson d'être jugé dans un délai raisonnable. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Facts

[3] Mr. Williamson was charged in January 2009 with historical sexual offences against a minor. He elected trial by judge and jury, and a preliminary inquiry was set for November 2009. Three days before the preliminary inquiry was to begin, Crown counsel learned that a continuation of another matter had been set for the same date and the assigned judge would not be able to conduct Mr. Williamson's preliminary inquiry. The Crown cancelled its witnesses, but neglected to inform Mr. Williamson of this development.

[4] Mr. Williamson appeared in court with his counsel on the date scheduled for the preliminary inquiry. He learned that the continued matter had been given priority, but that the assigned judge was nevertheless available to conduct his preliminary inquiry that afternoon. However, since the Crown had cancelled the witnesses, the preliminary inquiry was rescheduled to February 2010. Shortly after this adjournment, defence counsel wrote to Crown counsel stating: "We continue to be anxious to move forward in this matter which regrettably could not proceed today due to administrative and institutional delay."

[5] The parties all appeared for the scheduled preliminary inquiry date in February 2010, but a mix-up led them to believe that the assigned judge and the investigating officer were not available. The preliminary inquiry was rescheduled for May 2010.

[6] At the preliminary inquiry, by agreement of the parties, the only evidence heard was that of the complainant. The Crown and defence agreed that this was the only evidence relevant to committal. They jointly submitted to the court that in order to use time "effectively", the Crown would make the police witnesses available to the defence to be examined out of court. The preliminary inquiry was

II. Faits

[3] M. Williamson a été accusé en janvier 2009 d'avoir commis, il y a longtemps, des infractions de nature sexuelle sur un mineur. Il a choisi de subir son procès devant juge et jury, et une enquête préliminaire a été fixée au mois de novembre 2009. Trois jours avant l'ouverture prévue de l'enquête préliminaire, l'avocate du ministère public a appris que la poursuite d'une autre cause avait été fixée au même jour et que le juge désigné ne serait pas en mesure de présider l'enquête préliminaire visant M. Williamson. Le ministère public a annulé la comparution de ses témoins, mais il a omis d'aviser M. Williamson de ce changement.

[4] M. Williamson a comparu en salle d'audience avec son avocat à la date fixée pour l'enquête préliminaire. Il a alors appris que la suite de l'autre affaire serait entendue avant la sienne, mais que le juge désigné pouvait tout de même présider son enquête préliminaire cet après-midi-là. Or, comme le ministère public avait annulé la comparution des témoins, l'enquête préliminaire a été reportée au mois de février 2010. Peu après cet ajournement, l'avocat de la défense a écrit à sa consœur du ministère public que [TRADUCTION] « [n]ous souhaitons ardemment pouvoir faire avancer le présent dossier, qui n'a malheureusement pas pu être entendu aujourd'hui en raison de délais de natures administrative et institutionnelle. »

[5] Les parties se sont toutes présentées à la date prévue pour l'enquête préliminaire en février 2010. Un malentendu les a toutefois amenées à croire que le juge désigné et l'enquêteur n'étaient pas disponibles. L'enquête préliminaire a été reportée au mois de mai 2010.

[6] À l'enquête préliminaire, les parties ont convenu que seul le plaignant témoignerait. Le ministère public et la défense étaient d'accord pour dire qu'il s'agissait du seul témoignage pertinent pour qu'il soit décidé de l'opportunité du renvoi à procès. Ils ont tous deux fait valoir au tribunal que, pour faire [TRADUCTION] « bon usage » du temps à leur disposition, le ministère public donnerait à la défense

completed in May 2010 and Mr. Williamson was committed for trial in the Superior Court of Justice.

[7] Matters in the Superior Court proceeded slowly. In October 2010, trial dates were set for December 2011. No earlier trial dates were available because Mr. Williamson had elected trial by jury in Kingston, where one of the two jury courtrooms was already monopolized by a long and high-profile multiple-murder trial.

[8] Mr. Williamson was released on bail soon after his arrest in January 2009, and he remained on bail until the start of trial in December 2011. His bail conditions were as follows: in addition to the standard conditions, he was prohibited from contacting the complainant; from being in the presence of anyone under the age of 16 without another adult present; and from seeking or maintaining active employment where such employment would require him to be in a position of trust or authority with a person under the age of 16 years.

[9] Mr. Williamson complained that his bail conditions made it difficult for him to maintain a relationship with his 13-year-old nephew. He wrote to the Crown in November 2010 to request a variation of his bail conditions to enable him to spend time alone with his nephew. The Crown opposed the request and Mr. Williamson did not pursue the matter by way of a formal application.

[10] Mr. Williamson indicated he had been suspended from his job as a teacher with pay while the charges were pending. A term of this suspension required Mr. Williamson to remain available and ready to work each day in the event that his employer required him. This left him unable to find other employment or volunteer opportunities.

l'occasion de contre-interroger les témoins policiers à l'extérieur de la salle d'audience. L'enquête préliminaire a pris fin en mai 2010 et M. Williamson a été renvoyé à procès en Cour supérieure de justice.

[7] Devant la Cour supérieure de justice, les choses ont avancé lentement. En octobre 2010, le procès a été fixé au mois de décembre 2011. Il n'était pas possible de fixer le procès à des dates plus rapprochées parce que M. Williamson avait choisi de subir son procès devant jury à Kingston, où l'une des deux salles d'audience pouvant accueillir les jurés était déjà accaparée par un long procès très médiatisé pour meurtres multiples.

[8] M. Williamson a été remis en liberté sous caution peu après son arrestation en janvier 2009 et il l'est demeuré jusqu'à l'ouverture de son procès, en décembre 2011. Ses conditions de mise en liberté sous caution étaient les suivantes : outre les conditions types, il lui était interdit de communiquer avec le plaignant, d'être en présence de toute personne âgée de moins de 16 ans en l'absence d'un autre adulte et de chercher ou de garder un emploi qui l'obligerait à être en situation de confiance ou d'autorité vis-à-vis une personne de moins de 16 ans.

[9] M. Williamson s'est plaint qu'à cause de ses conditions de mise en liberté sous caution, il lui était difficile d'entretenir une relation avec son neveu de 13 ans. Il a écrit au ministère public en novembre 2010 pour demander que ses conditions de mise en liberté sous caution soient modifiées de manière à ce qu'il puisse passer du temps seul à seul avec son neveu. Le ministère public s'est opposé à cette requête et M. Williamson n'y a pas donné suite en présentant une demande formelle.

[10] M. Williamson a indiqué avoir été suspendu avec solde de son poste d'enseignant pendant que les accusations pesaient contre lui. Une condition de cette suspension obligeait M. Williamson à rester disponible et prêt pour travailler chaque jour, au cas où son employeur aurait besoin de lui. Cela l'empêchait de trouver d'autres possibilités d'emploi ou de bénévolat.

[11] Mr. Williamson's father became ill during the time that these charges were pending, and he moved to Ottawa to care for his parents. He also stated that, though he enjoyed support from his family, friends and colleagues, he felt isolated and had difficulty maintaining relationships while he was awaiting trial. The charges against him were publicized in the media, which caused him to suffer additional stress and anxiety.

III. Judgments Below

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2011 ONSC 5930*

[12] The trial judge heard the s. 11(b) *Charter* application several months before the jury trial was scheduled to begin. He determined that the total length of delay from the time of the charges to the anticipated end of the trial was 35 months. The Crown and defence agreed that Mr. Williamson had not waived any of the periods of delay. The trial judge found that there were approximately eight months of inherent delay, one month of delay attributable to the Crown, and 26 months of institutional delay. Approximately 12 months of this institutional delay occurred in the Ontario Court of Justice, primarily due to the fact that the preliminary inquiry was adjourned twice. Thirteen and a half months of this institutional delay occurred in the Superior Court, chiefly due to the difficulty in scheduling a jury trial in Kingston throughout 2010 and 2011.

[13] The trial judge rejected Mr. Williamson's assertion that he had suffered actual prejudice as a result of the delay. He found that most of the negative effects that Mr. Williamson had testified to resulted from the fact of being charged or from Mr. Williamson's own decisions. The judge did, however, note that Mr. Williamson suffered stress as well as emotional and financial costs as a result of the two adjournments to the preliminary inquiry. The trial judge considered whether he should infer

[11] Le père de M. Williamson est tombé malade durant la période au cours de laquelle les accusations en cause en l'espèce étaient pendantes, et ce dernier a déménagé à Ottawa pour s'occuper de ses parents. Toujours selon M. Williamson, même s'il bénéficiait du soutien de sa famille, de ses amis et de ses collègues, il se sentait isolé et avait de la difficulté à entretenir des relations pendant qu'il attendait la tenue de son procès. Les accusations portées contre lui ont par ailleurs été diffusées dans les médias, ce qui a aggravé son stress et son anxiété.

III. Jugements des tribunaux d'instances inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2011 ONSC 5930*

[12] Le juge du procès a entendu la demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte* plusieurs mois avant l'ouverture prévue du procès devant jury. Il a établi que le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion anticipée du procès était de 35 mois. Le ministère public et la défense se sont entendus pour dire que M. Williamson n'avait renoncé à invoquer aucune partie du délai. Le juge du procès a conclu que le délai inhérent avait été d'environ huit mois, qu'un mois était imputable au ministère public et que le délai institutionnel avait été de 26 mois. Environ 12 mois de ce délai institutionnel se sont passés en Cour de justice de l'Ontario; ils sont la conséquence notamment des deux ajournements de l'enquête préliminaire. Treize mois et demi de ce délai se sont passés en Cour supérieure de justice; ils sont la conséquence principalement du fait qu'il était difficile de fixer un procès devant jury à Kingston tout au long de 2010 et de 2011.

[13] Le juge du procès a rejeté l'affirmation de M. Williamson selon laquelle le délai lui avait réellement porté préjudice. À son avis, la majeure partie des effets négatifs dont a parlé M. Williamson découlait de son inculpation ou de ses propres décisions. Il a toutefois fait remarquer que M. Williamson avait subi du stress ainsi qu'un préjudice émotionnel et des pertes financières par suite des deux ajournements de l'enquête préliminaire. Le juge du procès s'est par ailleurs demandé s'il devait

prejudice based on the length of the delay alone. He inferred some, but found that it was not significant.

[14] The trial judge ultimately found that Mr. Williamson had not proved an infringement of his s. 11(b) right, and he declined to enter a stay. Mr. Williamson was subsequently convicted of buggery, indecent assault, and gross indecency.

B. *Ontario Court of Appeal, 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231*

[15] Mr. Williamson appealed his convictions and the decision denying a stay. The Court of Appeal found that the trial judge had correctly attributed the delay, save for two months, which the Court attributed to the defence based on defence counsel's unavailability. It varied the total institutional delay to 25 months, and noted that the Crown delay was one month.

[16] The Court of Appeal agreed with the trial judge that Mr. Williamson did not establish any actual prejudice. It determined, however, that the trial judge gave insufficient weight to the inferred prejudice, given the length of the delay. The Court of Appeal had inferred prejudice for similar periods of delay in prior cases. Based on these cases, the trial judge should have inferred significant prejudice. In balancing the prejudice against society's interest in having the case heard on the merits, the Court of Appeal noted that the charges were serious, there was no actual prejudice, Mr. Williamson was on bail but "was not subject to particularly onerous restrictions" (para. 66), he was being paid his salary for the entire time the charges were pending, and there was no prejudice to his ability to make full answer and defence.

présumer l'existence du préjudice du simple fait de la longueur du délai. Il en a présumé un certain préjudice, mais estimé que celui-ci n'était pas important.

[14] Le juge du procès a conclu en dernière analyse que M. Williamson n'avait pas établi une atteinte au droit que lui garantit l'al. 11b) et il a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures. Plus tard, M. Williamson a été reconnu coupable de sodomie, d'attentat à la pudeur et de grossière indécence.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231*

[15] M. Williamson a interjeté appel des déclarations de culpabilité prononcées contre lui et de la décision de lui refuser l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait bien attribué le délai, sauf deux mois qui, selon elle, étaient imputables à la défense compte tenu de l'indisponibilité de son avocat. La Cour d'appel a porté à 25 mois le délai institutionnel total et signalé que le délai imputable au ministère public s'élevait à un mois.

[16] La Cour d'appel a convenu avec le juge du procès que M. Williamson n'avait pas établi qu'il avait réellement subi un préjudice. Elle a cependant décidé que, en première instance, trop peu de poids avait été accordé au préjudice présumé vu la longueur du délai. La Cour d'appel avait présumé l'existence d'un préjudice pour des délais semblables dans des causes antérieures. Étant donné cette jurisprudence, le juge du procès aurait dû présumer un préjudice important. Lorsqu'elle a mis en balance le préjudice et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond, la Cour d'appel a signalé que les accusations étaient graves; que l'accusé n'avait pas réellement subi de préjudice; que M. Williamson était en liberté sous caution, mais qu'il [TRADUCTION] « n'était pas assujéti à des restrictions particulièrement rigoureuses » (par. 66); qu'il a touché son salaire durant toute la période au cours de laquelle les accusations étaient pendantes; et qu'il n'a pas été porté atteinte à sa capacité de présenter une défense pleine et entière.

[17] The Court of Appeal nevertheless held that the trial judge erred in refusing a stay since the inferred prejudice was significant, the institutional delay exceeded the guidelines in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, the prosecution was “straightforward” (para. 67), not complex, and the defence had been diligent in attempting to move the matter to trial quickly. It found that Mr. Williamson’s interest in a trial within a reasonable time outweighed society’s interest in having the matter tried on its merits, and the Court of Appeal entered a stay of proceedings.

IV. Analysis

[18] This case was heard at the same time as the companion appeal in *Jordan*. The new framework for assessing whether there has been a breach of s. 11(b) of the *Charter* that we outlined in *Jordan*, including its transitional features, must be applied in this case to determine whether Mr. Williamson’s right to be tried within a reasonable time has been infringed.

[19] As we said in *Jordan*, the first step in deciding a s. 11(b) application is to ascertain the total length of time between the charge and the actual or anticipated end of trial. Mr. Williamson was charged on January 7, 2009, and his trial was completed on December 20, 2011. The total delay was approximately 35.5 months.

[20] The next step is to determine whether any of this delay was waived by the defence or solely caused by the defence, and to subtract any portions of such delay. The trial judge found that Mr. Williamson did not waive any of the delay and the Court of Appeal affirmed this finding. We see no reason to interfere with this conclusion.

[21] With respect to delay caused solely by the defence, the Court of Appeal attributed it two months. The reason for this attribution requires some explanation. Mr. Williamson was committed to stand trial

[17] La Cour d’appel a néanmoins conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant d’ordonner l’arrêt des procédures, car : le préjudice présumé était important; le délai institutionnel dépassait les lignes directrices établies dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; la poursuite était [TRANSDUCTION] « simple » (par. 67) et non complexe; et la défense avait fait preuve de diligence en tentant de faire juger rapidement l’affaire. Selon la Cour d’appel, le droit de M. Williamson à un procès dans un délai raisonnable l’emportait sur l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond, et elle a prononcé l’arrêt des procédures.

IV. Analyse

[18] Le présent pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi connexe *Jordan*. Pour évaluer s’il y a eu atteinte au droit protégé par l’al. 11b) de la *Charte*, il faut appliquer en l’espèce le nouveau cadre d’analyse que nous avons exposé dans *Jordan*, y compris ses modalités transitoires, pour décider s’il y a eu atteinte au droit de M. Williamson d’être jugé dans un délai raisonnable.

[19] Comme nous l’avons mentionné dans *Jordan*, la première chose à faire pour trancher une demande fondée sur l’al. 11b) est d’établir le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès. M. Williamson a été inculpé le 7 janvier 2009 et son procès s’est terminé le 20 décembre 2011, ce qui donne un délai total d’environ 35 mois et demi.

[20] Il faut ensuite décider si la défense a renoncé à invoquer quelque partie que ce soit de ce délai ou en est l’unique responsable, et soustraire toute portion du délai de ce type du délai total. Le juge du procès a conclu que M. Williamson n’avait renoncé à invoquer aucune partie du délai, conclusion qu’a confirmée la Cour d’appel. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion.

[21] En revanche, la Cour d’appel a jugé qu’un délai de deux mois avait été causé uniquement par la défense et lui a imputé ce délai. Il faut expliquer le motif de cette attribution. M. Williamson a été

in the Superior Court on May 7, 2010. The parties then discussed dates for his first appearance. The clerk offered four dates: June 23, July 7, July 21, or August 4, 2010. Mr. Williamson had a family commitment, so the defence selected August 4, 2010 for the first appearance in the Superior Court. Since the court could accommodate the matter as early as June 23, the Court of Appeal attributed the delay from June 23 to August 4 to the defence.

[22] We agree with the Court of Appeal that the period from June 23 to August 4, 2010 is delay caused solely by the defence because it is time where the court was available and ready to proceed but the defence was not, and the delay was not associated with legitimate defence preparation time. However, since the period of time from June 23 to August 4, 2010 is exactly six weeks, the defence is only responsible for one and a half months of delay.

[23] Subtracting one and a half months of defence delay leaves a total delay of 34 months. This is still above the 30-month ceiling established in *Jordan* for cases going to trial in the superior court. The delay is therefore presumptively unreasonable. The Crown bears the onus of showing that the delay is reasonable, having regard to the presence of exceptional circumstances. The record does not disclose any delay caused by discrete, exceptional circumstances in this case, and the case does not remotely qualify as exceptionally complex.

[24] However, since Mr. Williamson was charged before the release of *Jordan*, we must consider whether the transitional exceptional circumstance applies. As we said in *Jordan*, the transitional exceptional circumstance will apply when the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the previous legal framework, upon which the parties reasonably relied. The assessment is necessarily contextual, and should account for the manner in which that framework was applied.

renvoyé à procès en Cour supérieure de justice le 7 mai 2010. Les parties ont ensuite discuté des dates auxquelles il pourrait comparaître pour la première fois. Le greffier a proposé quatre dates : le 23 juin, les 7 et 21 juillet et le 4 août 2010. Puisque M. Williamson avait un empêchement familial, la défense a choisi le 4 août 2010 comme date de sa première comparution en Cour supérieure de justice. Comme ce tribunal pouvait traiter l'affaire dès le 23 juin, la Cour d'appel a imputé à la défense la période du 23 juin au 4 août.

[22] À l'instar de la Cour d'appel, nous estimons que la période du 23 juin au 4 août 2010 constitue un délai causé uniquement par la défense puisque la cour était alors disponible et prête à procéder, mais pas la défense, et qu'il ne s'agissait pas d'une période de préparation légitime pour la défense. Cependant, puisque la période du 23 juin au 4 août 2010 est d'exactement six semaines, la défense n'est responsable que d'une portion d'un mois et demi du délai total.

[23] Après avoir soustrait le délai d'un mois et demi imputable à la défense, il reste un délai total de 34 mois. Cela qui dépasse toujours le plafond de 30 mois établi dans *Jordan* pour les affaires instruites devant une cour supérieure. Le délai est donc présumé déraisonnable. Il incombe au ministère public de démontrer que le délai est raisonnable compte tenu de circonstances exceptionnelles. En l'espèce, le dossier ne révèle aucun délai causé par une circonstance exceptionnelle et distincte, et l'affaire ne peut aucunement être qualifiée d'exceptionnellement complexe.

[24] Cela dit, puisque M. Williamson a été inculpé avant le prononcé de *Jordan*, nous devons nous demander s'il y a lieu d'appliquer la mesure exceptionnelle transitoire. Comme nous l'avons expliqué dans *Jordan*, une telle mesure s'applique lorsque le ministère public convainc le tribunal que le temps qu'il a fallu pour instruire l'affaire est justifié suivant le cadre d'analyse applicable auparavant sur lequel se sont raisonnablement fondées les parties. L'analyse est nécessairement contextuelle, et elle doit tenir compte de la manière dont ce cadre d'analyse a été appliqué.

[25] In our view, although this is a close case, the transitional exceptional circumstance does not apply and, therefore, the delay is unreasonable. A variety of factors support this conclusion.

[26] First, the case against Mr. Williamson was straightforward. It involved the evidence of one complainant, one police officer, a videotaped police interview of Mr. Williamson, and the testimony of Mr. Williamson himself. His trial ultimately took 13 days — six days for pre-trial applications (two of which were devoted to the s. 11(b) application), and seven days for the trial proper. This was by no means a complex case. Indeed, the trial judge estimated the total inherent time requirements of the case as being approximately eight months.

[27] Second, the 25-month institutional delay found by the Court of Appeal exceeded the upper end of the *Morin* guidelines by roughly seven months. Specifically, in the Provincial Court, Mr. Williamson twice attended preliminary hearing dates, only to be turned away because of scheduling issues — even though the Crown appears to have been aware of some of them in advance. The trial judge was rightly concerned about the loss of the two preliminary inquiry dates, about which he wrote: “The accused and his lawyer travelled from Ottawa on both of these dates without prior notice that the proceedings would be adjourned. This is most unfortunate and of concern to this court and relevant to the s. 11(b) application” (para. 14 (CanLII)). All told, it took approximately a year to complete the preliminary inquiry.

[28] In the Superior Court, while it was reasonable to expect some additional delay in scheduling the trial due to the shortage of jury trial courtroom time in Kingston, the Crown appears to have been content to accept the resulting institutional delay, demonstrating no effort to mitigate it. This is

[25] À notre avis, même s’il s’agit d’un cas limite, le concept de mesure exceptionnelle transitoire ne s’applique pas en l’espèce et, par conséquent, le délai est déraisonnable. Toute une série de facteurs milite en faveur de cette conclusion.

[26] Premièrement, la poursuite intentée contre M. Williamson était simple. Il ne supposait la présentation que du témoignage d’un plaignant, de celui d’un policier, de la bande vidéo de l’interrogatoire de M. Williamson par les policiers et du témoignage de l’accusé lui-même. En fin de compte, son procès a duré 13 jours — six jours consacrés aux demandes préliminaires (dont deux à la demande fondée sur l’al. 11b), et sept jours consacrés au procès en tant que tel. Ce dossier n’avait strictement rien d’un cas complexe. D’ailleurs, le juge du procès a estimé que le délai inhérent total à la cause était d’environ huit mois.

[27] Deuxièmement, les 25 mois que la Cour d’appel a qualifiés de délai institutionnel ont dépassé d’environ sept mois la limite supérieure de la fourchette prévue par les lignes directrices dans *Morin*. Plus précisément, en cour provinciale, M. Williamson s’est présenté au palais de justice à deux dates distinctes pour son enquête préliminaire uniquement pour être informé que sa cause ne procéderait pas pour des contraintes d’horaire, et ce, même si le ministère public semble avoir été au courant à l’avance de certaines d’entre elles. Le juge du procès a eu raison de s’en faire quant à ces deux remises au sujet desquelles il a écrit : [TRADUCTION] « L’accusé et son avocat se sont déplacés d’Ottawa à ces deux occasions sans avoir été avertis que la procédure serait reportée. Cette situation est des plus regrettables, elle préoccupe la cour et elle est pertinente pour la demande fondée sur l’al. 11b) » (par. 14 (CanLII)). Tout compte fait, il a fallu que s’écoule environ une année avant que l’enquête préliminaire ne soit terminée.

[28] En Cour supérieure, même s’il était raisonnable de s’attendre à un délai supplémentaire avant que la date de procès ne puisse être fixée — puisqu’il manquait de salle d’audience pour un procès devant jury à Kingston — le ministère public semble s’être accommodé du délai institutionnel

particularly troubling because significant delay had already elapsed in bringing this matter to trial: the problems in the Superior Court transpired directly following the considerable difficulties experienced in the Provincial Court. In this regard, we note that for pre-trial applications — which consumed about half of the total trial time — a jury courtroom was not required. The record does not disclose whether the Crown could have been successful if it had attempted to expedite the trial. However, the point is simply that the Crown made no effort. As the Court of Appeal wrote, “the Crown . . . [did not take] seriously the obligation to bring this relatively straightforward case to trial in a reasonable time” (para. 67).

[29] Third, the Crown’s lack of initiative is in contrast to Mr. Williamson’s repeated efforts to expedite the proceedings. As mentioned, defence counsel wrote to Crown counsel after the preliminary inquiry was first adjourned in November 2009, stating that the defence was anxious to move forward with the matter. Defence counsel raised the delay issue again when the preliminary inquiry was adjourned a second time in February 2010. Further, the defence sought earlier dates for the preliminary inquiry, indicating its desire to move forward expeditiously. The defence also cooperated with the Crown to streamline the evidence and to use court time efficiently during the preliminary inquiry. All of these facts demonstrate that, as the Court of Appeal observed, “the defence was diligent in attempting to move the matter along” (para. 67).

[30] Ultimately, we agree with the Court of Appeal that, while the s. 11(b) question in this case is “very difficult” (para. 64), looking at the big picture, the previous state of the law cannot justify the nearly three years it took to bring Mr. Williamson to trial on relatively straightforward charges. As the Court of Appeal observed, while the crimes committed by Mr. Williamson are very serious, “the

et n’avoir fait aucun effort pour l’atténuer. Cela est d’autant plus troublant qu’un délai important s’était déjà écoulé avant que ne s’ouvre le procès : les problèmes qui se posaient en Cour supérieure de justice sont devenus manifestes tout de suite après que les difficultés soient survenues en cour provinciale. À cet égard, nous notons que les requêtes préalables au procès — qui ont pris environ la moitié de la durée totale du procès — auraient pu être entendues ailleurs que dans une salle d’audience prévue pour les procès avec jury. Rien au dossier ne permet de savoir si le ministère public aurait réussi à accélérer la tenue du procès s’il avait tenté de le faire. Quoi qu’il en soit, le fait est qu’il n’a fait aucun effort en ce sens. Comme l’a écrit la Cour d’appel, [TRADUCTION] « le ministère public [. . .] [n’a pas pris] au sérieux l’obligation d’instruire cette cause relativement simple dans un délai raisonnable » (par. 67).

[29] Troisièmement, le laxisme du ministère public contraste avec les efforts répétés de M. Williamson pour accélérer les procédures. Comme nous l’avons mentionné, l’avocat de la défense a écrit au ministère public après le premier report de l’enquête préliminaire en novembre 2009, et a précisé que la défense souhaitait ardemment que le dossier avance. Il a de nouveau soulevé la question du délai lors du deuxième report de l’enquête préliminaire en février 2010. En outre, la défense a cherché à obtenir des dates plus rapprochées pour l’enquête préliminaire, et exprimé le souhait que le dossier procède avec diligence. Elle a aussi coopéré avec le ministère public pour réduire le volume de la preuve et pour que le temps de présence en cours soit utilisé efficacement durant l’enquête préliminaire. Tous ces faits démontrent que, comme l’a noté la Cour d’appel, [TRADUCTION] « la défense a fait preuve de diligence lorsqu’elle a tenté de faire avancer le dossier » (par. 67).

[30] Enfin, nous souscrivons à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle, s’il est certes [TRADUCTION] « très difficile » en l’espèce de trancher la question fondée sur l’al. 11b) (par. 64), si on tient compte de l’ensemble de la situation, l’état antérieur du droit ne peut justifier qu’il ait fallu près de trois ans pour faire subir son procès à M. Williamson qui faisait pourtant l’objet d’accusations relativement simples.

balance weighs in favour of [his] interests in a trial within a reasonable time, over the societal interest in a trial on the merits” (para. 68). Although Mr. Williamson did not suffer significant prejudice, the case was simple, the Crown did little to combat the substantial institutional delay that plagued the prosecution, and Mr. Williamson was reasonably proactive in attempting to move the matter along. Not even the absence of significant prejudice to Mr. Williamson’s *Charter*-protected interests can stretch the bounds of reasonableness this far.

[31] Before concluding, we wish to comment briefly on our colleague Justice Cromwell’s use of the following two factors to justify his conclusion: Mr. Williamson’s guilt; and the seriousness of his offences.

[32] At the beginning of his reasons, Cromwell J. references Mr. Williamson’s guilt (paras. 43-44). This is troubling, as the ultimate question of guilt or innocence has *nothing* to say about whether the time taken to try him was reasonable. At the time of his s. 11(b) application, Mr. Williamson was presumptively innocent. It is wrong to give after-the-fact effect to his convictions when the only question presented by this appeal is whether his right to be tried within a reasonable time was infringed at the time the application was brought.

[33] Our colleague’s analysis also demonstrates the difficulties that stem from considering the seriousness of the offence as an analytical factor in the s. 11(b) analysis.

[34] First, a person’s right to a trial within a reasonable time cannot be diminished based solely on the nature of the charges he or she faces. As this

Comme la Cour d’appel l’a fait remarquer, s’il est vrai que les crimes commis par M. Williamson sont très graves, « la balance penche en faveur [de son] droit à un procès dans un délai raisonnable plutôt qu’en faveur de l’intérêt qu’a la société à ce qu’il soit jugé sur le fond » (par. 68). Même si M. Williamson n’a pas subi de préjudice important, la cause était simple, le ministère public n’a fait que très peu pour atténuer le long délai institutionnel qui empoisonnait la poursuite et M. Williamson a été raisonnablement proactif pour tenter de faire avancer le dossier. Pas même le fait que les droits de M. Williamson protégés par la *Charte* n’aient pas été substantiellement atteints ne peut faire reculer à ce point les limites du caractère raisonnable.

[31] Avant de conclure, nous souhaitons formuler quelques brefs commentaires quant à l’utilisation que fait notre collègue des deux facteurs suivants pour fonder sa conclusion : la culpabilité de M. Williamson et la gravité des crimes qu’il a commis.

[32] Au début de ses motifs, le juge Cromwell fait référence à la culpabilité de M. Williamson (par. 43-44). Cela est troublant, puisque la question ultime de sa culpabilité ou de son innocence n’a *aucun* rapport avec le fait de savoir si le temps qu’il a fallu pour tenir son procès était ou non raisonnable. Au moment où il a présenté sa demande fondée sur l’al. 11b), M. Williamson était présumé innocent. C’est commettre une erreur que de donner une portée après le fait aux déclarations de culpabilité qui ont été prononcées contre lui lorsque la seule question portée en appel devant nous est celle de savoir si le droit qui est garanti à M. Williamson de subir son procès dans un délai raisonnable avait été violé au moment où sa demande a été présentée.

[33] L’analyse que fait notre collègue illustre en outre les difficultés qui découlent de la prise en compte de la gravité de l’infraction comme facteur d’analyse dans le contexte d’une demande fondée sur l’al. 11b).

[34] Premièrement, le droit garanti à une personne d’être jugé dans un délai raisonnable ne peut être restreint uniquement sur le fondement de la nature

Court wrote in *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, at para. 40, “*Charter* protections must be construed so as to apply to everyone, even those alleged to have committed the most serious criminal offences.” Many appellate courts across the country, including this one, have stayed serious charges, even when the total delay (minus defence delay) was *less* than that in this appeal.¹

[35] In this regard, we note that s. 11(b) guarantees the right “to be tried within a reasonable time”. It does not admit of gradients of reasonableness where the charges are serious. For example, it does not guarantee the right to be tried within “somewhat longer” than a reasonable time, or within a time that is “excessive but not so long as to be clearly unreasonable” when the charges are serious (Cromwell J., at paras. 43 and 80). Delay is either unreasonable, or it is not. As a result, our point of departure with our colleague is on what we consider reasonable. In short, we have different perspectives on a subjective standard.

[36] Second, while our colleague uses the seriousness of the offence to dilute the constitutional right to a trial within a reasonable time, we consider that the *Charter* right is respected, and the public

des accusations portées contre elle. Comme la Cour l’a écrit dans *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 40, « [l]es protections garanties par la *Charte* doivent être interprétées de façon à s’appliquer à tous, même à ceux qui sont accusés d’avoir commis les infractions criminelles les plus graves. » De nombreuses cours d’appel de partout au pays, y compris la Cour, ont ordonné l’arrêt de procédures relatives à des accusations graves, même lorsque le délai total (moins celui attribuable à la défense) était *inférieur* au délai dont il est question dans le présent appel¹.

[35] À cet égard, nous soulignons que l’al. 11b) garantit le droit « d’être jugé dans un délai raisonnable ». Il n’autorise pas l’application de divers degrés de raisonabilité lorsque les accusations sont graves. Par exemple, il ne garantit pas le droit d’être jugé dans un délai qui a « quelque peu dépassé » ce qui aurait été un délai raisonnable, ou dans un délai qui est « excessif, mais pas au point d’être manifestement déraisonnable » si les accusations sont graves (le juge Cromwell, par. 43 et 80). Le délai est déraisonnable ou il ne l’est pas. Ainsi, c’est sur ce que nous estimons raisonnable que nous divergeons d’opinion avec notre collègue. Bref, nous avons des points de vue différents sur une norme subjective.

[36] Deuxièmement, notre collègue utilise la gravité de l’infraction pour diluer le droit constitutionnel à un procès dans un délai raisonnable. Or, nous sommes d’avis que le droit garanti par la *Charte* est

¹ See, e.g., *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3 (charges of sexual assault, unlawful confinement and threatening death, when the total delay, comprised of largely Crown and institutional delay, was roughly 30 months); *R. v. D. (R.)*, 2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28 (charges against the father of the alleged victim of sexual assault and touching a person under the age of 14 for a sexual purpose, with a total delay of 28.5 months); *R. v. MacPherson*, 2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428 (charges relating to two armed robberies, with a total delay of 20.5 months); *R. v. Scott*, 2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310 (charges of sexual assault and sexual interference involving a child, with a total delay (excluding defence delay) of 31 months); *R. v. MacMunn*, 2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242 (charges of accessing, possessing and making child pornography, with a total delay of 27.5 months).

¹ Voir, p. ex., *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3 (accusations d’agressions sexuelles, de séquestration et de menace de mort; un cas où le délai total, composé en grande partie d’un délai attribuable au ministère public et du délai institutionnel, a été d’environ 30 mois); *R. c. D. (R.)*, 2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28 (accusations portées contre le père de la présumée victime pour agression sexuelle et pour contacts sexuels illégaux à l’endroit d’une personne âgée de moins de 14 ans; un cas où le délai total a été de 28,5 mois); *R. c. MacPherson*, 2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428 (accusations relatives à deux vols à main armée; un cas où le délai a été de 20,5 mois); *R. c. Scott*, 2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310 (accusations d’agression sexuelle et de contacts sexuels à l’endroit d’un enfant; cas où le délai total (moins le délai attribuable à la défense) a été de 31 mois); *R. c. MacMunn*, 2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242 (accusations d’accès à de la pornographie juvénile ainsi que de possession et de fabrication de documents de ce type; un cas où le délai total a été de 27,5 mois).

interest is best served, by trying serious charges on their merits in a timely fashion. These are *precisely* the cases that should be heard promptly, on the strongest possible evidence.

[37] Third, the seriousness of the offence does not sit comfortably with the notion of reasonable *time*. Some grave charges require very little time to be tried, while some less serious charges require more time.

[38] We agree with our colleague that the charges against Mr. Williamson are grave. Like the Court of Appeal, we reach our conclusion “with great reluctance” (para. 68). The victim underwent the ordeal of a criminal trial, and Mr. Williamson was eventually convicted by a jury of his peers. But as we discussed in *Jordan*, timely justice is one of the hallmarks of a free and democratic society. This case is an example of how delay works to the detriment of everyone. Conversely, timely justice accrues to the benefit of all.

V. Conclusion

[39] Whether we apply the pre-*Jordan* test or the new framework, we find that the delay is unreasonable. At nearly three years, this relatively straightforward case took far longer than it reasonably should have. We would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[40] THE CHIEF JUSTICE — Applying the revised *Morin* framework (*R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771) proposed by Cromwell J. in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631 (released concurrently), I cannot conclude that the Court of Appeal erred in entering a stay of proceedings.

respecté, et l’intérêt public le mieux servi, lorsque les accusations relatives à des crimes graves sont jugées au fond en temps utile. En effet, à notre avis, il s’agit *précisément* des causes qui devraient être entendues rapidement, et être jugées à la lumière de la meilleure preuve possible.

[37] Troisièmement, la gravité de l’infraction ne cadre pas très bien avec la notion de *délai* raisonnable. Certaines accusations pour des crimes graves peuvent être jugées en très peu de temps tandis que des accusations portant sur des crimes moins graves peuvent mettre plus de temps à faire l’objet d’une décision.

[38] Nous convenons avec notre collègue que les accusations portées contre M. Williamson sont graves. À l’instar de la Cour d’appel, nous tirons notre conclusion [TRADUCTION] « à contrecœur » (par. 68). La victime a dû subir l’épreuve d’un procès criminel, et M. Williamson a, en fin de compte, été déclaré coupable par un jury. Cela dit, comme nous l’avons mentionné dans *Jordan*, une justice rendue en temps utile est une des caractéristiques d’une société libre et démocratique. Le présent dossier illustre comment les délais peuvent nuire à tout un chacun. À l’inverse, tout un chacun tire avantage d’une justice rendue en temps utile.

V. Conclusion

[39] Que nous appliquions le test en vigueur avant le prononcé de l’arrêt *Jordan* ou le nouveau cadre d’analyse, nous sommes d’avis que le délai a été déraisonnable. D’une durée de près de trois ans, la présente cause relativement simple a pris beaucoup plus longtemps qu’elle n’aurait dû raisonnablement le faire. Nous sommes donc d’avis de rejeter l’appel.

Version française des motifs rendus par

[40] LA JUGE EN CHEF — En appliquant le cadre d’analyse énoncé dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, tel que propose de le réviser le juge Cromwell dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631 (rendu simultanément), je ne peux conclure que la Cour d’appel a commis une erreur en ordonnant l’arrêt des procédures.

[41] I am not persuaded that the Court of Appeal erred: (1) in assessing the total institutional and Crown delay at 26 months (yielding an “excess delay” of at least 8 months); or (2) in holding that the Crown bears the burden of showing that despite docket delay, it took or even considered feasible steps to bring the case to trial within a reasonable time. Nor am I persuaded that societal interests justify the delay. As this Court has stated repeatedly, all accused persons — even those charged with heinous criminal offences — benefit from the guarantees of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[42] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Cromwell, Wagner and Gascon JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[43] The majority of the Court finds that Kenneth Gavin Williamson, a person convicted by a jury of sexually abusing a child, must go free because his trial took somewhat longer than what would have been a reasonable time. This case is, as the majority notes, a close one; it is close in the sense that the delay was excessive — the case took longer than it should have — but that excessive delay is not clearly unreasonable. In short, this is the sort of case in which a balancing of interests is critical in assessing unreasonable delay. But even in a close case like this one, the new framework developed by the majority in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, released concurrently, does not allow for consideration of the strong societal interest in resolving these serious charges on their merits. The new framework does not permit the sort of balancing of interests that is inherent in the concept of reasonableness. In my respectful view, the Constitution

[41] Je ne suis pas convaincue que la Cour d’appel a commis une erreur : (1) en estimant à 26 mois le total du délai institutionnel et du délai imputable au ministère public (ce qui correspond à un « délai excédentaire » d’au moins 8 mois), ou (2) en concluant qu’il incombe au ministère public de démontrer que, en dépit du délai découlant d’un rôle surchargé, il a pris ou même considéré prendre les mesures envisageables pour que le dossier soit entendu dans un délai raisonnable. Je ne suis pas convaincue non plus que l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit entendue au fond justifie le délai. Comme la Cour l’a répété à maintes reprises, toutes les personnes accusées — même celles accusées d’infractions criminelles odieuses — doivent pouvoir jouir des droits que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[42] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter l’appel.

Version française des motifs des juges Cromwell, Wagner et Gascon rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[43] Une majorité des juges de la Cour conclut que Kenneth Gavin Williamson, une personne reconnue coupable par un jury d’avoir agressé sexuellement un enfant, doit être libéré parce que la durée de son procès a quelque peu dépassé ce qui aurait constitué un délai raisonnable. Comme le signalent les juges majoritaires, la présente affaire n’est pas facile à trancher; c’est un cas limite dans le sens où le délai était excessif — la cause a pris plus de temps qu’elle n’aurait dû pour être instruite —, mais ce délai n’est pas clairement déraisonnable. Bref, il s’agit du type de cause où il est crucial de procéder à une mise en balance des différents droits pour juger du caractère raisonnable ou non du délai. Or, même dans un cas difficile à trancher comme celui en l’espèce, le nouveau cadre d’analyse élaboré par mes collègues majoritaires dans *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, rendu simultanément, ne permet pas de prendre en considération le grand intérêt qu’a

does not mandate this sort of analysis or require the result it produces in this appeal.

[44] Mr. Williamson, the respondent on this Crown appeal, was convicted by a jury of buggery, indecent assault, and gross indecency. The offences involved “gross sexual misconduct” by Mr. Williamson when he was 26 years old against a 12-year-old complainant with whom Mr. Williamson was in a “big brother” type relationship: 2011 ONSC 5930, at para. 66 (CanLII). The alleged abuse involved multiple forced sexual acts that occurred repeatedly over a “significant period of time”: *ibid.* At the time in question, Mr. Williamson was assigned to be a mentor-advocate to the complainant through a juvenile diversion program.

[45] The Court of Appeal set aside these convictions and entered a judicial stay of proceedings: 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231. The court concluded that, contrary to the view of the trial judge, Mr. Williamson’s right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a trial within a reasonable time had been violated. The trial took about five months longer than it reasonably should have and the trial judge found as a fact that Mr. Williamson had not suffered any actual prejudice.

[46] The Crown appeals. The only issue in this Court concerns unreasonable delay.

[47] In my respectful view, the Court of Appeal erred in law in reversing the trial judge’s conclusion that this trial was conducted within a reasonable time. I would therefore set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the convictions entered at trial.

la société à ce que les accusations graves de cette nature soient tranchées au fond. Le nouveau cadre d’analyse exclut le type de mise en balance des intérêts qui est inhérente à la notion du caractère raisonnable. À mon avis, la Constitution ne commande pas ce genre d’analyse ni n’exige le résultat qu’elle entraîne en l’espèce.

[44] M. Williamson, l’intimé au présent pourvoi interjeté par le ministère public, a été reconnu coupable par un jury de sodomie, d’attentat à la pudeur et de grossière indécence. Les infractions ont trait à une inconduite sexuelle grave commise par M. Williamson, alors âgé de 26 ans, sur un plaignant de 12 ans auprès de qui il jouait en quelque sorte le rôle de [TRADUCTION] « grand frère » : 2011 ONSC 5930, par. 66 (CanLII). Les sévices reprochés consistaient en de multiples actes sexuels de nature coercitive commis à répétition pendant une « longue période » : *ibid.* À l’époque, M. Williamson était jumelé en tant que mentor-conseiller au plaignant par le truchement d’un programme de déjudiciarisation pour adolescents.

[45] La Cour d’appel a annulé ces déclarations de culpabilité et prononcé l’arrêt des procédures : 2014 ONCA 598, 324 O.A.C. 231. Elle a conclu que, contrairement à ce qu’en a pensé le juge du procès, le droit d’être jugé dans un délai raisonnable garanti à M. Williamson par la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été violé. Le procès a duré environ cinq mois de plus que ce qui aurait été raisonnable et le juge du procès a tiré la conclusion de fait que M. Williamson n’avait pas réellement subi de préjudice.

[46] Le ministère public se pourvoit en appel. La seule question dont la Cour est saisie concerne le délai déraisonnable.

[47] À mon avis, la Cour d’appel a commis une erreur de droit en infirmant la conclusion du juge de première instance selon laquelle le procès en cause s’était déroulé dans un délai raisonnable. Je suis donc d’avis d’annuler le jugement de la Cour d’appel et de rétablir les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

II. Facts and Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[48] Justice Tranmer of the Ontario Superior Court of Justice dismissed Mr. Williamson’s application for a stay of proceedings for unreasonable delay.

[49] First, he found that the relevant time period for the Williamson matter, from the initial charge to the conclusion of the trial, totalled 35 months and 15 days. He then classified the periods of delay as follows:

- Inherent requirements: 8 months (2 months, 17 days in provincial court; 5 months, 15 days in superior court)
- Defence delay: none
- Institutional delay: 26 months (12 months, 11 days in provincial court; 13 months, 20 days in superior court)
- Crown delay: 1 month, 4 days

[50] The judge attributed one month and four days to Crown delay for the period leading up to setting the preliminary inquiry and focus hearings, because the Crown delayed disclosure of two critical audio-visual recorded interviews of the complainant. He attributed the delay caused by the rescheduled preliminary inquiry to institutional delay, presumably because there was no explanation for this difficulty in scheduling. The parties agreed that the months before the hearings before the superior court were inherent delay. Tranmer J. accepted this agreement, but also wrote that two of those months “could well be attributed to the defence” given that the defence declined two earlier dates for these hearings: para. 36. He then attributed the pre-trial conference delays to inherent delay, even though the defence requested the adjournments, because Crown counsel was unavailable to attend or there was limited evidence as to Crown availability. Finally, the trial judge characterized the time frame whereupon the defence brought forward many pre-trial motions to

II. Faits et historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario*

[48] Le juge Tranmer, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, a rejeté la demande d’arrêt des procédures présentée par M. Williamson pour cause de délai déraisonnable.

[49] Premièrement, il a conclu que le délai pertinent d’instruction de l’affaire Williamson, soit le temps écoulé entre le dépôt des accusations et la clôture du procès, a été de 35 mois et 15 jours au total. Il a ensuite classé comme suit les parties du délai :

- Délai inhérent : 8 mois (2 mois et 17 jours en cour provinciale; 5 mois et 15 jours en cour supérieure)
- Délai imputable à la défense : aucun
- Délai institutionnel : 26 mois (12 mois et 11 jours en cour provinciale; 13 mois et 20 jours en cour supérieure)
- Délai imputable au ministère public : 1 mois et 4 jours

[50] Le juge a imputé au ministère public un délai d’un mois et quatre jours pour la période précédant la fixation des dates de l’enquête préliminaire et des audiences de préparation, parce qu’il a tardé à communiquer les enregistrements audiovisuels cruciaux de deux interrogatoires du plaignant. Le juge a qualifié de délai institutionnel le délai attribuable au report de l’enquête préliminaire, sans doute parce que ce problème d’horaire n’avait pas été expliqué. Les parties ont convenu que les mois précédant les audiences devant la cour supérieure constituaient un délai inhérent. Le juge Tranmer a accepté l’entente à cet égard, mais il a ajouté que deux de ces mois [TRADUCTION] « pourraient fort bien être imputés à la défense » vu qu’elle avait refusé deux dates plus rapprochées pour ces audiences : par. 36. Il a ensuite affirmé que les délais relatifs à la conférence préparatoire relevaient du délai inhérent même si la défense a réclamé les ajournements, parce que la procureure du ministère public n’était pas disponible ou parce que la preuve relative à la disponibilité du

institutional delay, because scheduling such motions prior to trial is “good practice” and “a necessary part of the trial scheduling as a whole”: para. 44.

[51] The trial judge next considered whether Mr. Williamson had suffered prejudice. In his affidavit before the trial judge, Mr. Williamson claimed that he suffered prejudice given that he was suspended from teaching with pay and had to constantly be available on short notice in case he was called in to work, that his bail conditions negatively affected his relationship with his brother and his nephew, that he has lost touch with former colleagues having since moved to Ottawa, and that he was subject to media and professional scrutiny and now suffers from stress and emotional upset: paras. 7-10. The trial judge rejected these arguments, stating that these matters were either caused by the charge itself (not the delay), or were self-imposed.

[52] He did, however, find that the “unexpected adjournment[s]” of the preliminary inquiry were “most unfortunate and most inappropriate” on the facts before the court: para. 56. He did not, however, find that these adjournments amounted to much prejudice. He also noted that the accused had not filed any medical evidence of prejudice.

[53] Overall, the trial judge found that 35 months of delay was a sufficient basis upon which to infer prejudice to Mr. Williamson. However, this prejudice was minimized because accounts were preserved in reliable forms in this case. Overall, the trial judge concluded that Mr. Williamson had not proven actual prejudice, and that he did not suffer significant inferred prejudice.

[54] The trial judge considered the facts that the total institutional delay in this case exceeded the midpoint of the guidelines in *R. v. Morin*, [1992]

ministère public était restreinte. Enfin, le juge du procès a qualifié de délai institutionnel la période au cours de laquelle la défense a déposé de nombreuses requêtes préliminaires, parce qu’il « est indiqué » de fixer l’audition de telles requêtes avant le procès et que cela « fait nécessairement partie de la fixation dans son ensemble des dates du procès » : par. 44.

[51] Le juge du procès s’est ensuite demandé si M. Williamson avait subi un préjudice. Dans son affidavit déposé durant le procès, M. Williamson prétend avoir subi un préjudice parce qu’il a été suspendu avec solde de son poste d’enseignant et qu’il devait constamment rester disponible au cas où on lui demanderait de se présenter au travail, que ses conditions de remise en liberté sous caution ont nui à sa relation avec son frère et son neveu, et qu’il a perdu contact avec d’ex-collègues, ayant déménagé depuis à Ottawa. En outre, comme son dossier a retenu l’attention des médias et de son employeur, il affirme souffrir aujourd’hui de stress et de troubles émotifs : par. 7-10. Le juge du procès a rejeté ces arguments, affirmant que ces conditions découlaient de l’inculpation elle-même (et non du délai) ou que M. Williamson se les était imposées lui-même.

[52] Le juge a toutefois conclu que les [TRADUCTION] « ajournement[s] inattendu[s] » de l’enquête préliminaire étaient « fort regrettables et inopportuns » compte tenu des faits présentés à la cour : par. 56. Il n’a cependant pas estimé que ces reports fussent assimilables à un préjudice important. Il a également signalé que l’accusé n’avait déposé aucune preuve médicale de préjudice.

[53] Dans l’ensemble, le juge du procès a conclu qu’un délai de 35 mois constituait un motif suffisant pour déduire que M. Williamson avait subi un préjudice. Ce préjudice a toutefois été minimisé du fait que les comptes rendus avaient été conservés sous une forme fiable en l’espèce. Globalement, le juge du procès a statué que M. Williamson n’avait pas prouvé l’existence d’un préjudice réel et qu’on ne pouvait pas inférer qu’il avait subi un préjudice important.

[54] Le juge du procès a tenu compte des faits suivants : le délai institutionnel total qui, en l’espèce, a dépassé de 10 mois le milieu de la fourchette établie

1 S.C.R. 771, by 10 months, despite the relative simplicity of the case; there was no actual prejudice and no significant inferred prejudice; and the very high societal interest in protecting vulnerable children and in prosecuting serious charges against Mr. Williamson in this case. Despite being a “borderline case”, the trial judge found that Mr. Williamson’s s. 11(b) claim failed: para. 75.

B. *Ontario Court of Appeal*

[55] On appeal, Mr. Williamson argued that the trial judge erred in refusing to grant his application for a stay under s. 11(b). The Court of Appeal agreed, overturned the trial judge’s decision, and granted him a stay.

[56] Justice Lauwers for the court re-characterized the trial judge’s attributions of delay, and overall, reclassified one month as inherent instead of institutional, and two months as defence-caused instead of inherent.

[57] With respect to the period from committal to the first appearance before the Superior Court of Justice, the Court of Appeal reclassified two months of the delay to the defence. The trial judge had written that “two months could well be attributed to the defence”, given that two earlier available dates before the Superior Court were declined by the defence: C.A. reasons, at para. 30.

[58] The trial judge classified all the period from setting the dates for the pre-trial applications through to the trial as institutional delay. The Court of Appeal reclassified one month of this delay as inherent delay to account for the fact that the parties had to prepare for the pre-trial motions.

[59] The Crown also argued that some of this delay should be re-characterized as defence-caused,

par les lignes directrices énoncées dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, et ce, malgré la simplicité relative du dossier; l’absence d’un préjudice réel ou de la possibilité d’inférer l’existence d’un préjudice important; le très grand intérêt de la société à protéger les enfants vulnérables et à poursuivre les accusations graves portées contre M. Williamson en l’espèce. Même s’il s’agit d’un [TRADUCTION] « cas limite », le juge du procès a conclu que la demande présentée par M. Williamson sur la base de l’al. 11b) ne pouvait être accueillie : par. 75.

B. *Cour d’appel de l’Ontario*

[55] M. Williamson a soutenu en appel que le juge du procès avait refusé à tort de faire droit à sa demande d’arrêt des procédures fondée sur l’al. 11b). La Cour d’appel lui a donné raison, a infirmé la décision du juge du procès et a prononcé l’arrêt des procédures.

[56] Le juge d’appel Lauwers a modifié la description des périodes attribuées par le juge du procès et, dans l’ensemble, il a qualifié de délai inhérent un mois qui, selon le juge du procès, constituait un délai institutionnel et imputé à la défense une période de deux mois que le juge du procès avait qualifiée de délai inhérent.

[57] Pour ce qui est de l’intervalle entre le renvoi à procès et la première comparution devant la Cour supérieure de justice, la Cour d’appel en a imputé deux mois à la défense. Le juge du procès avait écrit que [TRADUCTION] « deux mois pourraient fort bien être imputés à la défense », vu qu’elle avait refusé deux dates possibles plus rapprochées de comparution devant la Cour supérieure de justice : motifs de la C.A., par. 30.

[58] Le juge du procès avait qualifié de délai institutionnel toute la période entre l’établissement des dates d’audition des requêtes préalables au procès et le procès lui-même. La Cour d’appel a jugé pour sa part qu’un mois de cette période était un délai inhérent compte tenu de la nécessité pour les parties de se préparer à l’audition des requêtes en question.

[59] Le ministère public a également soutenu qu’une partie de ce délai devrait être imputée à la

given that the defence chose to elect trial by jury in Kingston, which had limited resources. The Court of Appeal found that the Crown should have sought alternative arrangements in response to the institutional delay caused by this election: “The Eastern Region of the Superior Court has plenty of locations and judges; the trial could have been accommodated earlier” (para. 42).

[60] The Court of Appeal found that the trial judge erred in treating the time leading up to trial as wholly institutional; some of this time should have been classified as inherent delay to account for preparation time. No evidence was tendered, however, on the issue as to defence counsel’s availability for trial. Given that this was a “relatively simple case”, the court attributed “virtually no time to trial preparation”: para. 44.

[61] The institutional delay in this case exceeded the *Morin* guidelines by more than two months in provincial court, and by more than four months in superior court. With the added Crown delay of one month and four days, the overall excess over the guidelines was eight months. The total institutional and Crown delay was approximately 26 months: C.A. reasons, at para. 46.

[62] On the issue of prejudice, the Court of Appeal agreed with Mr. Williamson’s submission that the trial judge erred in failing to appropriately weigh the inferred prejudice he suffered given the length of the delay. Given the similar delays in *R. v. Ralph*, 2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1, and *R. v. Steele*, 2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255, “it must be inferred that the appellant has experienced significant prejudice”: C.A. reasons, at para. 57. The court found that the trial judge erred in finding that this delay was “not significant”, citing the “exquisite agony” of awaiting trial and the stigma involved: *ibid.*

[63] The Court of Appeal balanced the high societal interest of prosecuting “especially despicable” crimes (para. 66) like those with which

défense, car elle a opté pour un procès devant jury au palais de justice de Kingston qui disposait de ressources limitées. La Cour d’appel a estimé que le ministère public aurait dû rechercher des solutions de rechange pour pallier le délai institutionnel découlant de ce choix : [TRADUCTION] « La région de l’Est desservie par la Cour supérieure de justice compte amplement de salles d’audience et de juges; le procès aurait pu se dérouler plus tôt » (par. 42).

[60] Selon la Cour d’appel, le juge du procès a considéré à tort que la période précédant le procès était entièrement de nature institutionnelle; une partie de cette période aurait dû être qualifiée de délai inhérent vu le temps de préparation. Aucune preuve n’a toutefois été produite quant à la disponibilité de l’avocat de la défense pour le procès. Comme il s’agissait d’une [TRADUCTION] « affaire relativement simple », la Cour d’appel n’a attribué « pour ainsi dire aucune période [à la] préparation en vue du procès » : par. 44.

[61] En l’espèce, le délai institutionnel a dépassé de plus deux mois en cour provinciale et de plus de quatre mois en cour supérieure les lignes directrices établies dans *Morin*. Si on ajoute à cela le délai d’un mois et quatre jours imputé au ministère public, le dépassement des lignes directrices s’élève à huit mois. Le délai institutionnel et celui imputé au ministère public totalisent environ 26 mois : motifs de la C.A., par. 46.

[62] Quant au préjudice, la Cour d’appel a retenu la prétention de M. Williamson selon laquelle le juge du procès n’avait pas apprécié comme il se doit le préjudice susceptible d’être présumé compte tenu de la longueur du délai. Vu les délais semblables dans *R. c. Ralph*, 2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1, et *R. c. Steele*, 2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255, [TRADUCTION] « il faut inférer que l’appelant a subi un préjudice important » : motifs de la C.A., par. 57. D’après la Cour d’appel, le juge du procès a estimé à tort que ce délai n’était « pas important », et elle a cité le « supplice atroce » de l’attente du procès et des stigmates qui s’y rattachent : *ibid.*

[63] La Cour d’appel a mis en balance, d’une part, le grand intérêt de la société à poursuivre les crimes [TRADUCTION] « particulièrement ignobles »

Mr. Williamson was convicted against the accused's constitutional rights: paras. 58-68. However, the court concluded that the trial judge erred in refusing a stay because the inferred prejudice suffered by Mr. Williamson was significant. The institutional and Crown delay of 26 months was not justified. The Crown did not take sufficient steps to bring this simple case to trial, while the defence was diligent in moving the proceedings along.

(par. 66) tels ceux dont M. Williamson a été reconnu coupable et, d'autre part, les droits constitutionnels de l'accusé : par. 58-68. Elle a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant l'arrêt des procédures puisque, selon elle, le préjudice subi par M. Williamson que l'on peut inférer a été important. Les délais institutionnel et imputé au ministère public qui totalisent 26 mois n'étaient pas justifiés. Le ministère public n'a pas pris de mesures suffisantes pour faire juger cette affaire simple, alors que la défense a fait preuve de diligence pour faire avancer le procès.

[64] It may be helpful to summarize the trial judge's and the Court of Appeal's conclusions respecting the various types of delay in a table:

Delay Category	Trial Judge's Totals	Court of Appeal's Totals
Intake/ Inherent Time Requirements	8 months (2 months, 17 days in provincial court; 5 months, 15 days in superior court)	7 months (2 months, 17 days in provincial court; 4 months, 15 days in superior court)
Defence Delay	None	2 months
Institutional Delay	26 months (12 months, 11 days in provincial court; 13 months, 20 days in superior court)	25 months (12 months, 11 days in provincial court; 12 months, 20 days in superior court)
Crown Delay	1 month, 4 days	1 month, 4 days

[64] Il peut être utile de résumer dans un tableau les conclusions du juge du procès et celles de la Cour d'appel au sujet des différents types de délai :

Type de délai	Totaux auxquels arrive le juge du procès	Totaux auxquels arrive la Cour d'appel
Délai préparatoire/ délai inhérent	8 mois (2 mois et 17 jours en cour provinciale; 5 mois et 15 jours en cour supérieure)	7 mois (2 mois et 17 jours en cour provinciale; 4 mois et 15 jours en cour supérieure)
Délai imputable à la défense	Aucun	2 mois
Délai institutionnel	26 mois (12 mois et 11 jours en cour provinciale; 13 mois et 20 jours en cour supérieure)	25 mois (12 mois et 11 jours en cour provinciale; 12 mois et 20 jours en cour supérieure)
Délai imputable au ministère public	Un mois et 4 jours	Un mois et 4 jours

III. Analysis

[65] The judgments in the Superior Court of Justice and the Court of Appeal, of course, did not apply the revised *Morin* framework that I set out in *Jordan*. However, those findings can fairly easily be considered within it.

A. *An Inquiry Into Delay Was Justified*

[66] I agree with the trial judge that the delay of 35.5 months from charge to the end of the scheduled trial is sufficient to trigger an inquiry as to whether the delay was unreasonable.

B. *What Is a Reasonable Time for the Disposition of a Case Like This One?*

(1) Inherent Time Requirements

[67] The trial judge identified the periods of combined inherent delay present in the provincial and superior courts as being eight months. I agree with the Court of Appeal's reclassification of some of the institutional delays as inherent, to account for the preparation involved in the pre-trial motions and for the trial.

[68] While neither court explicitly approached this calculation according to this new framework, the courts did objectively determine many of the periods of inherent delay by estimating the reasonable time for preparation given the type of case before them.

[69] I find no reason to interfere with the Court of Appeal's assessment of seven months as a reasonable period for the case to be prepared and tried.

(2) Institutional Delay

[70] This case proceeded through both provincial and superior courts in Ontario. Under the *Morin* administrative guidelines, the reasonable institutional

III. Analyse

[65] Bien entendu, la Cour supérieure de justice et la Cour d'appel n'ont pas appliqué dans leur jugement respectif le cadre de l'arrêt *Morin* révisé que j'ai énoncé dans *Jordan*. Il est cependant assez facile d'analyser leurs conclusions en fonction de ce cadre.

A. *Il était justifié d'examiner le caractère raisonnable du délai*

[66] Je conviens avec le juge du procès que l'intervalle de 35 mois et demi entre le dépôt des accusations et la conclusion prévue du procès suffit pour que l'on se demande si le délai était déraisonnable.

B. *Quel serait le délai raisonnable pour juger une affaire comme celle-ci?*

(1) Délai inhérent

[67] Le juge du procès a établi à huit mois le délai inhérent combiné au déroulement de l'instance en cour provinciale et en cour supérieure. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle une partie du délai institutionnel est en fait un délai inhérent, compte tenu de la préparation qu'impliquent les requêtes préalables au procès et le procès lui-même.

[68] Bien que ni l'une ni l'autre cour n'ait abordé ce calcul conformément au nouveau cadre d'analyse, elles ont objectivement établi bon nombre des périodes du délai inhérent en estimant le temps raisonnable de préparation eu égard au type d'affaire dont elles étaient saisies.

[69] Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel que sept mois constituent un délai raisonnable pour la préparation et l'instruction de l'affaire.

(2) Délai institutionnel

[70] La présente affaire a suivi son cours en Ontario tant devant une cour provinciale que devant une cour supérieure. Selon les lignes directrices

delays for both levels of court total between 14 and 18 months. Mr. Williamson was not in custody during any of this period of institutional delay and the trial judge did not consider the conditions of his release to be onerous. I will therefore use the upper end of the range under the guidelines for total institutional delay.

(3) Conclusion on Reasonable Time for This Case

[71] It follows that totalling the inherent time requirements and reasonable institutional delay lead to the conclusion that a reasonable period for the disposition of this type of case would be 25 months.

C. *How Much of the Delay That Actually Occurred Counts Against the State?*

[72] The trial judge determined that the disposition of Mr. Williamson's case took 35.5 months. To determine the amount of time that counts against the state we must subtract any of this period attributable to the defence and any period of unusual or unforeseen delay not fairly counted against the Crown.

(1) Delay Attributable to the Defence

[73] Both lower courts determined that there was no issue as to waiver in this case, and the parties have not raised this issue on appeal.

[74] The Court of Appeal reclassified two months of the delay as being attributable to the defence, given that the defence declined two earlier dates for these hearings. I accept the Court of Appeal's conclusion that two months should be attributed to the defence. While the Court of Appeal found that "the defence was diligent in attempting to move the matter along", this diligence was nonetheless marked by some delay attributable to the defence: para. 67.

administratives énoncées dans l'arrêt *Morin*, les délais institutionnels raisonnables pour ces deux instances se situent entre 14 et 18 mois au total. M. Williamson n'était pas incarcéré durant l'une ou l'autre partie de ce délai institutionnel et le juge du procès n'a pas estimé rigoureuses les conditions de sa libération. J'utiliserai donc la limite supérieure de la fourchette prévue par les lignes directrices pour calculer le délai institutionnel total.

(3) Conclusion sur le délai raisonnable d'instruction de la présente affaire

[71] Compte tenu de ce qui précède, la somme des délais inhérent et institutionnel raisonnables mène à la conclusion qu'une période de 25 mois constituerait un délai raisonnable pour trancher le genre d'affaire dont il est question en l'espèce.

C. *Quelle portion du délai effectivement écoulé peut-on imputer à l'État?*

[72] Le juge du procès a établi qu'il avait fallu 35 mois et demi pour juger M. Williamson. Pour déterminer la période à retenir contre l'État, nous devons soustraire de cette période tout laps de temps imputable à la défense et tout délai inhabituel ou imprévu qu'il ne serait pas juste de retenir contre le ministère public.

(1) Délai imputable à la défense

[73] Les deux juridictions inférieures ont statué que la question de la renonciation ne se posait pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas soulevée en appel.

[74] La Cour d'appel a imputé à la défense deux mois du délai, car elle a refusé deux dates plus rapprochées pour les audiences préliminaires. J'accepte la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle deux mois doivent être imputés à la défense. Bien que la Cour d'appel ait conclu que [TRADUCTION] « [cette dernière] a fait preuve de diligence en tentant de faire avancer le dossier », cette diligence a été mise à mal par un certain délai imputable à la défense : par. 67.

(2) Exceptional or Unavoidable Delay

[75] There is one matter to consider here. The judge assigned to preside at the preliminary inquiry on November 23, 2009 had expected to be unavailable because of a funeral: para. 18 of the trial judge's reasons. As a result, the witnesses were called off, but by mistake, the defence was apparently not advised. In the result, the judge was in fact available and was sitting; but because of other priority matters scheduled for the same time, the Williamson matter could not be dealt with in any event and was adjourned from November 23, 2009 until February 22, 2010: para. 19. While the failure to advise the defence that the matter would not proceed was improper and regrettable, this scheduling mishap, which it seems would have occurred even if the witnesses had not been called off, is the sort of exceptional delay that, in the particular and unusual circumstances disclosed in the record, should not be weighed against the state.

[76] This three-month period, in my view, should be counted as exceptional delay that is not fairly counted against the state.

D. *Was the Delay That Counts Against the State Unreasonable?*

[77] As previously stated, the reasonable time requirements of the case were 25 months. The case in fact took 35.5 months. Five of those months, however, should not be counted against the state: two months were fairly attributed to the defence and three months resulted from a scheduling issue at the preliminary inquiry stage. The difference between the 30.5 months which count against the state and the 25 months reasonably required for a case of this nature certainly requires careful consideration: it exceeds the reasonable time requirements of a case like this one by 5.5 months. While this is not an insignificant period of time, it is not clearly unreasonable and the final balancing of relevant factors is therefore critical.

(2) Délai exceptionnel ou inévitable

[75] Il convient de se pencher ici sur un élément. Le juge chargé de présider l'enquête préliminaire le 23 novembre 2009 s'attendait à devoir s'absenter pour assister à des funérailles : par. 18 des motifs du juge du procès. On a donc dit aux témoins de ne pas se présenter, mais, à cause d'une erreur, la défense n'en a apparemment pas été informée. Dans les faits, le juge était disponible et siégeait, mais comme d'autres causes prioritaires étaient inscrites au rôle à la même heure, l'affaire Williamson n'a pas pu être entendue et a été ajournée du 23 novembre 2009 au 22 février 2010 : par. 19. Certes, l'omission d'informer la défense de l'impossibilité de procéder a été inconvenante et regrettable, mais ce conflit d'horaire, qui serait vraisemblablement survenu même si les témoins n'avaient pas été avertis de ne pas se présenter, est le type de délai exceptionnel qui, dans les circonstances particulières et inhabituelles révélées par le dossier, ne devrait pas peser contre l'État.

[76] À mon avis, cette période de trois mois doit être considérée comme un délai exceptionnel qu'il serait injuste de retenir contre l'État.

D. *Le délai attribuable à l'État était-il déraisonnable?*

[77] Comme je l'ai indiqué précédemment, le délai inhérent raisonnable dans cette affaire était de 25 mois. Or, elle a en fait duré 35 mois et demi. Par contre, cinq de ces mois ne devraient pas être retenus contre l'État : deux mois ont été imputés à juste titre à la défense et trois mois ont été occasionnés par un conflit d'horaire à l'étape de l'enquête préliminaire. La différence entre les 30 mois et demi à retenir contre l'État et le délai de 25 mois raisonnablement nécessaire pour instruire une affaire de ce genre doit assurément faire l'objet d'un examen attentif : en effet, la période pertinente en cause dépasse de cinq mois et demi le délai raisonnable pour une affaire comme celle qui nous occupe. Même s'il ne s'agit pas d'une période de temps insignifiante, le délai n'a pas été clairement déraisonnable et la mise en balance finale des facteurs pertinents est donc cruciale.

[78] For the trial judge, that balancing resulted in a finding that the delay was not unreasonable. He found that the delay was not “extreme”, that there was no actual prejudice, and that any “inferred” prejudice was not significant: paras. 71-72. He also found that there is a “very high societal interest in having Mr. Williamson tried on the merits for these very serious charges”: para. 73. As the trial judge pointed out, Mr. Williamson began his career as a teacher in 1980, a time within the period of the charges. Those charges

involve[d] gross sexual misconduct by an accused in his mid-twenties . . . in a position of authority, against a grade school boy, aged 10-12 years. It is alleged that the accused was in a “big brother” position with respect to the complainant. The abuse is alleged to have occurred repeatedly over a significant period of time. The abuse is alleged to include fellatio, anal penetration, simulated anal sex and other sexual activity. [para. 66]

[79] These are relevant considerations and I see no error in the judge’s weighing of them. I also, with respect, see no basis for the Court of Appeal taking a different view of the matter of prejudice than the one adopted by the trial judge. The concept of “inferred prejudice”, on which the Court of Appeal placed so much emphasis, is not a useful one and, in any event, the trial judge’s analysis of this issue under the then-existing law contained no error.

[80] This is not to say that the societal interest in resolution on the merits can ever justify what is otherwise a clearly unreasonable delay. But in a case like this one, in which the delay is excessive but not so long as to be clearly unreasonable, it is one of the considerations that should be taken into account in the final balancing process. The jettisoning of this consideration as irrelevant is, in my view, one of the most unsatisfactory aspects of the majority’s new template for assessing unreasonable delay in *Jordan*. The jurisprudence has been

[78] Pour le juge du procès, cette mise en balance a mené à la conclusion que le délai n’avait pas été déraisonnable. Il a jugé que le délai n’avait pas été [TRADUCTION] « extrême », que l’accusé n’avait pas réellement subi de préjudice, et que le préjudice « présumé » n’avait pas été considérable : par. 71-72. Il a également conclu qu’il y avait « un très grand intérêt pour la société à ce que M. Williamson soit jugé au fond pour ces accusations très graves » : par. 73. Comme l’a souligné le juge du procès, M. Williamson a commencé sa carrière de professeur en 1980, soit pendant la période visée par les accusations, lesquelles

[TRADUCTION] concernent des actes d’inconduite sexuelle grave de la part d’un accusé âgé d’environ 25 ans [. . .] se trouvant dans une position d’autorité, à l’endroit d’un garçon, élève au primaire, et âgé de 10 à 12 ans. Il est allégué que l’accusé se trouvait dans la position d’un « grand frère » par rapport au plaignant. Il est allégué que les agressions se seraient produites de façon répétée durant une longue période. Il est allégué que les agressions auraient pris la forme notamment de fellation, de pénétration anale, de relations sexuelles anales simulées et d’autres activités sexuelles. [par. 66]

[79] Il s’agit de facteurs pertinents et, à mon avis, le juge n’a commis aucune erreur en les mettant en balance. Soit dit en tout respect, je ne vois aucune raison pour laquelle la Cour d’appel a exprimé une opinion différente de celle du juge de première instance quant à la question du préjudice. Le concept de [TRADUCTION] « préjudice présumé », sur lequel la Cour d’appel s’est abondamment appuyée, n’est pas utile et, quoi qu’il en soit, l’analyse qu’a faite le juge de première instance à ce sujet à la lumière du droit alors applicable ne contenait aucune erreur.

[80] Cela ne signifie pas pour autant que l’intérêt de la société à ce qu’une cause soit entendue au fond peut justifier ce qui serait autrement un délai manifestement déraisonnable. Cela dit, dans une cause comme celle dont nous sommes saisis, où le délai est excessif, mais pas au point d’être manifestement déraisonnable, il s’agit d’un des facteurs à prendre en considération lors de l’ultime mise en balance. L’abandon de ce facteur sous prétexte qu’il ne serait pas pertinent est, à mon sens, un des aspects les plus insatisfaisants du nouveau cadre

clear that societal interests, both those mirroring and those adverse to the interests of the accused, underlie the concept of reasonableness in assessing whether the right to trial within a reasonable time has been violated. Far from diminishing the right, this approach requires the sort of balancing that is the essence of reasonableness.

[81] Another relevant consideration, in my view, is the temporary and exceptional pressure on the dockets of both the provincial court and the superior court in Kingston at the relevant time. This was the result of a “multiple murder victim and accused case that drew upon the institutional resources”: trial judge’s reasons, at para. 47. The trial judge accepted this impact. No issue as to the Crown’s failure to approach the Regional Senior Justice to explore other possibilities was raised before the trial judge or in the arguments advanced in the Court of Appeal. However, the Court of Appeal was critical of the Crown for the absence of an explanation for this failure.

[82] While the precise impact of this temporary and exceptional pressure on delay is not specified in the record, this sort of pressure on judicial resources is a factor that should result in the *Morin* administrative guidelines being applied flexibly. The Court of Appeal’s comments about possible alternative arrangements were, in my view, both procedurally unfair to the Crown and speculative given that the trial judge had accepted the effect of the trial in question on the institutional resources in Kingston and that there was no evidence that there were any alternatives or that they could have been effective.

d’analyse préconisé par les juges majoritaires dans *Jordan* pour juger du caractère raisonnable ou non d’un délai. La jurisprudence a exprimé clairement que les droits de la société, tant ceux qui reflètent les droits de l’accusé que ceux qui s’y opposent, sous-tendent le concept du caractère raisonnable lorsqu’il s’agit d’évaluer s’il y a eu atteinte au droit à un procès dans un délai raisonnable. Loin de diminuer ce droit, la présente approche exige le type de mise en balance qui constitue l’essence du caractère raisonnable.

[81] À cela s’ajoute à mon avis un autre facteur à prendre en considération. Il s’agit des pressions temporaires et exceptionnelles exercées sur les rôles de la cour provinciale et de la cour supérieure à Kingston à l’époque pertinente. Cette situation résultait d’un [TRADUCTION] « procès pour multiples meurtres intenté contre plusieurs accusés qui a accaparé les ressources institutionnelles » : motifs du juge du procès, par. 47. Le juge du procès a accepté l’incidence qu’a eue cette situation. Jamais devant le juge du procès ni dans les observations présentées en Cour d’appel n’a-t-il été question de l’omission par le ministère public de s’adresser au Juge principal régional pour explorer des solutions de rechange. La Cour d’appel a tout de même reproché au ministère public de n’avoir fourni aucune explication pour justifier cette omission.

[82] Bien que le dossier ne précise pas l’incidence qu’ont eue au juste ces pressions temporaires et exceptionnelles sur le délai, ce type de pressions sur les ressources des tribunaux est un facteur qui devrait entraîner une application souple des lignes directrices administratives dictées par l’arrêt *Morin*. J’estime en outre que les commentaires formulés par la Cour d’appel sur les solutions de rechange possibles étaient non seulement injustes sur le plan de la procédure à l’endroit du ministère public, mais relevaient également de la conjecture, puisque le juge du procès avait accepté l’incidence du procès en question sur les ressources institutionnelles de Kingston et qu’aucun élément de preuve ne permettait de croire qu’il existait des solutions de rechange ou que, s’il y en avait eu, elles auraient pu être efficaces.

[83] Taking all of these considerations into account, I see no error in the trial judge’s ultimate conclusion that the delay here was not unreasonable.

[84] The Court of Appeal asked itself whether staying these charges would be more “publicly disreputable for the administration of justice” than “tolerating an inordinate trial delay”: para. 65. In my view, and with respect to the Court of Appeal’s contrary conclusion, the answer to that question in this case is yes.

[85] In my respectful view, the Court of Appeal was wrong to interfere with the trial judge’s conclusion that the delay in all of the circumstances of this case was not unreasonable.

IV. Disposition

[86] I would allow the appeal and restore the convictions entered at trial.

Appeal dismissed, CROMWELL, WAGNER and GASCON JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Hale Criminal Law Office, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario): Addario Law Group, Toronto.

[83] Lorsque je prends tous ces facteurs en considération, j’estime que le juge du procès n’a commis aucune erreur en tirant la conclusion ultime que le délai n’avait pas été déraisonnable.

[84] La Cour d’appel s’est demandé si le fait d’ordonner l’arrêt des procédures [TRADUCTION] « déconsidérerait davantage l’administration de la justice aux yeux du public » que le fait de « tolérer qu’un procès ait été tenu dans un délai démesuré » : par. 65. À mon avis, et soit dit en tout respect pour la conclusion contraire à laquelle en est venue la Cour d’appel en l’espèce, c’est par l’affirmative qu’il faut répondre à cette question.

[85] À mon avis, la Cour d’appel a eu tort de modifier la conclusion du juge du procès selon laquelle, compte tenu de l’ensemble des circonstances de la présente cause, le délai n’avait pas été déraisonnable.

IV. Dispositif

[86] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

Pourvoi rejeté, les juges CROMWELL, WAGNER et GASCON sont dissidents.

Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs de l’intimé : Hale Criminal Law Office, Ottawa.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Alberta : Procureur général de l’Alberta, Calgary.

Procureurs de l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Addario Law Group, Toronto.

Joseph Wilson *Appellant*

v.

**Atomic Energy of
Canada Limited** *Respondent*

and

**Canadian Labour Congress,
Canadian Association for
Non-Organized Employees,
Federally Regulated Employers —
Transportation and
Communications and Canadian Association
of Counsel to Employers** *Interveners*

**INDEXED AS: WILSON v. ATOMIC ENERGY
OF CANADA LTD.**

2016 SCC 29

File No.: 36354.

2016: January 19; 2016: July 14.

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

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

*Employment law — Unjust dismissal — Dismissal
without cause — Non-unionized employees — Employer
terminating non-unionized employee on a without-cause
basis with severance package — Employee filing unjust
dismissal complaint under Canada Labour Code —
Whether non-unionized employees can be lawfully dis-
missed without cause under Code — Canada Labour
Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of
review — Employer terminating non-unionized employee
on a without-cause basis with severance package — Em-
ployee filing unjust dismissal complaint under Canada
Labour Code — Adjudicator allowing employee's com-
plaint — Whether decision of Adjudicator reasonable —
Streamlining standard of review framework — Canada
Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.*

Joseph Wilson *Appelant*

c.

**Énergie Atomique du
Canada Limitée** *Intimée*

et

**Congrès du travail du Canada,
Canadian Association for
Non-Organized Employees,
Employeurs des transports et
communications de régie fédérale et
Association canadienne des avocats
d'employeurs** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : WILSON c. ÉNERGIE ATOMIQUE
DU CANADA LTÉE**

2016 CSC 29

N° du greffe : 36354.

2016 : 19 janvier; 2016 : 14 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit de l'emploi — Congédiement injustifié —
Congédiement non motivé — Employés non syndiqués
— Licenciement non motivé par l'employeur d'un em-
ployé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte
pour congédiement injuste déposée par l'employé en
vertu du Code canadien du travail — Le Code permet-il
le congédiement non motivé des employés non syndi-
qués? — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2,
art. 240.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme
de contrôle — Licenciement non motivé par l'employeur
d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ
— Plainte pour congédiement injuste déposée par l'em-
ployé en vertu du Code canadien du travail — Plainte de
l'employé accueillie par l'arbitre — La décision de l'ar-
bitre était-elle raisonnable? — Simplification du cadre
d'analyse de la norme de contrôle — Code canadien du
travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.*

W worked as an Administrator for his employer for four and a half years until his dismissal in November 2009. He had a clean disciplinary record. He filed an “Unjust Dismissal” complaint, claiming that his dismissal was in reprisal for having filed a complaint of improper procurement practices on the part of his employer. In response to a request from an inspector for the reasons for W’s dismissal, the employer said he was “terminated on a non-cause basis and was provided a generous dismissal package”. A labour adjudicator was appointed to hear the complaint. The employer sought a preliminary ruling on whether a dismissal without cause together with a sizeable severance package meant that the dismissal was a just one. The Adjudicator concluded that an employer could not resort to severance payments, however generous, to avoid a determination under the *Code* about whether the dismissal was unjust. Because the employer did not rely on any cause to fire him, W’s complaint was allowed. The Application Judge found this decision to be unreasonable because, in his view, nothing in Part III of the *Code* precluded employers from dismissing non-unionized employees on a without-cause basis. The Federal Court of Appeal agreed, but reviewed the issue on a standard of correctness.

Held (Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the decision of the Adjudicator restored.

Per Abella J.: At common law, a non-unionized employee could be dismissed without reasons if he or she was given reasonable notice or pay in lieu. In 1978, Parliament added a series of provisions to Part III of the *Canada Labour Code* under the heading “Unjust Dismissal”, now found at ss. 240 to 246. This Unjust Dismissal scheme consists of expansive protections like those available to employees covered by a collective agreement and applies to non-unionized employees who have completed 12 consecutive months of continuous employment. A dismissed employee or an inspector can ask the employer for a written statement setting out the reasons for the dismissal. The employer must then provide the statement within 15 days. If an adjudicator determines that the dismissal was unjust, he or she has broad authority to grant an appropriate remedy, including requiring the employer to pay the person compensation or reinstate the person. No complaint can be considered by an adjudicator if the employee was laid off because of lack of work or the discontinuance of a function.

W a travaillé pendant quatre ans et demi comme administrateur pour son employeur avant d’être congédié en novembre 2009. Son dossier disciplinaire était vierge. Il a déposé une plainte pour congédiement injuste; selon lui, il aurait été congédié en représailles d’une plainte qu’il avait déposée à propos de pratiques irrégulières d’approvisionnement par son employeur. En réponse à la demande de l’inspecteur voulant obtenir les motifs du congédiement de W, l’employeur a précisé que W avait été « licencié sans motif et avait reçu une généreuse indemnité de départ ». Un arbitre a été nommé pour entendre la plainte. L’employeur lui a demandé de trancher d’abord la question de savoir si un congédiement non motivé assorti d’une indemnité de départ généreuse équivalait à un congédiement juste. L’arbitre a conclu que l’employeur ne peut, sous prétexte d’avoir versé une indemnité de départ — et ce quel qu’en soit le montant —, empêcher que la question du congédiement injuste soit tranchée en application du *Code*. Vu que l’employeur n’avait donné aucun motif de congédiement, la plainte de W a été accueillie. Le juge saisi de la demande a conclu au caractère déraisonnable de la sentence; à son avis, rien dans la partie III du *Code* n’empêche les employeurs de congédier leurs employés non syndiqués sans motif. La Cour d’appel fédérale était d’accord, mais a procédé au contrôle selon la norme de la décision correcte.

Arrêt (les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, et la décision de l’arbitre est rétablie.

La juge Abella : La common law permettait le congédiement non motivé d’un employé qui n’est pas syndiqué moyennant un préavis raisonnable ou une indemnité en guise et lieu de préavis. En 1978, le Parlement a greffé une série de dispositions à la partie III du *Code canadien du travail* sous le titre « Congédiement injuste ». Elles se trouvent actuellement aux art. 240 à 246. Ce régime offre des protections généreuses semblables à celles dont jouissent les employés protégés par une convention collective et vise les employés non syndiqués ayant travaillé sans interruption pendant 12 mois. L’employé congédié ou un inspecteur peut demander à l’employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement par écrit. L’employeur dispose de 15 jours pour ce faire. Si l’arbitre conclut que le congédiement était injuste, il est investi de larges pouvoirs lui permettant d’accorder la réparation convenable, dont enjoindre à l’employeur de payer une indemnité au plaignant ou de réintégrer ce dernier dans son emploi. L’arbitre ne peut instruire la plainte si l’employé a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d’un poste.

Before this Court, as they had in the prior judicial proceedings, the parties accepted that the standard of review was reasonableness. The decisions of labour adjudicators or arbitrators interpreting statutes or agreements within their expertise attract a reasonableness standard. Applying that standard, the Adjudicator's decision was reasonable and consistent with the approach overwhelmingly applied to these Unjust Dismissal provisions since they were enacted in 1978. The fact that a handful of adjudicators have taken a different approach to the interpretation of the *Code* does not justify deviating from a reasonableness standard. The Federal Court of Appeal's position that even if a reasonableness review applied, the Adjudicator should be afforded "only a narrow margin of appreciation" because the statutory interpretation in this case "involves relatively little specialized labour insight", is improper. The reasonableness standard must be applied in the specific context under review, but to attempt to calibrate reasonableness by applying a potentially indeterminate number of varying degrees of deference within it, unduly complicates an area of law in need of greater simplicity.

Some general comments on the need for greater simplicity may be worth airing. This *obiter* on streamlining the standard of review represents an attempt to start a conversation which will ultimately benefit in future cases from submissions from counsel. Collapsing the three standards of review into two has not proven to be the runway to simplicity the Court had hoped it would be in *Dunsmuir*. The terminological battles over which of the three standards of review should apply, have been replaced by those over the application of the remaining two. That leaves the merits waiting in the wings for their chance to be seen and reviewed. This complicated entry into judicial review is hard to justify, and directs us institutionally to think about whether there is a principled way to simplify the path to reviewing the merits. The goal is to build on the theories developed in *Dunsmuir* and apply them in a way that eliminates the need to sort cases into artificial categories.

The explanation in *Dunsmuir* for changing the framework then, remains a valid explanation for why it should be changed now. Most of the confusion in the jurisprudence has been over what to call the category of review in a particular case, reasonableness or correctness. The question is whether there is a way to move

Devant la Cour comme devant les juridictions inférieures, les parties ont accepté que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Les sentences des arbitres en droit du travail chargés d'interpréter des lois ou des ententes qui relèvent de leur expertise appellent la norme de la décision raisonnable. À la lumière de cette norme, la décision de l'arbitre était raisonnable et conforme à la démarche que la très grande majorité applique à ces dispositions depuis leur adoption en 1978. Même si une poignée d'arbitres a adopté une autre démarche d'interprétation du *Code*, cela ne justifie pas que l'on s'écarte de la norme de la décision raisonnable. Le point de vue adopté par la Cour d'appel fédérale selon lequel, même si la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable, il faudrait « considér[er] que la capacité de l'arbitre d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions est limitée » parce qu'en l'espèce l'interprétation législative « suppose relativement peu de connaissances spécialisées dans le domaine du travail » n'est pas indiqué. Le caractère raisonnable est fonction du contexte particulier considéré, mais en tentant d'étalonner la norme en appliquant des degrés potentiellement indéterminés de déférence, on compliquerait indûment un domaine du droit qui a besoin d'être simplifié.

Il semble profitable d'exprimer des commentaires généraux sur la simplification nécessaire de la norme de contrôle. Un tel *obiter* sur la simplification de la norme de contrôle représente une amorce de conversation qui bénéficiera au fil du temps des observations que présenteront les avocats. Le fait de passer de trois à deux normes ne s'est pas révélé être la piste de simplicité qu'attendait la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir*. Les luttes terminologiques à propos de celle des trois normes qui devait s'appliquer ont été remplacées par des luttes sur l'application des deux normes restantes. Pendant ce temps, l'analyse au fond attend en coulisses. Il est difficile de justifier cette entrée compliquée dans le contrôle judiciaire; cette situation nous appelle à nous interroger, en tant qu'institution, sur l'existence d'un moyen de principe de simplifier la démarche menant à l'examen au fond. Le but consiste à faire fond sur les théories élaborées dans *Dunsmuir* et à les appliquer sans qu'il soit nécessaire de classer les affaires dans des catégories artificielles.

L'explication fournie dans *Dunsmuir* pour justifier le changement de cadre demeure valable aujourd'hui. La principale source de confusion dans la jurisprudence tient à l'appellation à donner à la catégorie de contrôle applicable dans un cas en particulier, soit la norme de la décision raisonnable ou celle de la décision correcte. La

forward that respects the underlying principles of judicial review which were explained in *Dunsmuir*, while redesigning their implementation in a way that makes them easier to apply.

The most obvious and frequently proposed reform of the current system is a single reviewing standard of reasonableness. Nothing *Dunsmuir* says about the rule of law suggests that constitutional compliance dictates how many standards of review are required. The only requirement, in fact, is that there *be* judicial review in order to ensure, in particular, that decision-makers do not exercise authority they do not have. There is nothing in its elaboration of rule of law principles that precludes the adoption of a single standard of review, so long as it accommodates the ability to continue to protect both deference *and* the possibility of a single answer where the rule of law demands it, as in the four categories singled out for correctness review in *Dunsmuir*.

A single standard of reasonableness still invites the approach outlined in *Dunsmuir*, namely, that it is concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. Approaching the analysis from the perspective of whether the outcome falls within a range of defensible outcomes has the advantage of being able to embrace comfortably the animating principles of both former categories of judicial review. Courts can apply a wider range for those kinds of issues and decision-makers traditionally given a measure of deference, and a narrow one of only one “defensible” outcome for those which formerly attracted a correctness review. Most decisions will continue to attract deference, as they did in *Dunsmuir*.

Even if there proves to be little appetite for collapsing the two remaining standards of review, it would still be beneficial if the template developed in *Dunsmuir* were adhered to, including by applying the residual “correctness” standard only in those four circumstances *Dunsmuir* articulated.

Returning to this case, the issue is whether the Adjudicator’s interpretation of ss. 240 to 246 of the *Code* was

question qui se pose est de savoir s’il existe un moyen de respecter les principes sous-tendant le contrôle judiciaire qui avaient été expliqués dans l’arrêt *Dunsmuir* tout en facilitant leur application.

La réforme du système actuel la plus évidente et celle qui est proposée le plus souvent consiste en l’adoption d’une norme de contrôle unique, celle de la décision raisonnable. Rien de ce que la Cour dit dans l’arrêt *Dunsmuir* à propos de la primauté du droit ne laisse entendre que, pour assurer le respect des pouvoirs constitutionnels, il faut qu’il y ait un certain nombre de normes de contrôle. En fait, tout ce qui est exigé c’est qu’il y *ait* des contrôles judiciaires pour faire en sorte notamment que les décideurs administratifs n’exercent pas de pouvoirs qui ne leur sont pas impartis. Il n’y a rien dans son analyse des principes de primauté du droit qui empêcherait l’adoption d’une seule norme de contrôle, tant que cette dernière permet la déférence à l’égard du décideur *et* la possibilité de conclure, lorsque la primauté du droit l’exige, qu’il ne peut y avoir qu’une seule issue, comme dans le cas des quatre catégories de questions soumises à l’application de la norme de la décision correcte suivant *Dunsmuir*.

L’adoption d’une norme unique de la décision raisonnable appelle toujours la démarche énoncée dans *Dunsmuir*, c’est-à-dire que le caractère raisonnable tient à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Envisager l’analyse en posant la question de savoir si la décision appartient aux issues pouvant se justifier présente l’avantage de bien cadrer avec les principes qui animaient l’une et l’autre des deux anciennes catégories de contrôle judiciaire. Les cours de justice peuvent circonscrire largement la gamme des issues dans les cas où les décideurs — ou le type de questions — appelaient traditionnellement une démarche empreinte de déférence et étroitement — en reconnaissant une seule issue « pouvant se justifier » — dans les cas où les questions entraînaient auparavant l’application de la norme de la décision correcte. La plupart des décisions continueront à commander la déférence, comme l’explique la Cour dans *Dunsmuir*.

Cependant, même si la fusion des deux normes de contrôle restantes ne suscitait pas beaucoup d’appétit, il serait néanmoins bénéfique de suivre le modèle développé dans *Dunsmuir*, y compris en appliquant la norme résiduelle de la « décision correcte » seulement dans les quatre circonstances énumérées dans cet arrêt.

En l’espèce, la question en litige est celle de savoir si l’interprétation par l’arbitre des art. 240 à 246 du *Code*

reasonable. The text, the context, the statements of the Minister of Labour when the legislation was introduced, and the views of the overwhelming majority of arbitrators and labour law scholars, confirm that the entire purpose of the statutory scheme was to ensure that non-unionized federal employees would be entitled to protection from being dismissed without cause under Part III of the *Code*. The alternative approach of severance pay in lieu falls outside the range of “possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” because it completely undermines this purpose by permitting employers, at their option, to deprive employees of the full remedial package Parliament created for them. The rights of employees should be based on what Parliament intended, not on the idiosyncratic view of the individual employer or adjudicator. The Adjudicator’s decision was, therefore, reasonable.

When the provisions were introduced, the Minister referred to the right of employees to fundamental protection from arbitrary dismissal and to the fact that such protection was already a part of all collective agreements. These statements make it difficult to draw any inference other than that Parliament intended to expand the dismissal rights of non-unionized federal employees in a way that, if not identically, at least analogously matched those held by unionized employees. This is how the new provisions have been interpreted by labour law scholars and almost all the adjudicators appointed to apply them, namely, that the purpose of the 1978 provisions in ss. 240 to 246 was to offer a statutory alternative to the common law of dismissals and to conceptually align the protections from unjust dismissals for non-unionized federal employees with those available to unionized employees. The new *Code* regime was also a cost-effective alternative to the civil court system for dismissed employees to obtain meaningful remedies which are far more expansive than those available at common law.

The most significant arbitral tutor for the new provisions came from the way the jurisprudence defined “Unjust Dismissal”. In the collective bargaining context, “unjust dismissal” has a specific and well understood meaning: that employees covered by collective agreements are protected from unjust dismissals and can only be dismissed for “just cause”. This includes an onus on employers to give reasons showing why the dismissal is justified, and carries with it a wide remedial package including reinstatement and progressive discipline. The foundational premise of the common law scheme — that

était raisonnable. Le texte, le contexte, le discours du ministre du Travail lors du dépôt du projet de loi et les avis de la très grande majorité des arbitres et auteurs en droit du travail viennent confirmer que l’objet global du régime légal consiste à assurer aux employés fédéraux non syndiqués une protection, prévue à la partie III du *Code*, contre le congédiement sans motif. L’autre interprétation, suivant laquelle le versement d’une indemnité de départ suffit, n’appartient pas aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », car elle mine complètement l’objet du régime en permettant aux employeurs, à leur choix, de priver les employés de l’ensemble intégral des mesures de réparation créées par le Parlement à leur intention. Les droits des employés doivent être fondés sur l’intention du Parlement, non sur l’avis personnel d’un employeur ou d’un arbitre. La décision de l’arbitre était donc raisonnable.

Lors du dépôt du projet de loi, le ministre a mentionné le droit des employés à une protection dont tous les travailleurs doivent bénéficier contre le congédiement arbitraire et le fait qu’une telle protection figure également dans toutes les conventions collectives. Compte tenu de telles affirmations, il est difficile de ne pas conclure que le Parlement entendait donner aux employés fédéraux non syndiqués des droits en cas de congédiement qui, s’ils ne sont pas identiques à ceux des employés syndiqués, y sont certainement analogues. Et c’est ainsi que les auteurs en droit du travail et presque tous les arbitres nommés pour appliquer les nouvelles dispositions de 1978 prévues aux art. 240 à 246 les ont interprétées : elles avaient pour objet de présenter une alternative législative aux règles de common law régissant le congédiement et d’harmoniser les mesures de protection contre le congédiement injuste offertes aux employés fédéraux non syndiqués avec celles offertes aux syndiqués. Le nouveau régime prévu par le *Code* offrait également aux employés congédiés une solution extrajudiciaire abordable leur permettant d’obtenir des réparations utiles et bien plus diversifiées que celles que prévoit la common law.

L’enseignement le plus important de la jurisprudence arbitrale à propos des nouvelles dispositions est sa définition de ce qui constitue un « congédiement injuste ». Dans le contexte de la négociation collective, le terme « congédiement injuste » a une définition précise et bien comprise : les employés visés par une convention collective sont protégés contre le congédiement injuste; ils ne peuvent être congédiés que pour une « juste cause ». Il incombe à l’employeur de fournir les motifs démontrant en quoi le congédiement est justifié, et l’employé jouit d’importantes mesures de réparation,

there is a right to dismiss on reasonable notice *without* cause or reasons — has been completely replaced under the *Code* by a regime *requiring* reasons for dismissal. In addition, the galaxy of discretionary remedies, including, most notably, reinstatement, as well as the open-ended equitable relief available, is also utterly inconsistent with the right to dismiss without cause. If an employer can continue to dismiss without cause under the *Code* simply by providing adequate severance pay, there is virtually no role for the plurality of remedies available to the adjudicator under the Unjust Dismissal scheme. Out of the over 1,740 adjudications and decisions since the Unjust Dismissal scheme was enacted, only 28 decisions have not followed this consensus approach.

The remedies newly available in 1978 to non-unionized employees reflect those generally available in the collective bargaining context. This is what Parliament intended. To infer instead that Parliament intended to maintain the common law under the *Code* regime, creates an anomalous legal environment in which the protections given to employees by statute — reasons, reinstatement, equitable relief — can be superseded by the common law right of employers to dismiss whomever they want for whatever reason they want so long as they give reasonable notice or pay in lieu. This somersaults the accepted understanding of the relationship between the common law and statutes, especially in dealing with employment protections, by assuming the continuity of a more restrictive common law regime notwithstanding the legislative enactment of benefit-granting provisions to the contrary.

The argument that employment can be terminated without cause so long as minimum notice or compensation is given, on the other hand, would have the effect of rendering many of the Unjust Dismissal remedies meaningless or redundant. Only by interpreting the Unjust Dismissal scheme as representing a displacement of the employer's ability at common law to fire an employee without reasons if reasonable notice is given, does the scheme and its remedial package make sense. That is how the 1978 provisions have been almost universally applied. It is an outcome that is anchored in parliamentary intention, statutory language, arbitral jurisprudence,

dont la réintégration dans l'emploi et des mesures disciplinaires progressives. La prémisse fondamentale du régime de common law, à savoir qu'il existe un droit de congédier un employé *sans* motif moyennant un préavis raisonnable, a été remplacée complètement par un régime prévu dans le *Code exigeant* que le congédiement soit motivé. En outre, la constellation des réparations à la disposition de l'arbitre — notamment la réintégration dans l'emploi et les autres mesures équitables qu'il peut accorder — est incompatible avec un tel droit. Si l'employeur était autorisé par le *Code* à congédier un employé sans motif à la seule condition qu'il verse à ce dernier une indemnité de départ adéquate, la pluralité des réparations que met le régime de congédiement injuste à la disposition de l'arbitre ne servirait pratiquement à rien. Parmi plus de 1740 sentences arbitrales et décisions rendues depuis l'adoption du régime de congédiement injuste, seulement 28 décisions n'ont pas suivi cette démarche faisant consensus.

Les nouveaux recours prévus à l'intention des employés non syndiqués dès 1978 reprennent ceux qui existent généralement dans le contexte de la négociation collective. C'est ce que le Parlement entendait. Si, au contraire, le Parlement avait eu l'intention de maintenir les règles de common law parallèlement au régime prévu par le *Code*, il en résulterait une situation juridique incongrue : les protections conférées par une loi aux employés — motif du congédiement, réintégration dans l'emploi et mesures équitables de réparation — pourraient être supplantées par le droit de l'employeur, prévu par la common law, de congédier n'importe qui pour n'importe quel motif à condition qu'il donne un préavis raisonnable ou verse une indemnité en guise et lieu de préavis. Une telle inférence bouleverse la conception du rapport entre la common law et les lois, tout particulièrement en ce qui a trait à la protection des employés, car elle signifierait qu'un régime de common law plus restrictif serait maintenu malgré l'adoption de dispositions légales contraires conférant des avantages.

L'argument selon lequel il peut être mis fin à l'emploi sans motif moyennant le préavis minimal ou l'indemnité en guise et lieu de préavis aurait, en revanche, pour effet de rendre inutiles les réparations à l'encontre du congédiement injuste. C'est seulement en concluant que le régime de congédiement injuste a écarté le droit que la common law reconnaît à l'employeur de congédier un employé sans motif moyennant le préavis raisonnable que le régime et ses réparations se tiennent. C'est ainsi que les dispositions de 1978 ont presque toujours été interprétées. Cette interprétation est fondée sur l'intention du Parlement, le libellé de la loi, la jurisprudence arbitrale et les

and labour relations practice. To decide otherwise would fundamentally undermine Parliament's remedial purpose.

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The standard of review in this case is reasonableness and the Adjudicator's decision was reasonable and should be restored. Justice Abella's disposition of the appeal on the merits and her analysis of the two conflicting interpretations of the Unjust Dismissal provisions of the *Code* are agreed with. Although her efforts to stimulate a discussion on how to clarify or simplify the standard of review jurisprudence are appreciated, it is unnecessary to endorse any particular proposal to redraw the current standard of review framework at this time.

Per Cromwell J.: The standard of review in this case is reasonableness and the Adjudicator's decision was reasonable. The appeal should be allowed and the decision of the Adjudicator restored for the reasons given by Abella J. Reasonableness is a single standard and must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors. Developing new and apparently unlimited numbers of gradations of reasonableness review — the margins of appreciation approach created by the Federal Court of Appeal — is not an appropriate development of the standard of review jurisprudence. However, the standard of review jurisprudence does not need yet another overhaul and the approach developed by Abella J. in *obiter* is disagreed with.

Per Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting): This case exposes a serious concern for the rule of law posed by presumptively deferential review of a decision-maker's interpretation of its home statute. In the specific context of this case, correctness review is justified. To conclude otherwise would abandon rule of law values in favour of indiscriminate deference to the administrative state.

For decades, labour adjudicators across the country have come to conflicting interpretations of the unjust dismissal provisions of Part III of the *Canada Labour Code*. These conflicting interpretations go to the heart of the federal employment law regime, and can in theory, persist

pratiques dans le domaine des relations du travail. Toute autre conclusion contredit fondamentalement l'intention du Parlement, qui est d'apporter une solution de droit.

La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon : La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable; la décision de l'arbitre était raisonnable et il convient de la rétablir. Il y a accord sur la solution que propose la juge Abella pour trancher le pourvoi au fond et sur son analyse des deux interprétations contradictoires à l'égard des dispositions du *Code* sur le congédiement injuste. Bien que ses efforts en vue de stimuler la discussion sur le moyen de clarifier ou de simplifier la jurisprudence sur la norme de contrôle soient reconnus, il n'est pas nécessaire pour l'instant de souscrire à une quelconque proposition de réforme du cadre actuel relatif à la norme de contrôle.

Le juge Cromwell : La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, et la décision de l'arbitre était raisonnable. L'appel doit être accueilli, et la décision de l'arbitre rétablie, pour les motifs exprimés par la juge Abella. La norme de la décision raisonnable constitue une norme unique, et le caractère raisonnable s'apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents. Ouvrir la porte au contrôle judiciaire selon une norme de la décision raisonnable repensée et caractérisée par des degrés de contrôle apparemment illimités — la démarche de la marge d'appréciation élaborée par la Cour d'appel fédérale — ne constitue pas une évolution souhaitable de la jurisprudence en la matière. Toutefois, une autre réforme fondamentale de la jurisprudence sur la norme de contrôle n'est pas nécessaire, et il y a désaccord sur la démarche préconisée par la juge Abella en *obiter*.

Les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents) : La présente affaire soulève de sérieuses questions relatives au respect du principe de la primauté du droit en raison de la présomption voulant que la déférence s'impose dès qu'il s'agit du contrôle de l'interprétation, par un décideur, de sa propre loi constitutive. Dans le contexte spécifique du présent dossier, la norme de la décision correcte est celle qui doit être appliquée. Conclure le contraire revient à abandonner la primauté du droit au bénéfice d'une déférence aveugle à l'Administration.

Pendant des décennies, les arbitres du travail dans tout le pays ont proposé des interprétations contradictoires des dispositions de la partie III du *Code canadien du travail* relatives au congédiement injuste. Ces interprétations contradictoires vont à l'essence même du régime

indefinitely. The simultaneous existence of these conflicting interpretations undermines the rule of law by compromising the cardinal values of certainty and predictability. This state of affairs creates the risk that the *very same* federally regulated employer might be subjected to conflicting legal interpretations regarding whether it can or cannot dismiss an employee without cause. The existence of lingering disagreements amongst decision-makers also undermines the very basis for deference. Where there is lingering disagreement on a matter of statutory interpretation between administrative decision-makers, and where it is clear that the legislature could only have intended the statute to bear one meaning, correctness review is appropriate.

While the constructive spirit in which Abella J.'s revisions to the standard of review are proposed in *obiter dicta* is appreciated, it is preferable to confine any statement regarding what is already the subject of a peripatetic body of jurisprudence to a judicial pronouncement.

Sections 240 to 245 of the *Code* create a mechanism for employees to challenge the lawfulness of their dismissal. Employees who are covered by a collective agreement have a similar procedural option to grieve the lawfulness of their dismissals. This procedure is more efficient than a civil action, since it involves less stringent evidentiary rules, an expert adjudicator who is well versed in the factual nuances of employment relationships, and a stricter timeline than a court action. It is a time- and cost-effective method of resolving employment disputes that provides an alternative to judicial determination. Additional remedies are available to employees who choose to use the unjust dismissal provisions. In this way, the unjust dismissal provisions of the *Code* increase access to justice for federal employees who are dismissed from their employment.

But a procedural mechanism that increases access to justice does not, in and of itself, fundamentally alter the legal basis of the federally regulated employment relationship. This procedural mechanism — access to which is dependent on the discretion of the Minister — is not the exclusive means by which a federal employee may challenge the lawfulness of a dismissal. Parliament has expressly preserved the continuing jurisdiction of the civil courts to decide the lawfulness of the dismissal, though the civil courts apply the common law of wrongful dismissal rather than the unjust dismissal provisions of the *Code*. An employee is always entitled to challenge the lawfulness of a dismissal in the civil courts, irrespective of whether the employee first chooses to resort to the unjust

fédéral du droit du travail et sont susceptibles, en théorie, de durer indéfiniment. L'existence simultanée de ces interprétations contradictoires mine la primauté du droit en compromettant les valeurs fondamentales que sont la certitude et la prévisibilité. Cette situation crée le risque que le *même* employeur régi par la législation fédérale soit assujéti à des interprétations législatives contradictoires sur son habilité à congédier sans motif un employé. L'existence de divergences persistantes entre les décideurs compromet également la raison d'être même de la déférence. En présence de divergences persistantes entre des décideurs administratifs concernant l'interprétation d'une loi à laquelle le législateur voulait manifestement ne donner qu'un seul sens, c'est la norme de la décision correcte qui doit être appliquée.

L'esprit constructif qui sous-tend la réforme de la norme de contrôle que propose la juge Abella en *obiter dicta* est louable, mais il est préférable de réserver toute discussion portant sur cette matière ayant déjà fait couler beaucoup d'encre à une décision judiciaire.

Les articles 240 à 245 du *Code* créent un mécanisme permettant à l'employé de contester la légalité de son congédiement. Les employés visés par une convention collective disposent d'un mécanisme semblable, celui du grief, pour contester la légalité de leur congédiement. Cette procédure est plus efficiente qu'un recours civil : les règles de preuve sont moins strictes, l'arbitre expert est bien au fait des nuances factuelles des liens d'emploi et les délais sont plus courts. C'est à l'égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d'éviter la voie judiciaire. D'autres réparations sont prévues à l'intention des employés qui se prévalent des dispositions relatives au congédiement injuste. En ce sens, ces dispositions du *Code* donnent aux employés congédiés visés par la législation fédérale un accès accru à la justice.

Toutefois, un mécanisme procédural qui élargit l'accès à la justice ne modifie pas pour autant le fondement juridique du lien d'emploi visé par la législation fédérale. Ce mécanisme — tributaire de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire — n'est donc pas le seul dont un employé fédéral peut se prévaloir pour contester la légalité de son congédiement. Le législateur a expressément préservé la compétence des tribunaux civils à l'égard de la légalité des congédiements, mais les tribunaux civils appliquent les règles de common law régissant le congédiement illégal plutôt que les dispositions du *Code* sur le congédiement injuste. Il est toujours loisible à un employé de contester devant les tribunaux civils la légalité d'un congédiement, même s'il s'est

dismissal procedure in the *Code*, though subject to the doctrine of issue estoppel. The unjust dismissal provisions are therefore simply a procedural option for federal employees.

The common law continues to define the federal employment relationship and federally regulated employers are entitled to dismiss employees without cause, but with payment of the appropriate notice and severance pay as prescribed by ss. 230 and 235 of the *Code*, the contract of employment, or the common law (whichever is greater). Adjudicators and courts possess concurrent jurisdiction to determine the adequacy of the notice and severance pay and to order any other remedies that may be warranted in the circumstances. The mere provision of a notice and a severance payment does not allow an employer to escape the scrutiny of an adjudicator any more than it would allow the employer to escape the scrutiny of a court.

Permitting federally regulated employers to dismiss their employees without cause would not have the effect of rendering many of the unjust dismissal remedies meaningless or redundant. The remedy of reinstatement is consistent with a “without cause” regime. It is available in almost every provincial employment law regime irrespective of whether that regime permits an employer to dismiss an employee without cause. Under the *Code*, adjudicators currently order reinstatement based on their expert assessment of whether the employer and employee will be able to continue working together in a healthy and productive employment relationship in the future. If the adjudicator has reason to believe that the employer will simply dismiss the employee again, he or she will not order reinstatement. There is no reason to suppose that this practice would change were the continuing right of federally regulated employers to dismiss their employees without cause to be affirmed, as long as the appropriate notice and severance pay is provided.

A dismissal without cause is not *per se* unjust, so long as adequate notice is provided. Because the Adjudicator’s interpretation of ss. 240 to 246 of the *Code* is inconsistent with the text, context and purpose of these provisions, it ought to be set aside and the appeal dismissed.

Cases Cited

By Abella J.

Discussed: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Redlon Agencies*

prévalu auparavant de la procédure relative au congédiement injuste prévue dans le *Code*, sous réserve de l’application de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Ainsi, les dispositions relatives au congédiement injuste offrent simplement un autre recours aux employés régis par la législation fédérale.

La common law continue de définir le lien d’emploi fédéral, et les employeurs régis par la législation fédérale ont le droit de congédier leurs employés sans motif, moyennant le préavis et l’indemnité de départ les plus généreux parmi ceux prévus aux art. 230 et 235 du *Code*, au contrat d’emploi ou en common law. Les arbitres et les tribunaux judiciaires possèdent des compétences concurrentes pour apprécier le préavis et l’indemnité de départ et ordonner toute autre réparation pouvant se justifier dans les circonstances. L’employeur ne peut se soustraire à l’examen par un arbitre ou une cour de justice du simple fait qu’il a donné un préavis et versé une indemnité.

Une interprétation autorisant les congédiements non motivés par les employeurs régis par la législation fédérale n’aurait pas pour effet de rendre inutiles les réparations à l’encontre du congédiement injuste. La réparation que constitue la réintégration dans l’emploi cadre bien avec un régime de congédiement non motivé. Cette réparation existe dans presque toutes les provinces, peu importe que le régime y permette ou non le congédiement non motivé. Présentement, aux termes du *Code*, les arbitres ordonnent la réintégration si, à leur avis d’expert, l’employeur et l’employé sont en mesure de maintenir une relation d’emploi saine et productive. Si l’arbitre croit que l’employeur congédiera simplement à nouveau l’employé, il n’ordonnera pas la réintégration. Aucune raison ne permet de croire que cette pratique changerait si le droit des employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés sans motif moyennant le préavis et l’indemnité de départ adéquats était confirmé.

Un congédiement non motivé n’est pas en soi injuste, dès lors qu’un préavis suffisant a été donné. L’interprétation par l’arbitre des art. 240 à 246 du *Code* étant incompatible avec le texte, le contexte et l’objet de ces dispositions, elle doit être écartée, et le pourvoi est rejeté.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt analysé : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :**

Ltd. v. Norgren, 2005 FC 804; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Yue v. Bank of Montreal*, 2016 FCA 107, 483 N.R. 375; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *M.M. v. United States of America*, 2015 SCC 62, [2015] 3 S.C.R. 973; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *Wolf Lake First Nation v. Young* (1997), 130 F.T.R. 115; *Roberts v. Bank of Nova Scotia* (1979), 1 L.A.C. (3d) 259; *Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL); *Sharma v. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare v. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien v. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat v. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

Redlon Agencies Ltd. c. Norgren, 2005 CF 804; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Yue c. Banque de Montréal*, 2016 CAF 107, 483 N.R. 375; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *M.M. c. États-Unis d'Amérique*, 2015 CSC 62, [2015] 3 R.C.S. 973; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *Wolf Lake First Nation c. Young*, 1997 CanLII 5057; *Roberts c. Bank of Nova Scotia* (1979), 1 L.A.C. (3d) 259; *Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL); *Sharma c. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare c. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien c. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat c. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

By Cromwell J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458.

By Côté and Brown JJ. (dissenting)

Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services), 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Altus Group Ltd. v. Calgary (City)*, 2015 ABCA 86, 599 A.R. 223; *Abdoulrab v. Ontario Labour Relations Board*, 2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641; *Taub v. Investment Dealers Assn. of Canada*, 2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169; *Pierre v. Roseau River Tribal Council*, [1993] 3 F.C. 756; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Champagne v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2012 CanLII 97650; *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739; *Sharma v. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare v. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien v. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat v. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Klein v. Royal Canadian Mint*, 2013 CLLC ¶210-013; *Paul v. National Centre for First Nations Governance*, 2012 CanLII 85154; *Palmer v. Dempsey Laird Trucking Ltd.*, 2012 CarswellNat 1620 (WL Can.); *Gouchey v. Sturgeon Lake Cree Nation*, 2011 CarswellNat 3430 (WL Can.); *Stark v. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3074 (WL Can.); *Dominic v. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3085 (WL Can.); *McCloud v. Samson Cree Nation*, [2011] C.L.A.D. No. 119 (QL); *Prosper v. PPADC Management Co.*, [2010] C.L.A.D. No. 430 (QL); *Perley v. Maliseet First Nation at Tobique*,

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458.

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents)

Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers), 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Altus Group Ltd. c. Calgary (City)*, 2015 ABCA 86, 599 A.R. 223; *Abdoulrab c. Ontario Labour Relations Board*, 2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641; *Taub c. Investment Dealers Assn. of Canada*, 2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169; *Pierre c. Conseil tribal de Roseau River*, [1993] 3 C.F. 756; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Champagne c. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2012 CanLII 97650; *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739; *Sharma c. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare c. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien c. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat c. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Klein c. Royal Canadian Mint*, 2013 CLLC ¶210-013; *Paul c. National Centre for First Nations Governance*, 2012 CanLII 85154; *Palmer c. Dempsey Laird Trucking Ltd.*, 2012 CarswellNat 1620 (WL Can.); *Gouchey c. Sturgeon Lake Cree Nation*, 2011 CarswellNat 3430 (WL Can.); *Stark c. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3074 (WL Can.); *Dominic c. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3085 (WL Can.); *McCloud c. Samson Cree Nation*, [2011] C.L.A.D. No. 119 (QL); *Prosper c. PPADC Management*

2010 CarswellNat 4618 (WL Can.); *Daniels v. Whitecap Dakota First Nation*, [2008] C.L.A.D. No. 135 (QL); *Armsworthy v. L.H. & Co.*, [2005] C.L.A.D. No. 161 (QL); *Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)*, 2003 CarswellNat 7342 (WL Can.); *Cooper v. Exalta Transport Services Ltd.*, [2002] C.L.A.D. No. 612 (QL); *Chalifoux v. Driftpile First Nation*, [2000] C.L.A.D. No. 368 (QL); *Halkowich and Fairford First Nation*, [1998] C.L.A.D. No. 486 (QL); *D. McCool Transport Ltd. and Bosma*, [1998] C.L.A.D. No. 315 (QL); *Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1996] C.L.A.D. No. 631 (QL); *Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Lum v. Shaw Communications Inc.*, 2004 NBCA 35, 270 N.B.R. (2d) 141; *Cornelson v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2014 ABQB 436; *Nelson v. Champion Feed Services Inc.*, 2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162; *Chandran v. National Bank of Canada*, 2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256; *Paquette v. TeraGo Networks Inc.*, 2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056; *Vist v. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038; *Wallace v. Toronto-Dominion Bank* (1983), 41 O.R. (2d) 161; *Ryder v. Carry The Kettle First Nation*, 2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239; *Nardocchio v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1979), 41 N.S.R. (2d) 26; *Wilson v. Sliammon First Nation*, 2002 BCSC 190; *Chadee v. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110; *Spilberg v. Total Transportation Solutions Inc.*, [2014] O.J. No. 2903 (QL); *Lazarus v. Information Communication Services (ICS) Inc.*, [2015] O.J. No. 5304 (QL); *Jackson v. Gitksan Treaty Society*, 2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179; *Beatty v. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64; *Schimanski v. B & D Walter Trucking Ltd.*, 2014 ABPC 288; *Logan v. Progressive Air Service Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 129 (QL); *Rodgers v. Sun Radio Ltd.* (1991), 109 N.S.R. (2d) 415; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Pereira v. Bank of Nova Scotia* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267; *Wyllie v. Larche Communications Inc.*, 2015 ONSC 4747; *Ng v. Bank of Montreal*, 2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86; *Canadian National Railway Co. v. Benson*, 2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Goodyear Tire Co.*, [2010] C.L.A.D. No. 430 (QL); *Perley c. Maliseet First Nation at Tobique*, 2010 CarswellNat 4618 (WL Can.); *Daniels c. Whitecap Dakota First Nation*, [2008] C.L.A.D. No. 135 (QL); *Armsworthy c. L.H. & Co.*, [2005] C.L.A.D. No. 161 (QL); *Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)*, 2003 CarswellNat 7342 (WL Can.); *Cooper c. Exalta Transport Services Ltd.*, [2002] C.L.A.D. No. 612 (QL); *Chalifoux c. Driftpile First Nation*, [2000] C.L.A.D. No. 368 (QL); *Halkowich and Fairford First Nation*, [1998] C.L.A.D. No. 486 (QL); *D. McCool Transport Ltd. and Bosma*, [1998] C.L.A.D. No. 315 (QL); *Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1996] C.L.A.D. No. 631 (QL); *Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Lum c. Shaw Communications Inc.*, 2004 NBCA 35, 270 R.N.-B. (2^e) 141; *Cornelson c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2014 ABQB 436; *Nelson c. Champion Feed Services Inc.*, 2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162; *Chandran c. National Bank of Canada*, 2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256; *Paquette c. TeraGo Networks Inc.*, 2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056; *Vist c. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038; *Wallace c. Toronto-Dominion Bank* (1983), 41 O.R. (2d) 161; *Ryder c. Carry The Kettle First Nation*, 2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239; *Nardocchio c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1979), 41 N.S.R. (2d) 26; *Wilson c. Sliammon First Nation*, 2002 BCSC 190; *Chadee c. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110; *Spilberg c. Total Transportation Solutions Inc.*, [2014] O.J. No. 2903 (QL); *Lazarus c. Information Communication Services (ICS) Inc.*, [2015] O.J. No. 5304 (QL); *Jackson c. Gitksan Treaty Society*, 2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179; *Beatty c. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64; *Schimanski c. B & D Walter Trucking Ltd.*, 2014 ABPC 288; *Logan c. Progressive Air Service Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 129 (QL); *Rodgers c. Sun Radio Ltd.* (1991), 109 N.S.R. (2d) 415; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Pereira c. Bank of Nova Scotia* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267; *Wyllie c. Larche Communications Inc.*, 2015 ONSC 4747; *Ng c. Bank of Montreal*, 2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86; *Canadian National Railway Co. c. Benson*, 2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218; *Vorvis c. Insurance Corporation*

and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co., [1956] S.C.R. 610; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Lemieux Bélanger v. Commissaires d'Écoles pour la Municipalité de St-Gervais*, [1970] S.C.R. 948; *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199; *Ridley v. Gitxaala Nation*, [2009] C.L.A.D. No. 267 (QL); *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Poulter v. Gull Bay First Nation*, 2011 CarswellNat 3466 (WL Can.); *Morrisseau v. Tootinaowaziibeeng First Nation* (2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134; *Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re*, 2006 CarswellNat 6950 (WL Can.).

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, CQLR, c. N-1.1, ss. 82, 82.1(3), 124, 126.
Act respecting labour standards, S.Q. 1979, c. 45, s. 124.
Act to Amend Chapter 10 of the Acts of 1972, the Labour Standards Code, S.N.S. 1975, c. 50, s. 4.
Act to amend the Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. 17 (2nd Supp.), s. 16.
Act to amend the Canada Labour Code, S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.
Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, Part III, ss. 167(3), 168, 230, 235, 240 to 246.
Civil Code of Québec, art. 2925.
Employment Standards Act, R.S.B.C. 1996, c. 113, ss. 74 to 86.2, 79.
Employment Standards Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, s. 30.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2, ss. 61 to 76, 65.
Employment Standards Act, 2000, S.O. 2000, c. 41, s. 104.
Employment Standards Code, C.C.S.M., c. E110, s. 96.1.
Employment Standards Code, R.S.A. 2000, c. E-9, ss. 82, 89(1).
Labour Standards Act, R.S.N.L. 1990, c. L-2, ss. 62, 68 to 73, 78.
Labour Standards Code, R.S.N.S. 1989, c. 246, ss. 6, 21, 23, 71, 72, 78.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, s. 6(1).
Limitation of Actions Act, C.C.S.M., c. L150, s. 2(1).
Limitation of Actions Act, R.S.N.S. 1989, c. 258, s. 2(1).
Limitation of Actions Act, R.S.N.W.T. 1988, c. L-8, s. 2(1).
Limitation of Actions Act, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. L-8, s. 2(1).

of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Lemieux Bélanger c. Commissaires d'Écoles pour la Municipalité de St-Gervais*, [1970] R.C.S. 948; *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199; *Ridley c. Gitxaala Nation*, [2009] C.L.A.D. No. 267 (QL); *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Poulter c. Gull Bay First Nation*, 2011 CarswellNat 3466 (WL Can.); *Morrisseau c. Tootinaowaziibeeng First Nation* (2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134; *Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re*, 2006 CarswellNat 6950 (WL Can.).

Lois et règlements cités

Act to Amend Chapter 10 of the Acts of 1972, the Labour Standards Code, S.N.S. 1975, c. 50, art. 4.
Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, partie III, art. 167(3), 168, 230, 235, 240 à 246.
Code civil du Québec, art. 2925.
Code des normes d'emploi, C.P.L.M., c. E110, art. 96.1.
Employment Standards Act, R.S.B.C. 1996, c. 113, art. 74 à 86.2, 79.
Employment Standards Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, art. 30.
Employment Standards Code, R.S.A. 2000, c. E-9, art. 82, 89(1).
Labour Standards Act, R.S.N.L. 1990, c. L-2, art. 62, 68 à 73, 78.
Labour Standards Code, R.S.N.S. 1989, c. 246, art. 6, 21, 23, 71, 72, 78.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, art. 6(1).
Limitation of Actions Act, R.S.N.S. 1989, c. 258, art. 2(1).
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, art. 3(1).
Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, art. 9.
Limitations Act, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5.
Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O. 2000, c. 41, art. 104.
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4.
Loi modifiant le Code canadien du travail, S.C. 1977-78, c. 27, art. 21.
Loi modifiant le Code canadien du travail, S.R.C. 1970, c. 17 (2^e suppl.), art. 16.
Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, c. P-25, art. 97(2.1), 100.1.
Loi sur la prescription, C.P.L.M., c. L150, art. 2(1).
Loi sur la prescription, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5(1).

Limitation of Actions Act, R.S.Y. 2002, c. 139, s. 2(1).
Limitation of Actions Act, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5(1).
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 3(1).
Limitations Act, S.N.L. 1995, c. L-16.1, s. 9.
Limitations Act, S.S. 2004, c. L-16.1, s. 5.
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, s. 4.
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1.
Saskatchewan Employment Act, S.S. 2013, c. S-15.1, ss. 2-97(1), 3-36(1).
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 2(1).

Authors Cited

Arthurs, Harry W. *Fairness at Work: Federal Labour Standards for the 21st Century*, final report of the Federal Labour Standards Review. Gatineau, Que.: Human Resources and Skills Development Canada, 2006.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., December 13, 1977, p. 1831.

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration, Respecting Bill C-8, An Act to amend the Canada Labour Code*, No. 11, 3rd Sess., 30th Parl., March 16, 1978, p. 46.

Casey, James T., ed. *Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2016, release 1).

Christie, Innis. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

Cromwell, Thomas. “Appellate Review: Policy and Pragmatism”, in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Law Society of Manitoba, 2006.

Daly, Paul. “Dunsmuir’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review” (2012), 58 *McGill L.J.* 483.

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

England, G. “Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years” (1982), 12 *Man. L.J.* 9.

Evans, John M. “Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?” (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 101.

Harris, David. *Wrongful Dismissal*. Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2013, release 2).

Jones, David Phillip. “The Year in Review: Recent Developments in Administrative Law”, prepared for

Loi sur la prescription, L.R.Y. 2002, c. 139, art. 2(1).
Loi sur les normes d’emploi, L.N.-B. 1982, c. E-7.2, art. 61 à 76, 65.
Loi sur les normes du travail, L.Q. 1979, c. 45, art. 124.
Loi sur les normes du travail, RLRQ, c. N-1.1, art. 82, 82.1(3), 124, 126.
Loi sur les prescriptions, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-8, art. 2(1).
Loi sur les prescriptions, L.R.T.N.-O. (Nun.) 1988, c. L-8, art. 2(1).
Saskatchewan Employment Act, S.S. 2013, c. S-15.1, art. 2-97(1), 3-36(1).
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, art. 2(1).

Doctrine et autres documents cités

Arthurs, Harry W. *Équité au travail : Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, rapport final de l’Examen des normes du travail fédérales, Gatineau (Qc), Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 30^e lég., 13 décembre 1977, p. 1832.

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration, concernant Bill C-8, Loi modifiant le Code canadien du travail*, n^o 11, 3^e sess., 30^e lég., 16 mars 1978, p. 46.

Casey, James T., ed. *Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2016, release 1).

Christie, Innis. *Employment Law in Canada*, 2nd ed., Markham (Ont.), Butterworths, 1993.

Cromwell, Thomas. « Appellate Review : Policy and Pragmatism », in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, Winnipeg, Law Society of Manitoba, 2006.

Daly, Paul. « Dunsmuir’s Flaws Exposed : Recent Decisions on Standard of Review » (2012), 58 *R.D. McGill* 483.

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

England, G. « Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction : The First Three Years » (1982), 12 *Man. L.J.* 9.

Evans, John M. « Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 101.

Harris, David. *Wrongful Dismissal*, Toronto, Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2013, release 2).

- the Canadian Bar Association's 2015 National Administrative Law, Labour and Employment Law Conference, held in Ottawa on November 27-28, 2015 (online: <http://sagecounsel.com/wp-content/uploads/2015/12/CBA-Recent-Developments-Nov-2015.pdf>).
- Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2016, release 43).
- Lewans, Matthew. "Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir*" (2012), 38 *Queen's L.J.* 59.
- Mullan, David. "Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!" (2013), 42 *Adv. Q.* 1.
- Munro, John. "A better deal for Canada's unorganized workers" (1977), 77 *The Labour Gazette* 347.
- Ruslim, Reagan. "Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code*: New Law, Old Statute" (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (online: <http://ir.lib.uwo.ca/uwojls/vol5/iss2/3>).
- Simmons, C. Gordon. *Meaning of Dismissal: The Meaning of Dismissals Under Division V.7 of Part III of the Canada Labour Code*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1979.
- Sossin, Lorne. "The Complexity of Coherence: Justice LeBel's Administrative Law" (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 145.
- Stratas, David. "The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency", February 17, 2016 (online: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733751).
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Trudeau, Gilles. "Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees?" (1991), 30 *Indus. Rel.* 302.
- Wihak, Lauren J. "Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later" (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 173.
- Jones, David Phillip. « The Year in Review : Recent Developments in Administrative Law », prepared for the Canadian Bar Association's 2015 National Administrative Law, Labour and Employment Law Conference, held in Ottawa on November 27-28, 2015 (online : <http://sagecounsel.com/wp-content/uploads/2015/12/CBA-Recent-Developments-Nov-2015.pdf>).
- Levitt, Howard A. *The Law of Dismissal in Canada*, 3rd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2016, release 43).
- Lewans, Matthew. « Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir* » (2012), 38 *Queen's L.J.* 59.
- Mullan, David. « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen! » (2013), 42 *Adv. Q.* 1.
- Munro, John. « Les 14 points Munro : l'amélioration de la situation des travailleurs non syndiqués » (1977), 77 *La gazette du travail* 418.
- Ruslim, Reagan. « Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code* : New Law, Old Statute » (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (online : <http://ir.lib.uwo.ca/uwojls/vol5/iss2/3>).
- Simmons, C. Gordon. *Le congédiement : Le congédiement, aux termes de la division V.7 de la partie III du Code canadien du travail*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1979.
- Sossin, Lorne. « The Complexity of Coherence : Justice LeBel's Administrative Law » (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 145.
- Stratas, David. « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency », February 17, 2016 (online : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733751).
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Trudeau, Gilles. « Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees? » (1991), 30 *Indus. Rel.* 302.
- Wihak, Lauren J. « Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 173.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Stratas, Webb and Near JJ.A.), 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467, 467 N.R. 201, 22 C.C.E.L. (4th) 234, 2015 CLLC ¶210-023, [2015] F.C.J. No. 44 (QL), 2015 CarswellNat 64 (WL Can.), affirming a decision of O'Reilly J., 2013 FC 733, 435 F.T.R. 300, 9 C.C.E.L. (4th) 208, 2013 CLLC ¶210-043, [2013] F.C.J. No. 825 (QL), 2013

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Stratas, Webb et Near), 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467, 467 N.R. 201, 22 C.C.E.L. (4th) 234, 2015 CLLC ¶210-023, [2015] A.C.F. n° 44 (QL), 2015 CarswellNat 4803 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge O'Reilly, 2013 CF 733, 435 F.T.R. 300, 9 C.C.E.L. (4th) 208, 2013 CLLC ¶210-043, [2013] A.C.F. n° 825 (QL), 2013

CarswellNat 2376 (WL Can.). Appeal allowed, Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting.

James A. LeNoury, Avi Sirlin and Reagan Ruslim, for the appellant.

Ronald M. Snyder and Eugene F. Derényi, for the respondent.

Steven Barrett and Louis Century, for the intervenor the Canadian Labour Congress.

Stacey Reginald Ball and Anne Marie Frauts, for the intervenor the Canadian Association for Non-Organized Employees.

Christopher D. Pigott and Christina E. Hall, for the intervenors the Federally Regulated Employers — Transportation and Communications and the Canadian Association of Counsel to Employers.

The judgment was delivered by

[1] ABELLA J. — At common law, a non-unionized employee could be dismissed without reasons if he or she was given reasonable notice or pay in lieu. The issue in this appeal is whether Parliament’s intention behind amendments to the *Canada Labour Code*¹ in 1978 was to offer an alternative statutory scheme consisting of expansive protections much like those available to employees covered by a collective agreement. In my respectful view, like almost all of the hundreds of adjudicators who have interpreted the scheme, I believe that is exactly what Parliament’s intention was.

Background

[2] In 1971, Parliament passed amendments to the *Canada Labour Code*² setting out the notice requirements for firing non-unionized employees who had

¹ R.S.C. 1985, c. L-2 (see Appendix).

² *An Act to amend the Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. 17 (2nd Suppl.), s. 16.

CarswellNat 3191 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

James A. LeNoury, Avi Sirlin et Reagan Ruslim, pour l’appelant.

Ronald M. Snyder et Eugene F. Derényi, pour l’intimée.

Steven Barrett et Louis Century, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Stacey Reginald Ball et Anne Marie Frauts, pour l’intervenante Canadian Association for Non-Organized Employees.

Christopher D. Pigott et Christina E. Hall, pour les intervenants les Employeurs des transports et communications de régime fédérale et l’Association canadienne des avocats d’employeurs.

Version française du jugement rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La common law permettait le congédiement non motivé d’un employé qui n’est pas syndiqué moyennant un préavis raisonnable ou une indemnité en guise et lieu de préavis. La question en l’espèce est de savoir si le Parlement, en modifiant le *Code canadien du travail*¹ en 1978, avait l’intention d’établir un régime légal alternatif offrant des protections généreuses très semblables à celles dont jouissent les employés protégés par une convention collective. Soit dit en tout respect, à mon avis et selon des centaines d’arbitres ayant interprété ce régime — presque tous en fait —, c’était là exactement l’intention du Parlement.

Contexte

[2] En 1971, le Parlement a modifié le *Code canadien du travail*². Il prévoyait, dans le cas d’un congédiement, une obligation de préavis envers

¹ L.R.C. 1985, c. L-2 (voir l’annexe).

² *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. 17 (2^e suppl.), art. 16.

worked for three or more consecutive months.³ The amendments also stipulated a minimal rate of severance pay for those who had worked for 12 months.⁴ Employees dismissed for just cause are not entitled to either notice or severance pay.

[3] More fundamental reforms were enacted in 1978, when the *Code* was again amended by adding a series of provisions to Part III under the heading “Unjust Dismissal”.⁵ They are found at ss. 240 to 246.⁶ This Unjust Dismissal scheme applies to non-unionized employees who have completed 12 consecutive months of continuous employment. Any such employee who has been dismissed has 90 days to make a complaint in writing to an inspector if the employee considers the dismissal to be unjust (s. 240).

[4] A dismissed employee or an inspector can ask the employer for a written statement setting out the reasons for the dismissal. The employer must then provide the statement within 15 days (s. 241(1)).

[5] An inspector is required to try to immediately settle the complaint (s. 241(2)). If the complaint cannot be settled within a reasonable time, the inspector can, at the request of the dismissed employee, refer the matter to the Minister (s. 241(3)), who may appoint an adjudicator to hear the complaint (s. 242(1)). The report of an inspector acts as a screening mechanism to prevent complaints which are frivolous, vexatious or clearly unmeritorious from proceeding to adjudication: Harry W. Arthurs, *Fairness at Work: Federal Labour Standards for the 21st Century* (2006), at pp. 179-80 (Arthurs Report).

[6] The mandate of the adjudicator is to determine whether the dismissal was unjust (s. 242(3)).

³ Currently Part III, Division X — Individual Terminations of Employment.

⁴ Currently Part III, Division XI — Severance Pay.

⁵ *An Act to amend the Canada Labour Code*, S.C. 1977-78, c. 27, s. 21.

⁶ Currently Part III, Division XIV — Unjust Dismissal.

l’employé non syndiqué ayant travaillé depuis au moins trois mois sans interruption³. Les modifications précisait également le taux minimal d’indemnité à verser à l’employé ayant travaillé depuis 12 mois⁴. Dans le cas d’un congédiement pour une juste cause (depuis 1985, un congédiement justifié), l’employé ne pouvait bénéficier ni du préavis ni de l’indemnité.

[3] Des modifications plus fondamentales ont été apportées au *Code* en 1978. Une série de dispositions ont été greffées à la partie III sous le titre « Congédiement injuste »⁵. Elles se trouvent aux art. 240 à 246⁶. Ce régime applicable en cas de congédiement injuste vise les employés non syndiqués ayant travaillé sans interruption pendant 12 mois. Tout employé dans cette situation qui estime avoir été injustement congédié dispose de 90 jours pour déposer une plainte écrite auprès d’un inspecteur (art. 240).

[4] L’employé congédié ou un inspecteur peut demander à l’employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement par écrit. L’employeur dispose de 15 jours pour ce faire (par. 241(1)).

[5] L’inspecteur doit immédiatement tenter de régler la plainte (par. 241(2)). S’il n’est pas possible de régler la plainte dans un délai raisonnable, l’inspecteur peut, à la demande de l’employé congédié, la renvoyer au ministre (par. 241(3)), qui peut demander à un arbitre de l’entendre (par. 242(1)). Le rapport de l’inspecteur constitue le crible qui empêche que les plaintes frivoles, vexatoires ou manifestement mal fondées mènent à une décision (Harry W. Arthurs, *Équité au travail : Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle* (2006), p. 185-186 (rapport Arthurs)).

[6] L’arbitre a pour mandat de décider si le congédiement était injuste (par. 242(3)). Dans l’affirmative,

³ Dans la version actuelle, partie III, section X — Licenciements individuels.

⁴ Dans la version actuelle, partie III, section XI — Indemnité de départ.

⁵ *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1977-78, c. 27, art. 21.

⁶ Dans la version actuelle, partie III, section XIV — Congédiement injuste.

If it was, the adjudicator has broad authority to grant an appropriate remedy (s. 242(4)), including requiring the employer to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

[7] No complaint can be considered by an adjudicator if the employee was laid off because of lack of work or the discontinuance of a function (s. 242(3.1)(a)).

Prior Proceedings

[8] Joseph Wilson was hired by Atomic Energy Canada Limited (AECL)⁷ as a Senior Buyer/Order Administrator in 2005 and was later promoted to Procurement Supervisor. He worked for four and a half years until his dismissal in November 2009. He had a clean disciplinary record.

[9] Mr. Wilson filed an “Unjust Dismissal” complaint in December 2009, claiming that he was unjustly dismissed contrary to s. 240(1) of the *Code*. In response to a request from an inspector for the reasons for Mr. Wilson’s dismissal, AECL sent a letter in March 2010 saying that he was “terminated on a non-cause basis and was provided a generous severance package that well exceeded the statutory requirements. We trust you will find the above satisfactory.”

[10] Mr. Wilson claimed that his dismissal was in reprisal for having filed a complaint of improper AECL procurement practices.

l’arbitre est investi de larges pouvoirs lui permettant d’accorder la réparation convenable (par. 242(4)). En vertu de ce pouvoir, il peut notamment enjoindre à l’employeur :

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu’il aurait normalement gagné s’il n’avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu’il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

[7] L’arbitre ne peut instruire la plainte si l’employé a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d’un poste (al. 242(3.1)a)).

Historique judiciaire

[8] En 2005, Énergie Atomique du Canada Limitée (EACL)⁷ a engagé Joseph Wilson comme acheteur principal et administrateur de commandes et l’a promu par la suite au poste de superviseur de l’approvisionnement en matériel. Il a travaillé pendant quatre ans et demi avant d’être congédié, en novembre 2009. Son dossier disciplinaire était vierge.

[9] En décembre 2009, M. Wilson a déposé une plainte pour congédiement injuste en vertu du par. 240(1) du *Code*. En réponse à la demande de l’inspecteur voulant obtenir les motifs du congédiement, EACL a précisé dans une lettre envoyée en mars 2010 que M. Wilson avait été [TRADUCTION] « licencié sans motif et avait reçu une généreuse indemnité de départ qui excédait de beaucoup l’indemnité minimale prévue par la loi. Nous espérons que vous jugerez le tout satisfaisant. »

[10] Selon M. Wilson, il aurait été congédié en représailles d’une plainte qu’il avait déposée à propos de pratiques irrégulières d’approvisionnement par EACL.

⁷ AECL is a federally regulated Crown corporation.

⁷ EACL est une société d’État régie par la législation fédérale.

[11] A labour Adjudicator, Prof. Stanley Schiff, was appointed to hear the complaint. AECL sought a preliminary ruling on whether a dismissal without cause together with a sizeable severance package meant that the dismissal was a just one.

[12] The parties agreed that regardless of the Adjudicator's ruling on this preliminary issue, he retained jurisdiction to hear Mr. Wilson's allegations of reprisal.

[13] The Adjudicator concluded that he was bound by *Redlon Agencies Ltd. v. Norgren*, 2005 FC 804, which had held that an employer could not resort to severance payments, however generous, to avoid a determination under the *Code* about whether the dismissal was unjust. Because AECL did not rely on any cause to fire him, Mr. Wilson's complaint was allowed.

[14] The Application Judge found this decision was unreasonable because, in his view, nothing in Part III of the *Code* precluded employers from dismissing non-unionized employees on a without-cause basis. The Federal Court of Appeal agreed, but reviewed the issue on a standard of correctness.

Analysis

[15] The parties before this Court, as they had in all the prior judicial proceedings, accepted that the standard of review was reasonableness. I agree. The decisions of labour adjudicators or arbitrators interpreting statutes or agreements within their expertise attract a reasonableness standard: *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 42.

[16] The Federal Court of Appeal itself, including two of the judges who decided the case before us, recently held in *Yue v. Bank of Montreal*, 2016 FCA 107, 483 N.R. 375, that the decisions of adjudicators

[11] Le professeur Stanley Schiff a été nommé pour entendre la plainte en qualité d'arbitre. EACL lui a demandé de trancher d'abord la question de savoir si un congédiement non motivé assorti d'une indemnité de départ généreuse équivalait à un congédiement juste.

[12] Les parties ont convenu que, peu importe la réponse de l'arbitre à la question préliminaire, il aurait compétence pour entendre les affirmations de M. Wilson quant aux représailles.

[13] L'arbitre s'est dit lié par l'affaire *Redlon Agencies Ltd. c. Norgren*, 2005 CF 804, suivant laquelle l'employeur ne peut, sous prétexte d'avoir versé une indemnité de départ — et ce quel qu'en soit le montant —, empêcher que la question du congédiement injuste soit tranchée en application du *Code*. Vu qu'EACL n'avait donné aucun motif de congédiement, la plainte de M. Wilson a été accueillie.

[14] Le juge saisi de la demande a conclu au caractère déraisonnable de la sentence; à son avis, rien dans la partie III du *Code* n'empêche les employeurs de congédier leurs employés non syndiqués sans motif. La Cour d'appel fédérale était d'accord, mais a procédé au contrôle selon la norme de la décision correcte.

Analyse

[15] Devant la Cour comme devant les juridictions inférieures, les parties ont accepté que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Je suis d'accord. Les sentences des arbitres en droit du travail chargés d'interpréter des lois ou des ententes qui relèvent de leur expertise appellent la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 42).

[16] La Cour d'appel fédérale elle-même — sous la plume de deux des juges ayant statué dans l'affaire dont nous sommes saisis — a conclu récemment dans l'arrêt *Yue c. Banque de Montréal*, 2016

applying the Unjust Dismissal provisions of the *Code* attract a reasonableness standard:

It is well-settled that the reasonableness standard applies to review of adjudicators' decisions under Division XIV of Part III of the *Code*, generally, and to their interpretations of what sorts of employer conduct constitute an unjust dismissal: *Payne v. Bank of Montreal*, 2013 FCA 33 at paragraphs 32-33, [443] N.R. 253; *MacFarlane v. Day & Ross*, 2014 FCA 199 at paragraph 3, 466 N.R. 53; *Donaldson v. Western Grain By-Products Storage Ltd.*, 2015 FCA 62 at paragraph 33, 469 N.R. 189. [para. 5]

[17] Applying that standard, the Adjudicator's decision was reasonable and consistent with the approach overwhelmingly applied to these provisions since they were enacted. It is true that a handful of adjudicators have taken a different approach to the interpretation of the *Code*, but as this Court has repeatedly said, this does not justify deviating from a reasonableness standard: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 71; *Dunsmuir*, at paras. 55-56; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 38; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, [2013] 2 S.C.R. 458, at paras. 7-8.

[18] Nor do I accept the position taken in this case by the Federal Court of Appeal that even if a reasonableness review applied, the Adjudicator should be afforded "only a narrow margin of appreciation" because the statutory interpretation in this case "involves relatively little specialized labour insight". As this Court has said, the reasonableness standard must be applied in the specific context under review. But to attempt to calibrate reasonableness by applying a potentially indeterminate number of varying degrees of deference within it, unduly complicates an area of law in need of greater simplicity.

[19] But while it is true that the standard of review in this case falls easily into our jurisprudence, it seems to me that some general comments about

CAF 107, 483 N.R. 375, que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique aux sentences des arbitres chargés d'appliquer les dispositions sur le congédiement injuste du *Code* :

[TRADUCTION] Il est bien établi que la norme de la décision raisonnable s'applique au contrôle des sentences arbitrales rendues à l'égard de la section XIV de la partie III du *Code*, généralement, et à l'interprétation par les arbitres de ce qui constitue un congédiement injuste par l'employeur (*Payne c. Banque de Montréal*, 2013 CAF 33, par. 32-33, 443 N.R. 253; *MacFarlane c. Day & Ross*, 2014 CAF 199, par. 3, 466 N.R. 53; *Donaldson c. Western Grain By-Products Storage Ltd.*, 2015 CAF 62, par. 33, 469 N.R. 189). [par. 5]

[17] À la lumière de cette norme, j'estime que la décision de l'arbitre était raisonnable et conforme à la démarche que la très grande majorité applique à ces dispositions depuis leur adoption. Certes, une poignée d'arbitres a adopté une autre démarche d'interprétation du *Code*, mais comme la Cour l'a dit à maintes reprises, cela ne justifie pas que l'on s'écarte de la norme de la décision raisonnable (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 71; *Dunsmuir*, par. 55-56; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 38; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 7-8).

[18] Je ne saurais accepter non plus le point de vue adopté par la Cour d'appel fédérale selon lequel, même si la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable, il faudrait « considér[er] que la capacité de l'arbitre d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions est limitée » parce qu'en l'espèce l'interprétation législative « suppose relativement peu de connaissances spécialisées dans le domaine du travail ». Comme l'a affirmé la Cour, le caractère raisonnable est fonction du contexte particulier considéré. Or, en tentant d'étalonner la norme en appliquant des degrés potentiellement indéterminés de déférence, on compliquerait indûment un domaine du droit qui a besoin d'être simplifié.

[19] Certes, même si la question de la norme applicable en l'espèce s'inscrit bien dans notre jurisprudence, il me semble profitable d'exprimer des

standard of review are worth airing, albeit in *obiter*. There are undoubtedly many models that would help simplify the standard of review labyrinth we currently find ourselves in. I offer the following proposal as an option only, for purposes of starting the conversation about the way forward. Because it is only the beginning of the conversation, which will benefit over time from submissions from counsel, this proposal is not intended in any way to be comprehensive, definitive, or binding.

[20] A substantial portion of the parties' factums and the decisions of the lower courts in this case were occupied with what the applicable standard of review should be. This, in my respectful view, is insupportable, and directs us institutionally to think about whether this obstacle course is necessary or whether there is a principled way to simplify the path to reviewing the merits.

[21] For a start, it would be useful to go back to the basic principles set out in *Dunsmuir*, under which two approaches were enunciated for reviewing administrative decisions. The first is deferential, and applies when there is a range of reasonable outcomes defensible on the facts and law. This is by far the largest group of cases. Deference is succinctly explained in *Dunsmuir* as follows:

It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. [para. 48]

[22] The reason for the wide range is, as Justice John M. Evans explained, because “[d]eference . . . assumes that there is no uniquely correct answer to the question”: “Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?” (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 101, at p. 108. The range will necessarily vary. As Chief Justice McLachlin noted, reasonableness “must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and

commentaires généraux sur la norme de contrôle, en *obiter*. Il existe indubitablement de nombreuses approches susceptibles d’aider à simplifier le labyrinthe actuel de la norme de contrôle applicable. Je propose la démarche suivante comme une simple option, afin d’engager la conversation. Comme il ne s’agit que d’une amorce et que la discussion bénéficiera au fil du temps des observations que présenteront les avocats, cette proposition ne se veut d’aucune façon une proposition à caractère exhaustif, définitif ou obligatoire.

[20] Une portion importante des mémoires des parties et des décisions des juridictions inférieures était consacrée à la norme applicable. À mon avis, cette situation est insoutenable et nous appelle à nous interroger, en tant qu’institution, sur la nécessité d’un tel parcours d’obstacles et sur l’existence d’un moyen de principe de simplifier la démarche menant à l’examen au fond.

[21] Tout d’abord, il serait utile de rappeler les principes de base énoncés dans l’arrêt *Dunsmuir*, qui a défini deux démarches à l’égard du contrôle de décisions administratives. La première, empreinte de déférence, s’applique s’il existe plusieurs issues possibles raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. C’est de loin le groupe d’affaires le plus nombreux. La Cour dans l’arrêt *Dunsmuir* explique la déférence en ces termes :

Il ne s’ensuit pas que les cours de justice doivent s’incliner devant les conclusions des décideurs ni qu’elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. [par. 48]

[22] Il peut y avoir plusieurs issues, selon le juge John M. Evans, car [TRADUCTION] « [f]aire preuve de déférence [. . .] c’est reconnaître qu’il n’y a pas une seule réponse correcte à la question » (« Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 101, p. 108). Le nombre des issues varie forcément. Comme la juge en chef McLachlin le fait remarquer, le caractère raisonnable « s’apprécie dans

all relevant factors” and “takes its colour from the context”: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, [2012] 1 S.C.R. 5, at paras. 18, citing with approval *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59.

[23] The other approach, called correctness, was applied when only a single defensible answer is available. As set out in *Dunsmuir*, this applied to constitutional questions regarding the division of powers (para. 58), “true questions of jurisdiction or *vires*” (para. 59), questions of general law that are “both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise” (para. 60), and “[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals” (para. 61).

[24] Most of the confusion in our jurisprudence has been over what to call the category of review in a particular case. Perhaps it is worth thinking about whether it is really necessary to engage in rhetorical debates about what to call our conclusions at the end of the review. Are we not saying essentially the same thing when we conclude that there is only a single “reasonable” answer available and when we say it is “correct”? And this leads to whether we need two different names for our approaches to judicial review, or whether both approaches can live comfortably under a more broadly conceived understanding of reasonableness.

[25] It may be helpful to review briefly how we got here. In *Dunsmuir*, this Court sought to provide “a principled framework that is more coherent and workable” for the judicial review of administrative decisions (para. 32). As a result, the three existing standards of review were replaced by two. The aim was to simplify judicial review. But collapsing three into two has not proven to be the runway to simplicity the Court had hoped it would be. In fact, the terminological battles over which of the three standards of review should apply have been replaced

le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l’ensemble des facteurs pertinents » et « s’adapte au contexte » (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18, citant avec approbation *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59).

[23] La deuxième démarche, celle de la décision correcte, s’appliquait seulement lorsqu’une seule réponse pouvait se justifier. Comme le dit la Cour dans *Dunsmuir*, il s’agissait d’une question constitutionnelle concernant le partage des compétences (par. 58), d’une « question touchant véritablement à la compétence » (par. 59), d’une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre » (par. 60) et de « la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés » (par. 61).

[24] La principale source de confusion dans notre jurisprudence tient à l’appellation à donner à la catégorie de contrôle applicable dans un cas en particulier. Il vaut peut-être la peine de s’interroger sur la nécessité de débats théoriques à propos des mots qui servent à désigner nos conclusions à l’issue du contrôle judiciaire. Conclure qu’il n’y a qu’une réponse « raisonnable » et dire que la réponse est « correcte », cela ne revient-il pas essentiellement au même? Ce qui nous amène à nous demander s’il est nécessaire d’avoir deux désignations différentes pour les démarches en matière de contrôle judiciaire ou si ces deux démarches peuvent toutes deux s’inscrire confortablement dans une conception élargie de la raisonabilité.

[25] Il pourrait se révéler utile d’expliquer brièvement comment nous en sommes arrivés là. Dans *Dunsmuir*, la Cour cherchait à établir « un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel » pour le contrôle judiciaire des décisions administratives (par. 32). Ainsi, pour simplifier, on a remplacé les trois normes qui existaient à l’époque par deux. Cependant, le fait de passer de trois à deux normes ne s’est pas révélé être la piste de simplicité qu’attendait la Cour. Dans les faits, les luttes terminologiques à propos de celle des trois

by those over the application of the remaining two. And so we still find the merits waiting in the wings for their chance to be seen and reviewed.

[26] However, where once the confusion was over the difference between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, we now find ourselves struggling over the difference between reasonableness and correctness. In my respectful view, this complicated entry into judicial review is hard to justify. Ironically, the explanation in *Dunsmuir* for changing the framework then remains a valid explanation for why it should be changed now, as the following excerpts show:

The recent history of judicial review in Canada has been marked by ebbs and flows of deference, confounding tests and new words for old problems, but no solutions that provide real guidance for litigants, counsel, administrative decision makers or judicial review judges. The time has arrived for a reassessment of the question.

. . .

Despite the clear, stable constitutional foundations of the system of judicial review, the operation of judicial review in Canada has been in a constant state of evolution over the years, as courts have attempted to devise approaches to judicial review that are both theoretically sound and effective in practice. Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.

. . . it has become apparent that the present system must be simplified. [paras. 1 and 32-33]

[27] *Dunsmuir* had pointed out that courts were struggling with the “conceptual distinction” between two of the standards — patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* — and were finding that “any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory” (paras. 39-41). An argument can be made, as Prof.

normes qui devait s’appliquer ont été remplacées par des luttes sur l’application des deux normes restantes. Pendant ce temps, l’analyse au fond attend en coulisses.

[26] Si auparavant la distinction entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter* portait à confusion, de nos jours, nous avons du mal à distinguer la norme de la décision raisonnable de celle de la décision correcte. À mon avis, il est difficile de justifier cette entrée compliquée dans le contrôle judiciaire. Il est ironique de constater que l’explication fournie dans *Dunsmuir* pour justifier le changement de cadre demeure valable aujourd’hui, comme le démontrent les extraits suivants :

Au Canada, l’évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l’application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux problèmes, sans qu’une solution n’offre de véritables repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies de demandes de contrôle judiciaire. Le temps est venu de réévaluer la question.

. . .

Ses assises constitutionnelles claires et stables n’ont pas empêché le contrôle judiciaire de connaître une évolution constante au Canada, les cours de justice s’efforçant au fil des ans de concevoir une démarche tout autant valable sur le plan théorique qu’efficace en pratique. Malgré les efforts pour l’améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s’est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d’établir un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

. . . il est devenu apparent que le mécanisme actuel devait être simplifié. [par. 1 et 32-33]

[27] La Cour dans *Dunsmuir* avait indiqué que la « distinction conceptuelle » entre les deux normes — celle de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter* — donnait du fil à retordre aux tribunaux judiciaires, qui estimaient que « toute différence réelle sur le plan de l’application se révèle illusoire » (par. 39-41).

David Mullan has, that this Court too has blurred the conceptual distinctions in a number of cases, this time between correctness and reasonableness standards of review, and has sometimes engaged in “disguised correctness” review while ostensibly conducting a reasonableness review.⁸ Others too have expressed concerns about inconsistency and confusion in how the standards have been applied.⁹ The question then is whether there is a way to move forward that respects the underlying principles of judicial review which were so elegantly and definitively explained in *Dunsmuir*, while redesigning their implementation in a way that makes them easier to apply.

[28] The most obvious and frequently proposed reform of the current system is a single reviewing standard of reasonableness. Before accepting it, it is important to remember the rule of law imperatives of judicial review. *Dunsmuir* discussed the relationship between judicial review and the rule of law in the opening paragraphs of its analysis:

As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which

⁸ David Mullan, “Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!” (2013), 42 *Adv. Q.* 1, at pp. 76-81. As examples of where this occurred, Prof. Mullan cites *British Columbia (Workers’ Compensation Board) v. Figliola* [2011] 3 S.C.R. 422; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 471; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345; and *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, [2012] 2 S.C.R. 108. See also Lauren J. Wihak, “Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later” (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 173, at pp. 174-75 and 183.

⁹ See Lorne Sossin, “The Complexity of Coherence: Justice LeBel’s Administrative Law” (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 145; Evans; David Phillip Jones, Q.C., “The Year in Review: Recent Developments in Administrative Law” (paper prepared for the Canadian Bar Association’s 2015 National Administrative Law, Labour and Employment Law Conference) (online); Wihak; Matthew Lewans, “Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir*” (2012), 38 *Queen’s L.J.* 59; Paul Daly, “*Dunsmuir*’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review” (2012), 58 *McGill L.J.* 483; the Hon. Justice David Stratas, “The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency”, February 17, 2016 (online).

On peut faire valoir, à l’instar du prof. David Mullan, que la Cour a elle-même dans certains arrêts estompé les distinctions conceptuelles entre les normes de la décision correcte et de la décision raisonnable et a parfois procédé à un contrôle selon la norme de la décision correcte [TRADUCTION] « sous le couvert » de la norme de la décision raisonnable⁸. D’autres ont également exprimé des réserves sur le manque d’uniformité et la confusion dans l’application des normes⁹. La question qui se pose donc est de savoir s’il existe un moyen de respecter les principes sous-tendant le contrôle judiciaire qui avaient été expliqués si élégamment et définitivement dans l’arrêt *Dunsmuir* tout en facilitant leur application.

[28] La réforme du système actuel la plus évidente et celle qui est proposée le plus souvent consiste en l’adoption d’une norme de contrôle unique, celle de la décision raisonnable. Avant de l’accepter, il importe de ne pas perdre de vue les impératifs liés à la primauté du droit du contrôle judiciaire. La Cour traite des rapports entre le contrôle judiciaire et la primauté du droit dans les premiers paragraphes de son analyse dans l’arrêt *Dunsmuir* :

Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C’est essentiellement cette assise constitutionnelle qui

⁸ David Mullan, « Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen! » (2013), 42 *Adv. Q.* 1, p. 76-81. Il cite en exemple *Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board) c. Figliola*, [2011] 3 R.C.S. 422; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345; et *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [2012] 2 R.C.S. 108. Voir également Lauren J. Wihak, « Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 173, p. 174-175 et 183.

⁹ Voir Lorne Sossin, « The Complexity of Coherence : Justice LeBel’s Administrative Law » (2015), 70 *S.C.L.R.* (2d) 145; Evans; David Phillip Jones, c.r., « The Year in Review : Recent Developments in Administrative Law » (document préparé pour la conférence nationale sur le droit administratif, le droit du travail et de l’emploi 2015 de l’Association du Barreau canadien) (en ligne); Wihak; Matthew Lewans, « Deference and Reasonableness Since *Dunsmuir* » (2012), 38 *Queen’s L.J.* 59; Paul Daly, « *Dunsmuir*’s Flaws Exposed : Recent Decisions on Standard of Review » (2012), 58 *R.D. McGill* 483; l’hon. juge David Stratas, « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency », 17 février 2016 (en ligne).

explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes. [paras. 27-28]

[29] What this means is that “[t]he legislative branch of government cannot remove the judiciary’s power to review actions and decisions of administrative bodies for compliance with the constitutional capacities of the government. . . . In short, judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits” (*Dunsmuir*, at para. 31).

[30] Notably, judicial review also “performs an important constitutional function in maintaining legislative supremacy”, which results in “the court-centric conception of the rule of law [being] reined in by acknowledging that the courts do not have a monopoly on deciding all questions of law”: *Dunsmuir*, at para. 30, citing Justice Thomas Cromwell, “Appellate Review: Policy and Pragmatism”, in *2006 Isaac Pitblado Lectures*, at p. V-12.

[31] Nothing *Dunsmuir* says about the rule of law suggests that constitutional compliance dictates how many standards of review are required. The

explique sa raison d’être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s’intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu’elles s’acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d’éviter toute immixtion injustifiée dans l’exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

La primauté du droit veut que tout exercice de l’autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s’assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l’équité du processus administratif et de la décision rendue. [par. 27-28]

[29] Ainsi, « [l]’organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s’assurer que les actes et les décisions d’un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement. [. . .] En résumé, le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu’il s’agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter » (*Dunsmuir*, par. 31).

[30] Il convient de noter que le contrôle judiciaire « joue un rôle constitutionnel important en assurant la suprématie législative », ce qui se traduit par « la reconnaissance du fait que les cours de justice n’ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions de droit, ce qui tempère la conception judiciaire de la primauté du droit » (*Dunsmuir*, par. 30, citant le juge Thomas Cromwell, « Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures*, p. V-12).

[31] Rien de ce que la Cour dit dans l’arrêt *Dunsmuir* à propos de la primauté du droit ne laisse entendre que, pour assurer le respect des pouvoirs

only requirement, in fact, is that there *be* judicial review in order to ensure, in particular, that decision-makers do not exercise authority they do not have. I see nothing in its elaboration of rule of law principles that precludes the adoption of a single standard of review, so long as it accommodates the ability to continue to protect both deference *and* the possibility of a single answer where the rule of law demands it, as in the four categories singled out for correctness review in *Dunsmuir*:

[32] A single standard of reasonableness still invites the approach outlined in *Dunsmuir*, namely:

. . . reasonableness is concerned . . . with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

[33] Approaching the analysis from the perspective of whether the outcome falls within a range of defensible outcomes has the advantage of being able to embrace comfortably the animating principles of both former categories of judicial review. Courts can apply a wider range for those kinds of issues and decision-makers traditionally given a measure of deference, and a narrow one of only one “defensible” outcome for those which formerly attracted a correctness review. Most decisions will continue to attract deference, as they did in *Dunsmuir*, which means, as Justice Evans noted

[that] a court may be more likely to conclude that a range of reasonable interpretative choices exists, and that deference is meaningful, when the tribunal’s authority is conferred in broad terms. If, for example, a tribunal is authorized to make a decision on the basis of the public interest, a reviewing court may well decide that the tribunal has

constitutionnels, il faut qu’il y ait un certain nombre de normes de contrôle. En fait, tout ce qui est exigé c’est qu’il y *ait* des contrôles judiciaires pour faire en sorte notamment que les décideurs administratifs n’exercent pas de pouvoirs qui ne leur sont pas impartis. Je ne vois rien dans son analyse des principes de primauté du droit qui empêcherait l’adoption d’une seule norme de contrôle, tant que cette dernière permet la déférence à l’égard du décideur *et* la possibilité de conclure, lorsque la primauté du droit l’exige, qu’il ne peut y avoir qu’une seule issue, comme dans le cas des quatre catégories de questions soumises à l’application de la norme de la décision correcte suivant *Dunsmuir*.

[32] L’adoption d’une norme unique de la décision raisonnable appelle toujours la démarche énoncée dans *Dunsmuir*, c’est-à-dire :

Le caractère raisonnable tient [. . .] à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

[33] Envisager l’analyse en posant la question de savoir si la décision appartient aux issues pouvant se justifier présente l’avantage de bien cadrer avec les principes qui animaient l’une et l’autre des deux anciennes catégories de contrôle judiciaire. Les cours de justice peuvent circonscrire largement la gamme des issues dans les cas où les décideurs — ou le type de questions — appelaient traditionnellement une démarche empreinte de déférence et étroitement — en reconnaissant une seule issue « pouvant se justifier » — dans les cas où les questions entraînaient auparavant l’application de la norme de la décision correcte. La plupart des décisions continueront à commander la déférence, comme l’explique la Cour dans *Dunsmuir*, ce qui signifie, pour citer le juge Evans :

[TRADUCTION] . . . [qu’]une cour de justice sera plus encline à conclure à l’existence de plusieurs choix interprétatifs raisonnables et à faire preuve de déférence dans les cas où le pouvoir du tribunal administratif lui est conféré en termes larges. Si, par exemple, ce tribunal est habilité à trancher des questions d’intérêt public, il se

a range of choices in selecting the factors it will consider in making its decision. At this point, questions of law shade imperceptibly into questions of discretion. Reasonableness review permits the court to determine whether the factors considered by the tribunal are rationally related to the generally multiple statutory objectives. It is not the court's role to identify the factors to be considered by the tribunal, let alone to reweigh them. [Footnote omitted; p. 110.]

[34] Even in statutory interpretation, the interpretive exercise will usually attract a wide range of reasonable outcomes. This Court in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 2 S.C.R. 559, for example, found that the Minister had considerable latitude in interpreting a statutory provision that required decisions be made in the “national interest”.

[35] But there may be rare occasions where only one “defensible” outcome exists. In *Mowat*, for example, this Court found that the ordinary tools of statutory interpretation made it clear that the administrative body under review did not have the authority to award costs in a specific context. In the particular circumstances of that case, no other result fell within the range of reasonable outcomes. Similarly, this Court has set aside decisions when they fundamentally contradicted the purpose or policy underlying the statutory scheme: *Halifax*.

[36] The four categories, however, which were identified as attracting correctness under *Dunsmuir* based on rule of law principles, always yield only one reasonable outcome.

[37] I acknowledge that no attempt to simplify the review process will necessarily guarantee consistent outcomes. Even under the current *Dunsmuir* model, there have been cases in this Court where judges applied the same standard, yet came to different conclusions about the decisional effect of applying

peut que la cour siégeant en révision décide qu'il dispose de plusieurs choix lorsqu'il s'agit de déterminer les facteurs décisionnels à considérer. Les questions de droit se mueront imperceptiblement en questions relatives à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable permet à la cour de décider si les facteurs dont le tribunal a tenu compte sont liés sur le plan rationnel aux objectifs de la loi, qui sont en général multiples. Il n'incombe pas à la cour de choisir les facteurs que le tribunal devait considérer, et encore moins de les soupeser à nouveau. [Note en bas de page omise; p. 110.]

[34] Même lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi, l'exercice d'interprétation se soldera généralement par plusieurs issues raisonnables. La Cour dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S. 559, par exemple, a conclu que le ministre disposait d'une latitude considérable dans l'interprétation d'une disposition législative prévoyant comme critère de décision « l'intérêt national ».

[35] Or, il se peut qu'en de rares occasions il n'y ait qu'une seule issue « pouvant se justifier ». Dans l'arrêt *Mowat*, par exemple, la Cour estime qu'il ressort clairement après l'application des outils ordinaires d'interprétation législative que l'organe administratif dont la décision est contrôlée n'a pas le pouvoir d'adjuger les dépens dans le contexte. Dans les circonstances particulières de l'affaire, aucun autre résultat n'appartient aux issues raisonnables. De même, la Cour a infirmé des décisions qui vont à l'encontre de l'objet d'un régime légal ou du choix politique qui le sous-tend (*Halifax*).

[36] En revanche, les quatre catégories de questions qui commandent la norme de la décision correcte suivant *Dunsmuir* sur le fondement des principes de la primauté du droit n'emportent toujours qu'une seule issue raisonnable.

[37] Je reconnais qu'aucune tentative de simplification ne peut nécessairement garantir l'uniformité. Même à la lumière du cadre établi par l'arrêt *Dunsmuir*, il est arrivé que des juges de la Cour, ayant appliqué la même norme, aient exprimé des conclusions différentes quant à son effet sur la

the standard.¹⁰ But the goal is not to address all possible variables, it is to build on the theories developed in *Dunsmuir* and to apply them in a way that eliminates the need to sort cases into artificial categories.

[38] Even if, however, there proves to be little appetite for collapsing the two remaining standards of review, it would, I think, still be beneficial if the template so compellingly developed in *Dunsmuir*, were adhered to, including by applying the residual “correctness” standard only in those four circumstances *Dunsmuir* articulated.

[39] But as previously noted, in this case we need not do more than apply our usual approach to reasonableness. The issue here is whether the Adjudicator’s interpretation of ss. 240 to 246 of the *Code* was reasonable. The text, the context, the statements of the Minister when the legislation was introduced, and the views of the overwhelming majority of arbitrators and labour law scholars, confirm that the entire purpose of the statutory scheme was to ensure that non-unionized federal employees would be entitled to protection from being dismissed without cause under Part III of the *Code*. The alternative approach of severance pay in lieu falls outside the range of “possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” because it completely undermines this purpose by permitting employers, at their option, to deprive employees of the full remedial package Parliament created for them. The rights of employees should be based on what Parliament intended, not on the idiosyncratic view of the individual employer or adjudicator.

[40] Adjudicator Schiff’s decision was, therefore, reasonable.

[41] As previously noted, Parliament passed amendments to the *Code* in 1971 which included

¹⁰ See *M.M. v. United States of America*, [2015] 3 S.C.R. 973; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2015] 3 S.C.R. 909; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, [2015] 1 S.C.R. 161; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, [2015] 3 S.C.R. 147; *Irving Pulp & Paper, Ltd.*

décision¹⁰. Le but consiste non pas à traiter toutes les situations possibles, mais à faire fond sur les théories élaborées dans *Dunsmuir* et à les appliquer sans devoir classer les affaires dans des catégories artificielles.

[38] Cependant, même si la fusion des deux normes de contrôle restantes ne suscitait pas beaucoup d’appétit, je suis d’avis qu’il serait néanmoins bénéfique de suivre le modèle incontournable développé dans *Dunsmuir*, en appliquant la norme résiduelle de la « décision correcte » seulement dans les quatre circonstances énumérées dans cet arrêt.

[39] Or, comme je l’ai signalé, il suffit en l’espèce d’appliquer la démarche habituelle pour le contrôle selon la norme de la décision raisonnable. La question en litige est celle de savoir si l’interprétation par l’arbitre des art. 240 à 246 du *Code* était raisonnable. Le texte, le contexte, le discours du ministre lors du dépôt du projet de loi et les avis de la très grande majorité des arbitres et auteurs en droit du travail viennent confirmer que l’objet global du régime légal consiste à assurer aux employés fédéraux non syndiqués une protection, prévue à la partie III du *Code*, contre le congédiement sans motif. L’autre interprétation, suivant laquelle le versement d’une indemnité de départ suffit, n’appartient pas aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », car elle mine complètement l’objet du régime en permettant aux employeurs, à leur choix, de priver les employés de l’ensemble intégral des mesures de réparation créées par le Parlement à leur intention. Les droits des employés doivent être fondés sur l’intention du Parlement, non sur l’avis personnel d’un employeur ou d’un arbitre.

[40] La décision de l’arbitre, M. Schiff, était donc raisonnable.

[41] Rappelons que le Parlement a apporté des modifications au *Code* en 1971, dont les dispositions

¹⁰ Voir *M.M. c. États-Unis d’Amérique*, [2015] 3 R.C.S. 973; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] 3 R.C.S. 909; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, [2015] 1 R.C.S. 161; *Ontario (Commission de l’énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, [2015] 3 R.C.S. 147; *Pâtes & Papier Irving, Ltée*.

provisions setting out the minimum remuneration owed to an employee whose employment had been terminated if that employee worked for a threshold number of consecutive months and was not dismissed for just cause. These provisions are now found in ss. 230(1) and 235(1) of the *Code*, both in Part III. The enactment of these provisions neither codified nor extinguished the common law; instead, it offered an alternative to going to court by setting out minimum entitlements for dismissed employees who wanted to avoid the expense and uncertainty of civil litigation: Arthurs Report, at pp. 172-74.

[42] In 1978, Parliament further amended the *Code* and established the Unjust Dismissal scheme, currently found in ss. 240 to 246 in Part III of the *Code*. The central question in this case is what effect the 1978 amendments had on the rights of non-unionized employees whose employment had been terminated. When the provisions were introduced, the then Minister of Labour, the Hon. John Munro, said:

It is our hope that [the amendments] will give at least to the unorganized workers *some of the minimum standards* which have been won by the organized workers and which are now embodied in their collective agreements. We are not alleging for one moment that they match the standards set out in collective agreements, but we provide here a minimum standard. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., December 13, 1977, at p. 1831)

[43] He explained the purpose of the new “Unjust Dismissal” provisions to the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration in March 1978 as follows:

The intent of this provision is to provide employees not represented by a union, including managers and professionals, with the right to appeal against arbitrary dismissal — protection the government believes to be a fundamental right of workers and already a part of all collective agreements.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour*,

prévoyant l’indemnité minimale à verser à l’employé licencié ayant travaillé pendant un certain nombre de mois consécutifs pourvu qu’il ne s’agisse pas d’un congédiement pour une juste cause ou justifié. Ces règles se trouvent maintenant aux par. 230(1) et 235(1) du *Code*, dans la partie III. Leur édicition n’a pas eu pour effet de codifier ni d’éteindre les règles de common law; elle offrait plutôt une alternative extrajudiciaire en prévoyant des droits minimaux à l’intention des employés congédiés désireux d’éviter les dépenses et l’incertitude liés à une action en justice (rapport Arthurs, p. 182-183).

[42] En 1978, le Parlement a de nouveau modifié le *Code* et établi le régime de congédiement injuste, qui est prévu dans la version actuelle aux art. 240 à 246 à la partie III. La question centrale dont nous sommes saisis concerne l’effet des modifications de 1978 sur les droits des employés non syndiqués ayant été licenciés. Lors du dépôt du projet de loi, le ministre du Travail de l’époque, l’hon. John Munro, a tenu les propos suivants :

Nous espérons que les [modifications] donneront à ces travailleurs non syndiqués *au moins une partie des normes minimales* que les travailleurs syndiqués ont obtenues et qui font maintenant partie de toutes les conventions collectives. Nous ne voulons pas prétendre que les normes établies par le bill seront exactement celles que prévoient les conventions collectives. Nous voulons cependant établir des normes minimales. [Italiques ajoutés.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 30^e lég., 13 décembre 1977, p. 1832)

[43] Il a expliqué ainsi l’objet des nouvelles dispositions sur le congédiement injuste devant le Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration en mars 1978 :

Cette disposition fournit aux employés qui ne sont pas représentés par un syndicat, y compris les cadres et les membres de professions libérales, un droit d’appel contre tout congédiement arbitraire; ce droit assure une protection dont, selon le gouvernement, tous les travailleurs doivent bénéficier et qui figure également dans toutes les conventions collectives.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la*

Manpower and Immigration, Respecting Bill C-8, An Act to amend the Canada Labour Code, No. 11, 3rd Sess., 30th Parl., March 16, 1978, at p. 46)

[44] The references in this statement to the right of employees to “fundamental” protection from arbitrary dismissal and to the fact that such protection was “already a part of all collective agreements”, make it difficult, with respect, to draw any inference other than that Parliament intended to expand the dismissal rights of non-unionized federal employees in a way that, if not identically, then certainly analogously matched those held by unionized employees.

[45] Parliament’s intentions were also on display when, the previous August, the Minister acknowledged that while the terminology of “just” and “unjust” was, on its face, ambiguous, the extensive arbitral jurisprudence from organized labour would illuminate the way forward for non-unionized federal employees who were dismissed:

I realize that the terms “just” or “unjust” are sometimes difficult to define. However, we have a vast body of arbitral jurisprudence on dismissals in the organized sector. They contain precedents that will enable arbitrators to determine whether a firing is warranted or not. Each case has to be decided according to its circumstances, but the application of the principles of fairness and common sense have established pretty clearly what constitutes just or unjust dismissal.

(The Hon. John Munro, “A better deal for Canada’s unorganized workers” (1977), 77 *The Labour Gazette* 347, at p. 349)

[46] And this, in fact, is how the new provisions have been interpreted by labour law scholars and almost all the adjudicators appointed to apply them, namely, that the purpose of the 1978 provisions in ss. 240 to 246 was to offer a statutory alternative to the common law of dismissals and to conceptually align the protections from unjust dismissals for non-unionized federal employees with those available to

Main d’œuvre et de l’Immigration, concernant Bill C-8, Loi modifiant le Code canadien du travail, n° 11, 3^e sess., 30^e lég., 16 mars 1978, p. 46)

[44] Vu que cette déclaration mentionne le droit des employés à une protection « dont [. . .] tous les travailleurs doivent bénéficier » contre le congédiement arbitraire et le fait qu’une telle protection « figure également dans toutes les conventions collectives », il est difficile à mon avis de ne pas conclure que le Parlement entendait donner aux employés fédéraux non syndiqués des droits en cas de congédiement qui, s’ils ne sont pas identiques à ceux des employés syndiqués, y sont certainement analogues.

[45] En outre, l’intention du Parlement était manifeste au mois d’août précédent, lorsque le ministre a reconnu que les termes « juste » et « injuste » pouvaient sembler ambigus de prime abord, mais que la jurisprudence arbitrale considérable issue du mouvement syndical éclairerait la trajectoire dans le champ du congédiement d’employés fédéraux non syndiqués :

Il est parfois difficile de définir les expressions « juste » et « injuste ». Nous avons toutefois une volumineuse jurisprudence sur les congédiements dans le secteur organisé. Elle renferme des précédents qui permettront aux arbitres de trancher la question de savoir si un licenciement est justifié ou s’il ne l’est pas. Chaque cas doit être décidé d’après les circonstances, mais l’application des principes de justice et de bon sens a nettement établi ce qu’est un congédiement juste ou injuste.

(L’hon. John Munro, « Les 14 points Munro : l’amélioration de la situation des travailleurs non syndiqués » (1977), 77 *La gazette du travail* 418, p. 420-421)

[46] Et c’est ainsi que les auteurs en droit du travail et presque tous les arbitres nommés pour appliquer les nouvelles dispositions de 1978 prévues aux art. 240 à 246 les ont interprétées : elles avaient pour objet de présenter une alternative législative aux règles de common law régissant le congédiement et d’harmoniser les mesures de protection contre le congédiement injuste offertes aux employés fédéraux

unionized employees: Geoffrey England, “Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years” (1982), 12 *Man. L.J.* 9, at p. 10; Innis Christie, *Employment Law in Canada* (2nd ed. 1993), at p. 669; Arthurs Report, at p. 172.

[47] The effect of the 1978 amendments was to limit the applicability of the notice requirements in s. 230(1) and the minimum severance provisions in s. 235(1) to circumstances that fell outside the Unjust Dismissal provisions. The notice and severance pay requirements under ss. 230(1) and 235(1), for example, apply to managers, those who are laid off due to lack of work or discontinuance of a function, and, in the case of s. 230(1), employees who have worked for the employer for more than 3 consecutive months but less than 12 months. In other words, ss. 230(1) and 235(1) are not an alternative to the Unjust Dismissal provisions in ss. 240 to 246, they apply only to those who do not or cannot avail themselves of those provisions: *Redlon Agencies*, at paras. 38-39; *Wolf Lake First Nation v. Young* (1997), 130 F.T.R. 115, at para. 50.

[48] The soundness of the consensus among adjudicators interpreting the Unjust Dismissal provisions was confirmed in Prof. Arthurs’ 2006 report on Part III of the *Code*, commissioned by the then Minister of Labour. In preparing his report, Prof. Arthurs established a 16-person Commission Secretariat, consulted two advisory panels (one consisting of impartial experts and the other of labour and management representatives), held two academic round tables engaging 38 participants from almost 20 universities as well as industry groups, and consulted 23 independent research studies conducted by leading Canadian and foreign experts. Nine additional studies were provided by Commission staff on topics such as comparisons between Part III and labour standards legislation across Canada and in other countries. The Commission heard from 171 groups and individuals at public hearings and received over 154 briefs and other submissions. The Commission also met with labour, management

non syndiqués avec celles offertes aux syndiqués (Geoffrey England, « Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction : The First Three Years » (1982), 12 *Man. L.J.* 9, p. 10; Innis Christie, *Employment Law in Canada* (2^e éd. 1993), p. 669; rapport Arthurs, p. 182-183).

[47] Les modifications de 1978 avaient pour effet de restreindre l’application du par. 230(1) (préavis) et du par. 235(1) (indemnité de départ minimale) aux situations non visées par les dispositions sur le congédiement injuste. Par exemple, les prescriptions en matière de préavis et d’indemnité de départ prévues aux par. 230(1) et 235(1) s’appliquent aux directeurs, à ceux qui sont mis à pied en raison d’un manque de travail ou d’une suppression de poste et, dans le cas du par. 230(1), aux employés ayant travaillé pour l’employeur pour plus de 3 mois consécutifs, mais moins de 12 mois. Autrement dit, les par. 230(1) et 235(1) n’offrent pas une alternative aux dispositions sur le congédiement injuste; elles s’appliquent seulement à ceux qui ne se prévalent pas des art. 240 à 246 ou ne peuvent s’en prévaloir (*Redlon Agencies*, par. 38-39; *Wolf Lake First Nation c. Young*, 1997 CanLII 5057 (C.F. 1^{re} inst.), par. 50).

[48] Le bien-fondé de l’interprétation faisant consensus au sein des arbitres ayant examiné les dispositions sur le congédiement injuste a été confirmé par le prof. Arthurs dans son rapport de 2006 sur la partie III du *Code* rédigé à la demande du ministre du Travail de l’époque. Pour ses travaux, le prof. Arthurs a établi un secrétariat de Commission constitué de 16 membres, fait appel à deux comités consultatifs (l’un formé d’experts impartiaux et l’autre de représentants des employés et des employeurs), a tenu deux tables rondes mettant en présence 38 participants provenant de près de 20 universités et de groupes industriels et consulté 23 rapports de recherches indépendantes menées par des experts canadiens et étrangers. En plus, les employés de la Commission lui ont fourni neuf autres rapports sur divers sujets, dont des comparaisons entre la partie III et la législation en matière de normes du travail des ressorts canadiens et d’autres pays. La Commission a entendu 171 groupes et particuliers lors des

and community-based organizations, and labour standards administrators and practitioners.

[49] After this extensive review of Part III of the *Code* and its application, Prof. Arthurs confirmed that the goal of the new “Unjust Dismissal” provisions was meant to give “unorganized workers protection against unjust dismissal *somewhat comparable to that enjoyed by unionized workers under collective agreements*” (p. 172 (emphasis added)):

... over the years the adjudication system has not only remedied many of the procedural shortcomings of civil litigation, it has significantly modified the old civil and common law doctrines governing wrongful dismissal. . . . Adjudicators, borrowing extensively from the jurisprudence developed over the years by arbitrators in unionized workplaces, have built up their own distinctive doctrines that confer on unorganized federal workers quite extensive substantive and procedural protections. . . . [T]his has coincided with, and arguably hastened, the adoption of progressive attitudes and practices in the field of workplace discipline, many of which were also advocated by human resource and industrial relations professionals as a matter of best practice. [p. 178]

(See also Gilles Trudeau, “Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees?” (1991), 30 *Indus. Rel.* 302, at pp. 312-13.)

[50] The new *Code* regime was also a cost-effective alternative to the civil court system for dismissed employees to obtain meaningful remedies which are far more expansive than those available at common law. As Prof. Arthurs observed:

At common . . . law, employers who wish to reconfigure or reduce their workforce for business reasons are obliged to give “reasonable” notice to employees they intend to dismiss, unless the contract of employment

audiences publiques et a reçu plus de 154 mémoires de toutes sortes. Elle a également organisé des réunions avec des organisations représentant les employés, les employeurs et la collectivité, ainsi que des responsables de l’application des normes du travail et des praticiens.

[49] À l’issue de son vaste examen de la partie III du *Code* et de son application, le prof. Arthurs confirme que les nouvelles dispositions sur le congédiement injuste avaient pour but d’accorder « aux travailleurs non syndiqués une protection contre le congédiement injuste *assez comparable à celle dont jouissent les travailleurs syndiqués en vertu de leur convention collective* » (p. 183 (italiques ajoutés)) :

... au fil des années, le système d’arbitrage a non seulement comblé nombre des lacunes procédurales que comportait le recours du droit commun, mais il a également modifié de manière importante les vieilles règles du droit civil et de la common law applicables au congédiement injuste. [. . .] [L]es arbitres, s’inspirant abondamment de la jurisprudence établie avec les années par les arbitres des milieux de travail syndiqués, ont élaboré des règles qui leur sont propres et qui confèrent aux travailleurs de compétence fédérale non syndiqués une protection fondamentale et procédurale relativement étendue. [. . .] [C]ette situation a coïncidé avec l’adoption d’attitudes et de pratiques progressistes dans le domaine de la discipline en milieu de travail — elle en a sans doute accéléré l’adoption —, dont bon nombre étaient également préconisées par les spécialistes des ressources humaines et des relations industrielles à titre de pratique exemplaire. [p. 189]

(Voir également Gilles Trudeau, « Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees? » (1991), 30 *Indus. Rel.* 302, p. 312-313.)

[50] Le nouveau régime prévu par le *Code* offrait également aux employés congédiés une solution extrajudiciaire abordable leur permettant d’obtenir des réparations utiles et bien plus diversifiées que celles que prévoit la common law. Pour citer le prof. Arthurs :

En common law [. . .] les employeurs qui désirent réorganiser ou réduire leurs effectifs pour des raisons d’affaires sont tenus de donner un préavis « raisonnable » aux employés qu’ils entendent licencier, sauf si le contrat de

provides otherwise. Of course, as with other protections supposedly enjoyed by workers under the general law, this one has always been difficult to enforce. Nonetheless, it remains the law today, and Part III does nothing to change it. What Part III does do is establish a different, more accessible procedure under which workers confronting discharge for business or economic reasons can claim notice and compensation without having to sue.

In effect, then, one great merit . . . is that it overcomes the main deficiencies of civil litigation. It provides effective remedies and it removes cost barriers to access to justice. It thereby translates a universally accepted principle — that no one should be dismissed without just cause — into a practical reality. Part III can therefore be understood as an exercise in the reform of civil justice. [pp. 172-73 and 177]

[51] The most significant arbitral tutor for the new provisions came from the way the jurisprudence defined “Unjust Dismissal”. It is true, as the Federal Court of Appeal noted, that the word “unjust” is a familiar one in the legal profession’s tool kit and has a generic, even iconic role. In the collective bargaining context, however, it has a specific and well understood — and no less iconic — meaning: that employees covered by collective agreements are protected from Unjust Dismissals and can only be dismissed for “just cause”. This includes an onus on employers to give reasons showing why the dismissal is justified, and carries with it a wide remedial package including reinstatement and progressive discipline. As in the 1978 provisions, there is no Unjust Dismissal protection in the case of layoffs or discontinuance of a job.

[52] Notably, adjudicators did not interpret their mandate as requiring the *automatic* application of the arbitral jurisprudence or any remedies. Instead, while they “have drawn heavily” from it, they also “modified it in order to reflect the differences at

travail stipule d’autres conditions. Bien entendu, comme pour les autres protections dont jouissent en principe les travailleurs en vertu du droit commun, cette protection a toujours été difficile à mettre en application. Néanmoins, tel est encore aujourd’hui l’état du droit commun, et la Partie III ne renferme aucune disposition pour le modifier. Elle établit toutefois une procédure différente, plus accessible, en vertu de laquelle les travailleurs licenciés pour des raisons d’affaires ou des raisons économiques peuvent réclamer un préavis et une indemnité sans avoir à intenter une poursuite.

L’un des grands mérites [. . .] est donc de suppléer aux principales lacunes du recours civil. Elle offre des mesures réparatrices efficaces et elle supprime les obstacles à l’accès à la justice que représentent les coûts. Elle concrétise ainsi un principe universellement reconnu — à savoir que nul ne devrait être congédié sans cause. On peut donc considérer la Partie III comme un exercice de réforme de la justice de droit commun. [p. 183 et 188]

[51] L’enseignement le plus important de la jurisprudence arbitrale à propos des nouvelles dispositions est sa définition de ce qui constitue un « congédiement injuste ». Certes, comme le fait remarquer la Cour d’appel fédérale, le terme « injuste » est un outil familier dans l’arsenal des juristes et joue un rôle général, voire emblématique. Or, dans le contexte de la négociation collective, ce terme a une définition précise et bien comprise — et non moins emblématique : les employés visés par une convention collective sont protégés contre le congédiement injuste; ils ne peuvent être congédiés que pour une juste cause. Il incombe à l’employeur de fournir les motifs démontrant en quoi le congédiement est justifié, et l’employé jouit d’importantes mesures de réparation, dont la réintégration dans l’emploi et des mesures disciplinaires progressives. Tout comme le prévoyaient les dispositions adoptées en 1978, les mesures de protection actuelles contre le congédiement injuste ne s’appliquent pas en cas de licenciement ou de suppression de poste.

[52] Il est intéressant de noter que les arbitres ne s’estiment pas obligés par leur mandat d’appliquer *automatiquement* la jurisprudence issue de l’arbitrage des conventions collectives ou d’ordonner une quelconque réparation. Au contraire, s’ils s’en

play in the non-unionized environment”: Christie, at p. 688.

[53] The decision which continues to be the accepted theoretical template, was the 1979 decision of Prof. George W. Adams in *Roberts v. Bank of Nova Scotia* (1979), 1 L.A.C. (3d) 259 (Can.). It helps illuminate what is generally understood by the terms “just cause” and “Unjust Dismissal”:

I am of the view that when Parliament used the notion of “unjustness” in framing [ss. 240 to 246], it had in mind the right that most organized employees have under collective agreements — the right to be dismissed only for “just cause”. I am of this view because the common law standard is simply “cause” for dismissal whereas “unjust” denotes a much more qualitative approach to dismissal cases. Indeed, in the context of modern labour relations, the term has a well understood content — a common law of the shop if you will: see Cox, “Reflections Upon Labour Arbitration”, 72 Harv. L. Rev. 1482 (1958) at p. 1492. But having said that, I do not deny that the statute is silent on a whole host of important considerations that will, in any particular case, affect the precise meaning to be given to “justness”. [pp. 264-65]

[54] He concluded that Parliament must also have had the concept of progressive discipline in mind (*Roberts*, at pp. 265-66). This concept generally requires employers seeking to justify the dismissal to demonstrate that they have made the employee aware of performance problems, worked with the employee to rectify them, and imposed “a graduated repertoire of sanctions before resorting to the ultimate sanction of dismissal”: Arthurs Report, at p. 96; Christie, at pp. 690-91.

[55] Professor Adams explained why he thought progressive discipline was incorporated into the scheme:

Under a collective agreement, arbitrators have adopted the concept of progressive discipline, subject to specific provisions under the collective agreement to the contrary. . . .

sont [TRADUCTION] « inspirés énormément », ils l’ont également « modifiée de sorte qu’elle tienne compte des différences propres au secteur non syndicalisé » (Christie, p. 688).

[53] À ce jour, la sentence rendue en 1979 par le prof. George W. Adams dans l’affaire *Roberts c. Bank of Nova Scotia* (1979), 1 L.A.C. (3d) 259 (Can.), constitue toujours le modèle théorique accepté. Elle met en lumière ce qui est généralement entendu par les termes « juste cause » ou « justifié » et « congédiement injuste » :

[TRADUCTION] Je suis d’avis que le législateur, en évoquant la notion d’« injustice » quand il a rédigé [les art. 240 à 246], avait à l’esprit le droit qu’ont la plupart des syndiqués en vertu de leur convention collective, à savoir le droit de n’être congédié que pour une « juste cause ». Je suis de cet avis parce que la norme de common law est celle de la simple « cause » de congédiement, tandis que le terme « injuste » révèle une démarche bien plus qualitative en matière de congédiement. En effet, dans le contexte moderne des relations du travail, le terme est bien compris — une sorte de common law du boulot, si on veut (voir Cox, « Reflections Upon Labour Arbitration », 72 Harv. L. Rev. 1482 (1958), p. 1492). Ceci dit, je ne nie pas que la loi soit muette à l’égard d’une myriade de considérations importantes qui jouent, dans certains cas, sur la définition précise de ce qui est « juste » et ne l’est pas. [p. 264-265]

[54] Selon lui, le Parlement devait aussi avoir à l’esprit le concept des sanctions progressives (*Roberts*, p. 265-266), selon lequel, en règle générale, l’employeur qui cherche à justifier le congédiement doit démontrer qu’il a signalé les problèmes de rendement à l’employé, cherché avec lui ou elle à les corriger et appliqué « un éventail de sanctions progressives avant de recourir à la mesure ultime du renvoi » (rapport Arthurs, p. 100; Christie, p. 690-691).

[55] Le professeur Adams explique en ces termes pourquoi il estime que les sanctions progressives faisaient partie du régime :

[TRADUCTION] Dans le secteur syndiqué, les arbitres ont adopté le concept des sanctions progressives, sous réserve de dispositions contraires dans le texte de la convention collective. . . .

. . . Parliament must have had this basic concept in mind when it enacted the instant provision because it is the very essence of “justness” in any labour relations sense [M]ore fundamentally, it would be my view that on the enactment of [ss. 240 to 246] all employers subject to this new provision were accorded the powers to meet the requirements of progressive discipline. With the greatest of respect, [a] more technical and contrary interpretation . . . would simply frustrate and squander the purpose of this legislation. [Citations omitted.]

(*Roberts*, at pp. 265-66)

[56] But he also noted that adjudicators should be mindful of the varying employment contexts under the *Code*, so that the arbitral jurisprudence is not rigidly applied:

However, this does not mean that Adjudicators should import the law of the collective agreement in discipline cases unthinkingly and without modification. They should be extremely sensitive to the varying employment contexts subject to this new provision of the Code, many of which may not fit comfortably within the “industrial” discipline model. In such cases appropriate modifications can be made as required. Thus, I must ask whether the use of suspensions in the banking industry ought not to be required.

(*Roberts*, at p. 266)

[57] Ultimately Prof. Adams concluded that while the dismissal in the case before him was unjust, he did not consider reinstatement to be an appropriate remedy in the circumstances. Instead, he awarded Ms. Roberts the equivalent of five months’ wages.

[58] What turned out to be the consensus interpretation of the new provisions as reflected in the *Roberts* decision, was also the interpretation accepted by Prof. Gordon Simmons in a report commissioned by Labour Canada to explain the provisions:

. . . lorsqu’il a adopté la disposition en cause, le législateur devait avoir ce concept fondamental à l’esprit, car il touche à l’essence même de ce qui est « juste » dans le contexte des relations du travail [. . .] [A]u fond, je suis d’avis que, dès l’édition des [art. 240 à 246], tous les employeurs visés par cette nouvelle disposition se sont vu conférer les pouvoirs leur permettant de faire respecter les prescriptions en matière de sanctions progressives. Soit dit en tout respect, [une] interprétation contraire, plus technique, [. . .] irait tout simplement à l’encontre de l’objet de cette loi et en diluerait les effets. [Références omises.]

(*Roberts*, p. 265-266)

[56] Toutefois, il a également mis en garde contre une application rigide de la jurisprudence issue de l’arbitrage de conventions collectives, rappelant que le *Code* vise divers contextes d’emploi :

[TRADUCTION] Or, je ne veux pas dire par là que les arbitres doivent importer les règles applicables aux conventions collectives dans les affaires disciplinaires à la légère et sans les adapter. Il faut qu’ils soient extrêmement sensibles à la diversité des contextes d’emploi visés par la nouvelle disposition du *Code*, car plusieurs ne cadrent pas facilement avec le modèle « industriel » en matière de discipline. Dans ces cas, les adaptations nécessaires peuvent être apportées. Ainsi, je dois demander s’il n’y aurait pas lieu d’exiger l’application de suspensions dans l’industrie bancaire.

(*Roberts*, p. 266)

[57] Le professeur Adams a finalement conclu au congédiement injuste dans l’affaire dont il était saisi. Toutefois, selon lui, réintégrer Mme Roberts dans son emploi ne constituait pas une réparation adéquate dans les circonstances. Il a plutôt ordonné à son égard le versement d’une indemnité équivalente à cinq mois de salaire.

[58] L’interprétation des nouvelles dispositions exprimée dans la sanction *Roberts* fera consensus. C’est également l’interprétation que retiendra le prof. Gordon Simmons dans le rapport réalisé à la demande de Travail Canada pour expliquer les dispositions :

For some guidance as to what constitutes just or unjust dismissal we can turn to nearly three decades of dismissal decisions pursuant to collective agreements. There are no hard and fast rules as each situation must be determined according to the particular circumstances of each case. However, the arbitral jurisprudence which has been developed can act as a guide to what have traditionally been regarded as sufficient or insufficient grounds for just dismissal.

(C. Gordon Simmons, *Meaning of Dismissal: The Meaning of Dismissals Under Division V.7 of Part III of the Canada Labour Code* (1979), at p. 1)

[59] Until 1994, when Adjudicator T. W. Wakeling broke away in *Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL), the adjudicative path was clear that an employee could only be dismissed for just cause as that term was understood in the collective bargaining context. Adjudicator Wakeling's revisionism led him to conclude that the common law approach applied, and that if the employer has satisfied the requirements in ss. 230(1) and 235(1) of the *Code* or according to the common law, whichever amount is higher, the dismissal would not be unjust. His is the interpretation accepted by the Federal Court of Appeal in this case.

[60] Out of the over 1,740 adjudications and decisions since the Unjust Dismissal scheme was enacted, my colleagues have identified only 28 decisions that are said to have followed the Wakeling approach: Reagan Ruslim, "Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code*: New Law, Old Statute" (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (online), at p. 28. Of these 28 decisions, 10 were rendered after this case was decided at the Federal Court and are therefore not relevant to determining the degree of "discord" amongst adjudicators before this case was heard: *Sharma v. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare v. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th

Pour des indications sur ce qui constitue un congédiement juste ou injuste, nous disposons de près de trois décennies de décisions d'arbitres ou de conseils d'arbitrage établis conformément à des conventions collectives. Aucune règle précise n'existe et chaque situation doit être réglée selon ses circonstances propres. Toutefois, la jurisprudence qui a pris forme petit à petit peut servir de guide quant à ce qui a traditionnellement été considéré comme un motif suffisant ou insuffisant de congédiement juste.

(C. Gordon Simmons, *Le congédiement : Le congédiement, aux termes de la division V.7 de la partie III du Code canadien du travail* (1979), p. 1)

[59] Avant la rupture effectuée par l'arbitre T. W. Wakeling en tranchant *Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL), la voie était claire : un employé pouvait seulement être congédié pour une juste cause, au sens où il fallait entendre ce terme dans le contexte de la négociation collective. Le révisionnisme pratiqué par l'arbitre Wakeling l'a mené à conclure que les règles de common law s'appliquaient et que le fait pour l'employeur de respecter les prescriptions des par. 230(1) et 235(1) du *Code* ou celles prévues par la common law, si elles étaient plus généreuses, suffisait pour que le congédiement ne soit pas injuste. La Cour d'appel fédérale a repris son interprétation en l'espèce.

[60] Parmi plus de 1740 sentences arbitrales et décisions rendues depuis l'adoption du régime de congédiement injuste, mes collègues ont compté seulement 28 décisions qui ont suivi la démarche préconisée par M. Wakeling (Reagan Ruslim, « Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code* : New Law, Old Statute » (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (en ligne), p. 28). Parmi ces 28 décisions, 10 ont été rendues après la décision de la Cour fédérale en l'espèce et ne comptent donc pas lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de « discord » au sein des arbitres avant la présente affaire (*Sharma c. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare c. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th

139; *O'Brien v. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat v. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; and *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.).

[61] That leaves 18 cases that have applied the Wakeling approach. Three of them were decided by Adjudicator Wakeling himself. In other words, the “disagreement [that] has persisted for at least two decades” referred to by my colleagues consists of, at most, 18 cases out of over 1,700 (para. 74). What we have here is a drop in the bucket which is being elevated to a jurisprudential parting of the waters.

[62] Even AECL concedes in its factum that “[t]he majority of adjudicators have held that employees may only be dismissed for just cause.” This consensus is hardly surprising given the unchallenged goals of the Unjust Dismissal scheme and their incompatibility with what is available under the common law.

[63] In fact, the foundational premise of the common law scheme — that there is a right to dismiss on reasonable notice without cause or reasons — has been completely replaced under the *Code* by a regime *requiring* reasons for dismissal. In addition, the galaxy of discretionary remedies, including, most notably, reinstatement, as well as the open-ended equitable relief available under s. 242(4)(c), are also utterly inconsistent with the right to dismiss without cause. If an employer can continue to dismiss without cause under the *Code* simply by providing adequate severance pay, there is virtually no role for the plurality of remedies available to the adjudicator under ss. 240 to 245.

[64] It is true that under s. 246, dismissed employees may choose to pursue their common law remedy of reasonable notice or pay in lieu in the civil courts

Re (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O'Brien c. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat c. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; et *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.)).

[61] Il reste donc 18 affaires ayant appliqué cette démarche, dont trois ayant été tranchées par l’arbitre Wakeling lui-même. Autrement dit, le « désaccord [qui] perdure depuis au moins une vingtaine d’années » selon mes collègues est formé tout au plus de 18 affaires sur plus de 1700 (par. 74). On parle ici d’une goutte d’eau dans la mer qu’on tente d’élever à une séparation des eaux jurisprudentielles.

[62] Même EACL concède dans son mémoire que [TRADUCTION] « [l]a majorité des arbitres ont conclu que les employés ne peuvent être congédiés que pour une juste cause. » Ce consensus n’est guère surprenant, compte tenu des objectifs incontestés du régime de congédiement injuste et de leur incompatibilité avec les mesures que prévoient les règles de common law.

[63] En fait, la prémisse fondamentale du régime de common law, à savoir qu’il existe un droit de congédier un employé sans motif moyennant un préavis raisonnable, a été remplacée complètement par un régime prévu dans le *Code exigeant* que le congédiement soit motivé. En outre, la constellation des réparations à la disposition de l’arbitre — notamment la réintégration dans l’emploi et les autres mesures équitables qu’il peut accorder en vertu de l’al. 242(4)c — est incompatible avec un tel droit. Si l’employeur était autorisé par le *Code* à congédier un employé sans motif à la seule condition qu’il verse à ce dernier une indemnité de départ adéquate, la pluralité des réparations que mettent les art. 240 à 245 à la disposition de l’arbitre ne servirait pratiquement à rien.

[64] Certes, l’art. 246 permet à l’employé congédié de revendiquer les réparations de common law que constituent le préavis raisonnable ou l’indemnité

instead of availing themselves of the dismissal provisions and remedies in the *Code*. But if they choose to pursue their rights under the Unjust Dismissal provisions of the *Code*, only those provisions apply. As Prof. Arthurs observed in his Report:

. . . the two types of proceedings differ most importantly in other respects.

The first relates to remedies. If successful in a civil action, an employee is entitled to damages equivalent to whatever compensation he or she would have received if the employment contract had been allowed to run its natural course — that is, for whatever period of notice would have been “reasonable.” If an employer has been unfair or high-handed in carrying out the discharge, the employee may be awarded additional damages. *By contrast, if successful before an Adjudicator under Part III, an employee is entitled both to reinstatement and to compensation, not only for the duration of the notice period, but for all losses attributable to the discharge. These are potentially more extensive and expensive remedies than those a court might award.* [Emphasis added; p. 177.]

[65] It is worth noting that the *Code*’s scheme, which was enacted in 1978, was preceded by similar Unjust Dismissal protection in Nova Scotia in 1975, and followed by a similar scheme in Quebec in 1979.¹¹ Unlike other provinces, the Nova Scotia and Quebec schemes display significant structural similarities to the federal statute. They apply only after an employee has completed a certain period of service and do not apply in cases of termination for economic reasons or layoffs. Like the federal scheme, the two provincial ones have been consistently applied as prohibiting dismissals without cause, and grant a wide range of remedies such as reinstatement and compensation.

¹¹ *An Act to Amend Chapter 10 of the Acts of 1972, the Labour Standards Code*, S.N.S. 1975, c. 50, s. 4; *An Act respecting labour standards*, S.Q. 1979, c. 45, s. 124.

en guise et lieu de préavis devant les cours de justice civile plutôt que de se prévaloir des dispositions sur le congédiement et des réparations offertes par le *Code*. Cependant, s’il choisit de faire valoir ses droits par la procédure de congédiement injuste du *Code*, seules ces dispositions sont applicables. À ce propos, citons un passage du rapport Arthurs :

. . . les différences les plus importantes entre les deux catégories de recours résident ailleurs.

La première différence a trait aux mesures de redressement. S’il a gain de cause dans une poursuite civile, l’employé a droit à des dommages-intérêts équivalant à l’indemnité qu’il aurait reçue si on avait laissé le contrat de travail suivre son cours normal — c’est-à-dire pour toute période de préavis qui aurait été jugée « raisonnable ». Lorsqu’un employeur a été injuste ou arbitraire dans sa façon de congédier un employé, celui-ci peut bénéficier de dommages-intérêts additionnels. *En revanche, si un employé a gain de cause devant un arbitre en vertu de la Partie III, l’employeur est tenu de le réintégrer dans son poste et de lui verser une indemnité, non seulement pour la durée de la période de préavis, mais pour toutes les pertes attribuables au congédiement. Ces mesures de redressement peuvent être plus étendues et plus coûteuses que celles qu’un tribunal de droit commun peut accorder.* [Italiques ajoutés; p. 188.]

[65] Il vaut la peine de mentionner que le régime prévu dans le *Code*, qui a été adopté en 1978, était précédé d’une protection semblable contre le congédiement injuste prise en Nouvelle-Écosse en 1975, et suivi d’un régime semblable au Québec en 1979¹¹. Contrairement à ceux d’autres provinces, les régimes de la Nouvelle-Écosse et du Québec présentent des similitudes structurelles importantes avec la loi fédérale. Ils s’appliquent seulement si l’employé a travaillé pendant un certain temps et ne s’appliquent pas en cas de licenciement pour des raisons économiques ou de mise à pied. À l’instar du régime fédéral, les deux régimes provinciaux ont systématiquement donné lieu à l’interprétation selon laquelle ils interdisent le congédiement non motivé. Ils prévoient une large fourchette de réparations, comme la réintégration dans l’emploi et l’indemnisation.

¹¹ *An Act to Amend Chapter 10 of the Acts of 1972, the Labour Standards Code*, S.N.S. 1975, c. 50, art. 4; *Loi sur les normes du travail*, L.Q. 1979, c. 45, art. 124.

[66] It seems to me to be significant that in *Syndicat de la fonction publique du Québec v. Québec (Attorney General)*, [2010] 2 S.C.R. 61, interpreting the Unjust Dismissal provision in the Quebec Act, this Court concluded that “[a]lthough procedural in form”, the provision creates “a substantive labour standard” (para. 10). It would be untenable not to apply the same approach to the Unjust Dismissal provision in the federal *Code*, and instead to characterize the provision as a mere procedural mechanism.

[67] The remedies newly available in 1978 to non-unionized employees reflect those generally available in the collective bargaining context. And this, as Minister Munro stated, is what Parliament intended. To infer instead that Parliament intended to maintain the common law under the *Code* regime, creates an anomalous legal environment in which the protections given to employees by statute — reasons, reinstatement, equitable relief — can be superseded by the common law right of employers to dismiss whomever they want for whatever reason they want so long as they give reasonable notice or pay in lieu. This somersaults our understanding of the relationship between the common law and statutes, especially in dealing with employment protections, by assuming the continuity of a more restrictive common law regime notwithstanding the legislative enactment of benefit-granting provisions to the contrary: *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1003; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 36.

[68] AECL’s argument that employment can be terminated without cause so long as minimum notice or compensation is given, on the other hand, would have the effect of rendering many of the Unjust Dismissal remedies meaningless or redundant. The requirement to provide reasons for dismissal under s. 241(1), for example, would be redundant. And, if an employee were ordered to be reinstated under s. 242(4)(b), it could well turn out to be a

[66] Il importe également, à mon avis, de souligner que la Cour dans *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 61, a conclu à propos de la disposition sur le congédiement injuste de la loi québécoise que « [s]e présentant sous une forme procédurale », elle crée « une norme substantielle du travail » (par. 10). Il serait injustifiable de ne pas appliquer la même méthode d’analyse à la disposition sur le congédiement injustice contenue dans le *Code* et de caractériser plutôt la disposition de simple mécanisme procédural.

[67] Les nouveaux recours prévus à l’intention des employés non syndiqués dès 1978 reprennent ceux qui existent généralement dans le contexte de la négociation collective. C’est ce que le Parlement entendait, selon le ministre Munro. Si, au contraire, le Parlement avait eu l’intention de maintenir les règles de common law parallèlement au régime prévu par le *Code*, il en résulterait une situation juridique incongrue : les protections conférées par une loi aux employés — motif du congédiement, réintégration dans l’emploi et mesures équitables de réparation — pourraient être supplantées par le droit de l’employeur, prévu par la common law, de congédier n’importe qui pour n’importe quel motif à condition qu’il donne un préavis raisonnable ou verse une indemnité en guise et lieu de préavis. Une telle inférence bouleverse la conception du rapport entre la common law et les lois, tout particulièrement en ce qui a trait à la protection des employés, car elle signifierait qu’un régime de common law plus restrictif serait maintenu malgré l’adoption de dispositions légales contraires conférant des avantages (*Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 1003; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 36).

[68] Par ailleurs, l’argument invoqué par EACL selon lequel il peut être mis fin à l’emploi sans motif moyennant le préavis minimal ou l’indemnité en guise et lieu de préavis aurait pour effet de rendre inutiles les réparations à l’encontre du congédiement injuste. L’obligation de fournir les motifs du congédiement prévue au par. 241(1), par exemple, serait inutile. De plus, la possibilité, prévue à l’al. 242(4)(b), d’ordonner la réintégration de

meaningless remedy if the employer could simply dismiss that employee again by giving notice and severance pay. These consequences result in statutory incoherence. Only by interpreting ss. 240 to 246 as representing a displacement of the employer's ability at common law to fire an employee without reasons if reasonable notice is given, does the scheme and its remedial package make sense.

[69] That is how the 1978 provisions have been almost universally applied, including — reasonably — by the Adjudicator hearing Mr. Wilson's complaint. It is an outcome that is anchored in parliamentary intention, statutory language, arbitral jurisprudence, and labour relations practice. To decide otherwise would fundamentally undermine Parliament's remedial purpose. I would allow the appeal with costs throughout and restore the decision of the Adjudicator.

The following are the reasons delivered by

[70] THE CHIEF JUSTICE AND KARAKATSANIS, WAGNER AND GASCON JJ. — We agree with Justice Abella that, under the current framework, the standard of review is reasonableness. We also agree with her disposition of the appeal on the merits and with her analysis of the two conflicting interpretations of the Unjust Dismissal provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, proposed to the Court. Adjudicator Schiff's decision was reasonable, and it should be restored. We appreciate Justice Abella's efforts to stimulate a discussion on how to clarify or simplify our standard of review jurisprudence to better promote certainty and predictability. However, as it is unnecessary to do so in order to resolve this case, we are not prepared to endorse any particular proposal to redraw our current standard of review framework at this time.

l'employé dans son poste si l'employeur pouvait simplement le congédier à nouveau en lui donnant cette fois-ci le préavis et l'indemnité de départ ne servirait à rien. Ces conséquences créent de l'incohérence juridique. C'est seulement en concluant que les art. 240 à 246 ont écarté le droit que la common law reconnaît à l'employeur de congédier un employé sans motif moyennant le préavis raisonnable que le régime et ses réparations se tiennent.

[69] C'est ainsi que les dispositions de 1978 ont presque toujours été interprétées, y compris, raisonnablement, par l'arbitre ayant entendu la plainte de M. Wilson. Cette interprétation est fondée sur l'intention du Parlement, le libellé de la loi, la jurisprudence arbitrale et les pratiques dans le domaine des relations du travail. Toute autre conclusion contredit fondamentalement l'intention du Parlement, qui est d'apporter une solution de droit. Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant toutes les cours et de rétablir la décision de l'arbitre.

Version française des motifs rendus par

[70] LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES KARAKATSANIS, WAGNER ET GASCON — Nous sommes d'accord avec la juge Abella pour dire que, selon le cadre actuel, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Nous souscrivons également à la solution que propose la juge Abella pour trancher le présent pourvoi au fond et à son analyse des deux interprétations contradictoires proposées à la Cour à l'égard des dispositions du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, sur le congédiement injuste. La décision de l'arbitre Schiff était raisonnable, et il convient de la rétablir. Nous reconnaissons les efforts déployés par la juge Abella en vue de stimuler la discussion sur le moyen de clarifier ou de simplifier notre jurisprudence sur la norme de contrôle dans le but de favoriser la certitude et la prévisibilité. Toutefois, comme l'affaire dont nous sommes saisis ne nécessite pas que l'on se prononce sur cette question, nous ne sommes pas disposés pour l'instant à souscrire à une quelconque proposition de réforme du cadre actuel relatif à la norme de contrôle.

The following are the reasons delivered by

[71] CROMWELL J. — I agree with Justice Abella, for the reasons she gives at paras. 15-18 and 38-40, that the standard of review is reasonableness. I also agree, for the reasons she gives at paras. 41-69, that the adjudicator’s decision was reasonable. I therefore agree that the appeal should be allowed with costs throughout and that the decision of the adjudicator should be restored. I write separately only to indicate two things.

[72] The first is that, in my respectful view, our standard of review jurisprudence does not need yet another overhaul and that, as a result, I respectfully disagree with the approach that Justice Abella develops in *obiter*. In my view, *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, sets out the appropriate framework for addressing the standard of judicial review. No doubt, that framework can and will be refined so that the applicable standard of review may be identified more easily and more consistently. But the basic *Dunsmuir* framework is sound and does not require fundamental re-thinking.

[73] The second and related point is to underline my agreement with para. 18 of Justice Abella’s reasons in which she rejects the Federal Court of Appeal’s approach of attempting “to calibrate reasonableness by applying a potentially indeterminate number of varying degrees of deference”. Of course, reasonableness, while “a single standard” nonetheless “takes its colour from the context”: see, e.g., *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 74. Reasonableness must, therefore, “be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors”: *Catalyst Paper Corp.*, at

Version française des motifs rendus par

[71] LE JUGE CROMWELL — Pour les motifs qu’elle exprime aux par. 15-18 et 38-40, je suis d’accord avec la juge Abella pour dire que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Je conviens également, pour les raisons exposées aux par. 41-69 de ses motifs, que la décision de l’arbitre est raisonnable. Par conséquent, je partage l’avis de ma collègue selon qui l’appel doit être accueilli avec dépens devant toutes les cours, et la décision de l’arbitre rétablie. Toutefois, je tiens à mentionner deux points.

[72] Premièrement, soit dit en tout respect, je ne vois pas la nécessité d’une autre réforme fondamentale de notre jurisprudence sur la norme de contrôle et, par conséquent, ne souscris pas à la démarche préconisée par ma collègue en *obiter*. À mon avis, l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, établit le bon cadre permettant de déterminer la norme applicable à un contrôle judiciaire. Indubitablement, ce cadre peut être raffiné — et le sera — de sorte que le choix de la norme de contrôle applicable se révélera plus facilement et plus constamment. Le cadre élaboré dans *Dunsmuir* est solide et ne nécessite pas d’être repensé en profondeur.

[73] Deuxièmement — et dans la même veine —, je tiens à manifester mon accord avec la juge Abella à propos du par. 18 de ses motifs dans lequel elle rejette la démarche préconisée par la Cour d’appel fédérale, qui tente « d’étalonner la norme en appliquant des degrés potentiellement indéterminés de déférence ». Certes, la norme de la décision raisonnable, bien qu’elle « constitue une norme unique », « s’adapte au contexte » (voir p. ex. *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18; *Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 74). Par conséquent, le caractère raisonnable « s’apprécie dans le contexte du type particulier de processus

para. 18. However, in my opinion, developing new and apparently unlimited numbers of gradations of reasonableness review — the margins of appreciation approach created by the Federal Court of Appeal — is not an appropriate development of the standard of review jurisprudence.

The reasons of Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

[74] CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting) — Labour adjudicators have disagreed on the issue of whether it is ever lawful for a federally regulated employer to dismiss a non-unionized employee without cause. This disagreement has persisted for at least two decades. Federally regulated employers and employees are left in a state of uncertainty about the fundamentals of their employment relationship. The adjudicator in this case found that only dismissals for cause are permitted under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2. On judicial review, the Federal Court and Federal Court of Appeal disagreed: 2013 FC 733, 435 F.T.R. 300; 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467. Both courts held that dismissals without cause are permitted under the *Code*. The application for judicial review was allowed and the matter was remitted to the adjudicator to determine an appropriate remedy.

[75] We agree with the Federal Court and the Federal Court of Appeal. A dismissal without cause is not *per se* unjust, so long as adequate notice is provided. However, such a dismissal does not allow the employer to escape the scrutiny of an adjudicator or the courts if the employee chooses to challenge the lawfulness of the dismissal. The adjudicator in this case adopted the opposite interpretation, holding that dismissal without cause is automatically an unjust dismissal. Because the adjudicator's interpretation of ss. 240 to 246 of the *Code* is inconsistent with the text, context and purpose of these provisions, it ought to be set aside.

décisionnel en cause et de l'ensemble des facteurs pertinents » (*Catalyst Paper Corp.*, par. 18). Or, à mon avis, ouvrir la porte au contrôle judiciaire selon une norme de la décision raisonnable repensée et caractérisée par des degrés de contrôle apparemment illimités — la démarche de la marge d'appréciation élaborée par la Cour d'appel fédérale — ne constitue pas une évolution souhaitable de la jurisprudence en la matière.

Version française des motifs des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

[74] LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents) — Un désaccord règne au sein des arbitres en droit du travail sur la question de savoir s'il est légal pour un employeur régi par la législation fédérale de congédier sans motif un employé non syndiqué. Ce désaccord perdure depuis au moins une vingtaine d'années. Les employeurs et les employés régis par la législation fédérale sont ainsi plongés dans l'incertitude quant aux tenants et aboutissants de leur lien d'emploi. En l'espèce, l'arbitre a conclu que le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (« *C.c.t.* »), ne permet que les congédiements motivés. Saisies d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont exprimé un avis différent, jugeant que le *C.c.t.* permettait les congédiements non motivés (2013 CF 733; 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467). La demande de contrôle judiciaire a été accueillie, et l'affaire a été renvoyée à l'arbitre pour qu'il ordonne la réparation appropriée.

[75] Nous sommes du même avis que la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale. Un congédiement non motivé n'est pas en soi injuste, dès lors qu'un préavis suffisant a été donné. Toutefois, ce type de congédiement ne permet pas à l'employeur de se soustraire à un contrôle arbitral ou judiciaire, si l'employé décide de contester la légalité de son congédiement. En l'espèce, l'arbitre a retenu l'interprétation contraire : un congédiement non motivé est nécessairement injuste. L'interprétation par l'arbitre des art. 240 à 246 du *C.c.t.* étant incompatible avec le texte, le contexte et l'objet de ces dispositions, elle doit être écartée.

I. Standard of Review

[76] For the reasons we set out below, we would apply a correctness review to the narrow and distilled legal issue in this case.

[77] The parties before this Court agreed that the standard of review is reasonableness. However, the determination of the standard of review that applies in any case is a question of law, and “agreement between the parties cannot be determinative of the matter”: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at para. 6. Our colleague Justice Abella stated this point succinctly in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at para. 33, when she observed that “the parties should not be able, by agreement, to *contract out* of the appropriate standard of review” (emphasis in original).

[78] We note Abella J.’s proposed revisions to the standard of review, expressly made in *obiter dicta*. While we appreciate the constructive spirit in which they are proposed, and while we harbour concerns about their merits, we prefer to confine any statement regarding what is already the subject of a peripatetic body of jurisprudence to a judicial pronouncement.

Rule of Law Concerns Justify Correctness Review in This Case

[79] In our view, this case exposes a serious concern for the rule of law posed by presumptively deferential review of a decision-maker’s interpretation of its home statute. In the specific context of this case, correctness review is justified. To conclude otherwise would abandon rule of law values in favour of indiscriminate deference to the administrative state.

I. Norme de contrôle

[76] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis que la question précise de droit pur que soulève le pourvoi doit être résolue en appliquant la norme de la décision correcte.

[77] Les parties devant la Cour ont convenu que la norme applicable est celle de la décision raisonnable. Toutefois, la norme de contrôle applicable à un cas donné est une question de droit, et « l’accord des parties ne peut être concluant sur ce point » (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 6). Notre collègue, la juge Abella, a d’ailleurs résumé la question de façon succincte dans l’arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 33, en faisant observer que « [l]es parties ne devraient certes pas avoir la faculté de *se soustraire*, d’un commun accord, à l’application de la norme de contrôle appropriée » (en italique dans l’original).

[78] Nous avons pris connaissance de la réforme que propose la juge Abella à la norme de contrôle, qu’elle présente expressément en *obiter dicta*. Bien que nous admirions l’esprit constructif qui sous-tend la démarche, et bien que nous ayons des réserves quant à son bien-fondé, nous croyons préférable de réserver toute discussion portant sur cette matière ayant déjà fait couler beaucoup d’encre à une décision judiciaire.

La primauté du droit justifie l’application de la norme de la décision correcte en l’espèce

[79] À notre avis, la présente affaire soulève de sérieuses questions relatives au respect du principe de la primauté du droit en raison de la présomption voulant que la déférence s’impose dès qu’il s’agit du contrôle de l’interprétation, par un décideur, de sa propre loi constitutive. Dans le contexte spécifique du présent dossier, la norme de la décision correcte est celle qui doit être appliquée. Conclure le contraire revient à abandonner la primauté du droit au bénéfice d’une déférence aveugle à l’Administration.

[80] This Court has recognized that, where deference is owed, a decision-maker's interpretation of the law will be reasonable if it falls within a range of intelligible, defensible outcomes: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47. As a general proposition, we agree.

[81] However, deferring in this way on matters of statutory interpretation opens up the possibility that different decision-makers may each reach opposing interpretations of the same provision, thereby creating “needless uncertainty in the law [in the sense that] individuals' rights [are] dependent on the identity of the decision-maker, not the law”: J. M. Evans, “Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?” (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 101, at p. 105. This concern was raised forcefully by Stratas J.A. at the Federal Court of Appeal in the present case, and has been expressed elsewhere: see, e.g., *Altus Group Ltd. v. Calgary (City)*, 2015 ABCA 86, 599 A.R. 223, at paras. 31-33; *Abdoulrab v. Ontario Labour Relations Board*, 2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641, at para. 48; *Taub v. Investment Dealers Assn. of Canada*, 2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169, at paras. 65-67.

[82] In theory, these disagreements can last forever. Administrative decision-makers are not bound by the principle of *stare decisis*, and many decision-makers — like the labour adjudicators in the present case — lack an institutional umbrella under which issues can be debated openly and a consensus position can emerge.

[83] This is precisely what has occurred in the present case. For decades, labour adjudicators across the country have come to conflicting interpretations of the unjust dismissal provisions of Part III of the *Code*. These conflicting interpretations go to the heart of the federal employment law regime: Is an employer ever permitted to dismiss a non-unionized employee without cause? Some adjudicators say yes. Some say no. Lower courts have found both interpretations to be reasonable: see, e.g., Federal Court

[80] La Cour a reconnu que, lorsque la déférence est de mise, l'interprétation que le décideur fait de la loi est raisonnable si elle appartient aux issues acceptables et intelligibles (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). À titre d'énoncé général, nous en convenons.

[81] Toutefois, une telle déférence quant à des questions d'interprétation législative emporte la possibilité que deux décideurs donnent des interprétations contraires d'une même disposition et créent [TRADUCTION] « une incertitude juridique inutile [étant donné que] les droits individuels dépendent non pas de la loi, mais de l'identité du décideur » (J. M. Evans, « Triumph of Reasonableness : But How Much Does It Really Matter? » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 101, p. 105). Le juge Stratas, de la Cour d'appel fédérale, n'y est pas allé de main morte pour exprimer cette préoccupation dans la présente affaire, laquelle avait déjà été soulevée auparavant (voir p. ex. *Altus Group Ltd. c. Calgary (City)*, 2015 ABCA 86, 599 A.R. 223, par. 31-33; *Abdoulrab c. Ontario Labour Relations Board*, 2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641, par. 48; *Taub c. Investment Dealers Assn. of Canada*, 2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169, par. 65-67).

[82] En théorie, ces désaccords peuvent durer indéfiniment. En effet, les tribunaux administratifs ne sont pas liés par le principe de l'autorité du précédent, et bon nombre d'entre eux — comme les arbitres du travail dans le cas qui nous occupe — ne disposent pas d'un cadre institutionnel leur permettant de débattre les questions ouvertement et favorisant l'émergence d'un consensus.

[83] C'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce. Pendant des décennies, les arbitres du travail dans tout le pays ont proposé des interprétations contradictoires des dispositions de la partie III du *C.c.t.* relatives au congédiement injuste. Ces interprétations contradictoires vont à l'essence même du régime fédéral du droit du travail : est-il jamais possible pour un employeur de congédier sans motif un employé non syndiqué? Certains arbitres répondent oui, d'autres non. Les cours siégeant en révision

reasons and *Pierre v. Roseau River Tribal Council*, [1993] 3 F.C. 756 (T.D.).

[84] The rule of law and the promise of orderly governance suffer as a result. When reasonableness review insulates conflicting interpretations from judicial resolution, the identity of the decision-maker determines the outcome of individual complaints, not the law itself. And when this is the case, we allow the caprice of the administrative state to take precedence over the “general principle of normative order”: *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at para. 20; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 71; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at pp. 747-52.

[85] More troubling still, such a situation calls into question our legal system’s foundational premise that there is “one law for all” (*Reference re Secession of Quebec*, at para. 71), since, realistically, what the law means depends on whether one’s case is decided by one decision-maker or another. It goes without saying that the rule of law, upon which our Constitution is expressly founded, requires something closer to universal application.

[86] The cardinal values of certainty and predictability — which are themselves core principles of the rule of law (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at p. 37) — are also compromised. In the context of the present case, leaving unresolved a divided body of arbitral decisions clouds an essential feature of the federal regime governing employment relationships. Federally regulated employers cannot predictably determine when and how they can dismiss their employees, while employees are left in a state of uncertainty about the extent of their job security.

[87] The conflicting adjudicative jurisprudence has done more than just create general uncertainty. It creates the risk that the *very same* federally regulated employer might be subjected to conflicting

ont jugé les deux interprétations raisonnables (voir p. ex. motifs de la Cour fédérale et *Pierre c. Conseil tribal de Roseau River*, [1993] 3 C.F. 756 (1^{re} inst.)).

[84] La primauté du droit et la promesse d’une gouvernance ordonnée en souffrent. Lorsque l’application de la norme de la décision raisonnable a pour effet de mettre des interprétations contradictoires à l’abri de toute intervention judiciaire, c’est l’identité du décideur, et non la loi, qui détermine l’issue des plaintes individuelles. En pareil cas, les caprices de l’Administration ont préséance sur le « principe [. . .] général de l’ordre normatif » (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 20; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 71; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 747-752).

[85] Encore plus troublant, une telle situation remet en cause le principe fondamental de notre système juridique suivant lequel il y a « une seule loi pour tous » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 71), étant donné que, concrètement, le sens de la loi dépend du décideur appelé à trancher le différend. Il va sans dire que le principe de la primauté du droit, sur lequel notre Constitution est expressément fondée, exige que l’on applique une norme plus universelle.

[86] Les valeurs fondamentales que sont la certitude et la prévisibilité — elles-mêmes des éléments centraux de la primauté du droit (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 37) — s’en trouvent également compromises. En l’espèce, laisser la jurisprudence arbitrale partagée signifie brouiller une caractéristique essentielle du régime fédéral en matière de relations de travail : les employeurs régis par la législation fédérale ne savent pas dans quels cas et selon quelles modalités ils peuvent congédier leurs employés, et les employés vivent dans l’incertitude quant à leur sécurité d’emploi.

[87] Cette jurisprudence arbitrale contradictoire n’a pas seulement provoqué une incertitude généralisée. Elle crée le risque que le *même* employeur régi par la législation fédérale soit assujéti à des

legal interpretations, such that it may be told in one case that it *can* dismiss an employee without cause, while being told in another case that it *cannot*. As Rothstein J. stated in his concurring opinion in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 90, “[d]ivergent applications of legal rules undermine the integrity of the rule of law.” This is not mere conjecture; it has already happened to Atomic Energy of Canada Limited, the respondent in the matter before us: see Federal Court reasons and *Champagne v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2012 CanLII 97650. We would echo the statement of McLachlin J. (as she then was) in her concurring opinion in *British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 739, that judicial intervention may be required to resolve conflicting administrative decisions:

We must not forget that the parties involved in problems of this sort are often providing services of considerable importance to the public. It is the task of the legal system to provide them with clear guidance as to their legal obligations so that they can provide the services that they are required to provide in an efficacious and legal manner. When two different boards have given conflicting definitions of a body’s legal obligations, it is important that the body be afforded means of determining which obligation prevails and which it must obey. The boards themselves cannot determine this. The only body which can do it is the court. [para. 79]

[88] Finally, the existence of lingering disagreements amongst decision-makers undermines the very basis for deference. It makes little sense to defer to the interpretation of one decision-maker when it is clear that other similarly situated decision-makers — whose decisions are equally entitled to deference — have reached a different result. To accord deference in these circumstances privileges the expertise of the decision-maker whose decision is currently subject

interprétations législatives contradictoires, à telle enseigne que dans un cas on jugerait qu’il *serait autorisé* à congédier sans motif un employé alors que dans un autre on jugerait qu’il *ne le serait pas*. Comme le juge Rothstein l’indique dans son opinion concordante dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 90, « [l]e manque de cohérence dans l’application des règles de droit mine l’intégrité de la primauté du droit. » Et ceci n’est pas pure spéculation; c’est déjà arrivé à Énergie Atomique du Canada Limitée, intimée en l’espèce (voir motifs de la Cour fédérale et *Champagne c. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2012 CanLII 97650). Nous faisons nôtres les propos de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans ses motifs concordants dans l’arrêt *British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.*, [1995] 2 R.C.S. 739, dans lequel elle souligne que l’intervention judiciaire peut se révéler nécessaire pour résoudre le problème d’interprétations administratives contradictoires :

Nous ne devons pas oublier que les parties aux prises avec des problèmes de la sorte offrent souvent des services d’une importance considérable pour le public. Il appartient au système juridique de leur donner des directives claires sur leurs obligations légales, de façon à ce qu’elles puissent fournir les services exigés d’elles, d’une façon efficace et légale. Lorsque deux conseils différents ont défini de façon contradictoire les obligations légales d’un organisme, il est important que cet organisme dispose des moyens de déterminer quelle est l’obligation qui doit prévaloir et quelle est celle dont il doit s’acquitter. Les conseils eux-mêmes ne peuvent faire cette détermination. Le seul organisme habilité à le faire est une cour de justice. [par. 79]

[88] Enfin, l’existence de divergences persistantes entre les décideurs compromet la raison d’être même de la déférence. En effet, il est illogique de s’en remettre à l’interprétation d’un décideur alors que, manifestement, d’autres décideurs saisis de cas semblables — et dont les décisions commandent tout autant le respect — sont parvenus à un résultat différent. La retenue en pareil cas favorise arbitrairement l’expertise du décideur dont la décision est l’objet du

to judicial review over the expertise of other similarly situated decision-makers without any compelling reason for doing so.

[89] We believe, therefore, that where there is lingering disagreement on a matter of statutory interpretation between administrative decision-makers, and where it is clear that the legislature could only have intended the statute to bear one meaning, correctness review is appropriate. This lingering disagreement presupposes that both interpretations are reasonable, since, of course, a contradictory but unreasonable decision will be quashed on judicial review and no lingering disagreement can result. But we wish to make one point clear: it does not matter whether one or one hundred decisions have been rendered that conflict with the “consensus” interpretation identified by the majority. As long as there is one conflicting but reasonable decision, its very existence undermines the rule of law: L. J. Wihak, “Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later” (2014), 27 *C.J.A.L.P.* 173, at p. 197.

[90] Such a lingering disagreement exists in this case. While the majority says that “almost all” of the adjudicators have adopted the interpretation of the legislative scheme that was accepted by the adjudicator in this case (para. 46), there is a significant line of cases adopting the opposite interpretation: see, e.g., *Sharma v. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare v. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O’Brien v. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat v. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Klein v. Royal Canadian Mint*, 2013 CLLC ¶210-013; *Paul v. National Centre for First Nations*

contrôle judiciaire au détriment de celle d’autres décideurs dans un cas semblable.

[89] Nous estimons donc qu’en présence de divergences persistantes entre des décideurs administratifs concernant l’interprétation d’une loi à laquelle le législateur voulait manifestement ne donner qu’un seul sens, c’est la norme de la décision correcte qui doit être appliquée. Ces divergences persistantes tiennent pour acquis que les deux interprétations sont raisonnables, puisque, bien évidemment, la décision qui en contredit une autre et qui est déraisonnable sera annulée à l’issue d’un contrôle judiciaire, ce qui mettra fin aux divergences. De plus, nous tenons à préciser qu’il importe peu que l’interprétation faisant « consensus » dont parlent les juges majoritaires soit contredite par une seule ou par une centaine de décisions; dès lors qu’une décision contraire existe, même si raisonnable, son existence même mine le principe de la primauté du droit (L. J. Wihak, « Wither the correctness standard of review? *Dunsmuir*, six years later » (2014), 27 *R.C.D.A.P.* 173, p. 197).

[90] Une telle divergence persistante existe en l’espèce. Même si les juges majoritaires affirment que « presque tous » les arbitres adhèrent à l’interprétation du régime législatif qu’a retenue l’arbitre dans la présente affaire (par. 46), un nombre considérable de décisions vont dans le sens contraire (voir p. ex. *Sharma c. Maple Star Transport Ltd.*, 2015 CanLII 43356; *G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re*, 2015 CarswellNat 7465 (WL Can.); *Pare c. Corus Entertainment Inc.*, [2015] C.L.A.D. No. 103 (QL); *Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.*, [2015] C.L.A.D. No. 114 (QL); *Swanson and Qualicum First Nation, Re* (2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139; *O’Brien c. Mushuau Innu First Nation*, 2015 CanLII 20942; *Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.*, [2014] C.L.A.D. No. 248 (QL); *Taypotat c. Muscowpetung First Nation*, [2014] C.L.A.D. No. 53 (QL); *Payne and Bank of Montreal, Re* (2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114; *Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re*, 2013 CarswellNat 4148 (WL Can.); *Klein c. Royal Canadian Mint*, 2013 CLLC ¶210-013; *Paul c. National Centre for First*

Governance, 2012 CanLII 85154; *Palmer v. Dempsey Laird Trucking Ltd.*, 2012 CarswellNat 1620 (WL Can.); *Gouchey v. Sturgeon Lake Cree Nation*, 2011 CarswellNat 3430 (WL Can.); *Stark v. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3074 (WL Can.); *Dominic v. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3085 (WL Can.); *McCloud v. Samson Cree Nation*, [2011] C.L.A.D. No. 119 (QL); *Prosper v. PPADC Management Co.*, [2010] C.L.A.D. No. 430 (QL); *Perley v. Maliseet First Nation at Tobique*, 2010 CarswellNat 4618 (WL Can.); *Daniels v. Whitecap Dakota First Nation*, [2008] C.L.A.D. No. 135 (QL); *Armsworthy v. L.H. & Co.*, [2005] C.L.A.D. No. 161 (QL); *Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)*, 2003 CarswellNat 7342 (WL Can.); *Cooper v. Exalta Transport Services Ltd.*, [2002] C.L.A.D. No. 612 (QL); *Chalifoux v. Driftpile First Nation*, [2000] C.L.A.D. No. 368 (QL); *Halkowich and Fairford First Nation*, [1998] C.L.A.D. No. 486 (QL); *D. McCool Transport Ltd. and Bosma*, [1998] C.L.A.D. No. 315 (QL), at paras. 12 et seq.; *Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1996] C.L.A.D. No. 631 (QL); *Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL).

[91] This is not an exhaustive list, but serves merely to illustrate that discord exists in the adjudicative jurisprudence on the issue of whether the *Code* permits an employer to dismiss an employee without cause. It is the existence of this discord that undermines the rule of law and justifies correctness review in this case. Further, this is a matter of general importance, defining the basis of the employment relationship for thousands of Canadians. We would also add that questions regarding the dismissal of federal employees do not fall exclusively within the jurisdiction of labour adjudicators. As we will explain below, civil courts also possess jurisdiction over some of these matters. The narrow and distilled question of law raised by this case goes to the very heart of the federal employment relationship. Consistency in defining the nature of this relationship is therefore required.

Nations Governance, 2012 CanLII 85154; *Palmer c. Dempsey Laird Trucking Ltd.*, 2012 CarswellNat 1620 (WL Can.); *Gouchey c. Sturgeon Lake Cree Nation*, 2011 CarswellNat 3430 (WL Can.); *Stark c. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3074 (WL Can.); *Dominic c. Tl'azt'en Nation*, 2011 CarswellNat 3085 (WL Can.); *McCloud c. Samson Cree Nation*, [2011] C.L.A.D. No. 119 (QL); *Prosper c. PPADC Management Co.*, [2010] C.L.A.D. No. 430 (QL); *Perley c. Maliseet First Nation at Tobique*, 2010 CarswellNat 4618 (WL Can.); *Daniels c. Whitecap Dakota First Nation*, [2008] C.L.A.D. No. 135 (QL); *Armsworthy c. L.H. & Co.*, [2005] C.L.A.D. No. 161 (QL); *Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)*, 2003 CarswellNat 7342 (WL Can.); *Cooper c. Exalta Transport Services Ltd.*, [2002] C.L.A.D. No. 612 (QL); *Chalifoux c. Driftpile First Nation*, [2000] C.L.A.D. No. 368 (QL); *Halkowich and Fairford First Nation*, [1998] C.L.A.D. No. 486 (QL); *D. McCool Transport Ltd. and Bosma*, [1998] C.L.A.D. No. 315 (QL), par. 12 et suiv.; *Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1996] C.L.A.D. No. 631 (QL); *Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.*, [1994] C.L.A.D. No. 172 (QL).

[91] Il ne s'agit pas ici d'une liste exhaustive, mais plutôt d'une liste servant à illustrer l'existence d'une divergence entre les arbitres sur la question de savoir si le *C.c.t.* permet à un employeur de congédier un employé sans motif. C'est l'existence même de cette divergence qui mine la primauté du droit et exige l'application de la norme de la décision correcte en l'espèce. Qui plus est, il s'agit d'une question d'importance générale, qui a une incidence sur le fondement du lien d'emploi de milliers de Canadiennes et de Canadiens. Il importe d'ajouter que les questions relatives au congédiement d'employés fédéraux ne relèvent pas exclusivement d'arbitres en droit du travail. Comme nous l'expliquons plus loin, les cours civiles sont également compétentes à plusieurs égards en ce domaine. La question précise de droit pur que soulève la présente affaire touche à l'essence même du lien d'emploi fédéral. Par conséquent, il est essentiel que la cohérence préside à la définition de la nature de ce lien.

[92] We turn now to the merits, applying a correctness review for the reasons set out above.

II. Statutory Provisions

[93] This case concerns the interrelationship between the provisions of Part III of the *Code* which govern non-unionized federal employees.

[94] Section 230 of the *Code* codifies the common law rules on notice periods and wages in lieu of notice when terminating the employment of an employee without cause:

230 (1) Except where subsection (2) applies, an employer who terminates the employment of an employee who has completed three consecutive months of continuous employment by the employer shall, except where the termination is by way of dismissal for just cause, give the employee either

(a) notice in writing, at least two weeks before a date specified in the notice, of the employer's intention to terminate his employment on that date, or

(b) two weeks wages at his regular rate of wages for his regular hours of work, in lieu of the notice.

(2) Where an employer is bound by a collective agreement that contains a provision authorizing an employee who is bound by the collective agreement and whose position becomes redundant to displace another employee on the basis of seniority, and the position of an employee who is so authorized becomes redundant, the employer shall

(a) give at least two weeks notice in writing to the trade union that is a party to the collective agreement and to the employee that the position of the employee has become redundant and post a copy of the notice in a conspicuous place within the industrial establishment in which the employee is employed; or

(b) pay to any employee whose employment is terminated as a result of the redundancy of the position two weeks wages at his regular rate of wages.

(3) Except where otherwise prescribed by regulation, an employer shall, for the purposes of this Division, be deemed to have terminated the employment of an employee when the employer lays off that employee.

[92] Nous passons maintenant à l'analyse au fond de l'affaire et appliquons la norme de la décision correcte pour les raisons données précédemment.

II. Dispositions législatives

[93] Le présent pourvoi concerne les rapports entre les dispositions de la partie III du *C.c.t.* qui régit les employés fédéraux non syndiqués.

[94] L'article 230 du *C.c.t.* codifie les règles de common law relatives au préavis et à l'indemnité en tenant lieu en cas de licenciement non motivé :

230 (1) Sauf cas prévu au paragraphe (2) et sauf s'il s'agit d'un congédiement justifié, l'employeur qui licencie un employé qui travaille pour lui sans interruption depuis au moins trois mois est tenu :

a) soit de donner à l'employé un préavis de licenciement écrit d'au moins deux semaines;

b) soit de verser, en guise et lieu de préavis, une indemnité égale à deux semaines de salaire au taux régulier pour le nombre d'heures de travail normal.

(2) En cas de suppression d'un poste, l'employeur lié par une convention collective autorisant un employé ainsi devenu surnuméraire à supplanter un autre employé ayant moins d'ancienneté que lui est tenu :

a) soit de donner au syndicat signataire de la convention collective et à l'employé un préavis de suppression de poste, d'au moins deux semaines, et de placer une copie du préavis dans un endroit bien en vue à l'intérieur de l'établissement où l'employé travaille;

b) soit de verser à l'employé licencié en raison de la suppression du poste deux semaines de salaire au taux régulier.

(3) Sauf disposition contraire d'un règlement, la mise à pied est, pour l'application de la présente section, assimilée au licenciement.

[95] Section 235 of the *Code* establishes a minimum amount of severance pay that must be paid to certain employees whose employment is terminated without cause:

235 (1) An employer who terminates the employment of an employee who has completed twelve consecutive months of continuous employment by the employer shall, except where the termination is by way of dismissal for just cause, pay to the employee the greater of

(a) two days wages at the employee's regular rate of wages for his regular hours of work in respect of each completed year of employment that is within the term of the employee's continuous employment by the employer, and

(b) five days wages at the employee's regular rate of wages for his regular hours of work.

(2) For the purposes of this Division,

(a) except where otherwise provided by regulation, an employer shall be deemed to have terminated the employment of an employee when the employer lays off that employee.

[96] Sections 240 to 245 of the *Code* set out a procedure whereby an employee who believes that his dismissal was unjust can complain to an inspector, leading to the appointment of an adjudicator who will determine whether the dismissal was unjust and order a remedy that the adjudicator deems appropriate in the circumstances. Of relevance to this appeal are ss. 240 to 242:

240 (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

(2) Subject to subsection (3), a complaint under subsection (1) shall be made within ninety days from the date on which the person making the complaint was dismissed.

[95] L'article 235 du *C.c.t.* précise l'indemnité de départ minimale devant être versée à l'employé en cas de licenciement non motivé :

235 (1) L'employeur qui licencie un employé qui travaille pour lui sans interruption depuis au moins douze mois est tenu, sauf en cas de congédiement justifié, de verser à celui-ci le plus élevé des montants suivants :

a) deux jours de salaire, au taux régulier et pour le nombre d'heures de travail normal, pour chaque année de service;

b) cinq jours de salaire, au taux régulier et pour le nombre d'heures de travail normal.

(2) Pour l'application de la présente section :

a) sauf disposition contraire d'un règlement, la mise à pied est assimilée au licenciement.

[96] Les articles 240 à 245 du *C.c.t.* prévoient une procédure suivant laquelle l'employé qui se croit injustement congédié peut déposer une plainte auprès d'un inspecteur, après quoi un arbitre peut être désigné pour décider si le congédiement était injuste et ordonner la réparation qu'il estime appropriée dans les circonstances. Les articles 240 à 242 sont pertinents en l'espèce :

240 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si :

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la plainte doit être déposée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date du congédiement.

(3) The Minister may extend the period of time referred to in subsection (2) where the Minister is satisfied that a complaint was made in that period to a government official who had no authority to deal with the complaint but that the person making the complaint believed the official had that authority.

241 (1) Where an employer dismisses a person described in subsection 240(1), the person who was dismissed or any inspector may make a request in writing to the employer to provide a written statement giving the reasons for the dismissal, and any employer who receives such a request shall provide the person who made the request with such a statement within fifteen days after the request is made.

(2) On receipt of a complaint made under subsection 240(1), an inspector shall endeavour to assist the parties to the complaint to settle the complaint or cause another inspector to do so.

(3) Where a complaint is not settled under subsection (2) within such period as the inspector endeavouring to assist the parties pursuant to that subsection considers to be reasonable in the circumstances, the inspector shall, on the written request of the person who made the complaint that the complaint be referred to an adjudicator under subsection 242(1),

(a) report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded; and

(b) deliver to the Minister the complaint made under subsection 240(1), any written statement giving the reasons for the dismissal provided pursuant to subsection (1) and any other statements or documents the inspector has that relate to the complaint.

242 (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(3) Le ministre peut proroger le délai fixé au paragraphe (2) dans les cas où il est convaincu que l'intéressé a déposé sa plainte à temps mais auprès d'un fonctionnaire qu'il croyait, à tort, habilité à la recevoir.

241 (1) La personne congédiée visée au paragraphe 240(1) ou tout inspecteur peut demander par écrit à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement; le cas échéant, l'employeur est tenu de lui fournir une déclaration écrite à cet effet dans les quinze jours qui suivent la demande.

(2) Dès réception de la plainte, l'inspecteur s'efforce de concilier les parties ou confie cette tâche à un autre inspecteur.

(3) Si la conciliation n'aboutit pas dans un délai qu'il estime raisonnable en l'occurrence, l'inspecteur, sur demande écrite du plaignant à l'effet de saisir un arbitre du cas :

a) fait rapport au ministre de l'échec de son intervention;

b) transmet au ministre la plainte, l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement et tous autres déclarations ou documents relatifs à la plainte.

242 (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre :

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

- (b)** shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to that complaint; and
- (c)** has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Industrial Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).
- (3)** Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall
- (a)** consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and
- (b)** send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.
- (3.1)** No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where
- (a)** that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or
- (b)** a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.
- (4)** Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to
- (a)** pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;
- (b)** reinstate the person in his employ; and
- (c)** do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.
- (b)** fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;
- (c)** est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations industrielles par les alinéas 16a), (b) et c).
- (3)** Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre :
- (a)** décide si le congédiement était injuste;
- (b)** transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'au ministre.
- (3.1)** L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :
- (a)** le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;
- (b)** a présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.
- (4)** S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur :
- (a)** de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;
- (b)** de réintégrer le plaignant dans son emploi;
- (c)** de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

[97] The unjust dismissal procedure set out in ss. 240 to 245 is not the only mechanism available to federally regulated employees to challenge the lawfulness of a dismissal. Section 246 of the *Code* expressly preserves their right to seek a civil remedy in the courts:

[97] La procédure relative au congédiement injuste énoncée aux art. 240 à 245 n'est pas le seul mécanisme auquel peut recourir l'employé régi par la législation fédérale pour contester la légalité d'un congédiement. En effet, l'art. 246 du *C.c.t.* préserve explicitement son droit d'exercer un recours civil devant les tribunaux.

246 (1) No civil remedy of an employee against his employer is suspended or affected by sections 240 to 245.

[98] One other provision is worth mentioning. Section 168(1) of the *Code* preserves the application of the common law and contracts of employment where those laws confer greater rights or benefits on employees than Part III of the *Code* does:

168 (1) This Part and all regulations made under this Part apply notwithstanding any other law or any custom, contract or arrangement, but nothing in this Part shall be construed as affecting any rights or benefits of an employee under any law, custom, contract or arrangement that are more favourable to the employee than his rights or benefits under this Part.

III. Analysis

[99] Applying correctness review, we are of the opinion that a federally regulated employer can dismiss an employee without cause, so long as appropriate notice and severance pay are provided. However, such a dismissal does not preclude the employee from availing himself or herself of the unjust dismissal procedure in ss. 240 to 245 of the *Code*. There is “nothing in section 240 or the surrounding sections of the *Canada Labour Code* which guarantees lifelong job tenure to employees of federally regulated businesses, provided such employees do not give their employers just cause for dismissal”: D. Harris, *Wrongful Dismissal* (loose-leaf), at p. 6-14. An employer therefore has the right to “justly terminate an employee by giving notice or compensation under ss. 230(1) and 235(1)”: H. A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada* (3rd ed. (loose-leaf)), at p. 2-126.1.

[100] As a preliminary note, ss. 230 and 235 use the term “termination” of employment, while ss. 240 to 245 refer to “dismissal”. Sections 230 and 235 apply to all situations where the employment of an employee is terminated — including managers and

246 (1) Les articles 240 à 245 n’ont pas pour effet de suspendre ou de modifier le recours civil que l’employé peut exercer contre son employeur.

[98] Il importe également de mentionner le par. 168(1) du *C.c.t.*, qui préserve l’application des règles de common law en matière d’emploi et des contrats d’emploi dans la mesure où ceux-ci confèrent aux employés des droits ou avantages plus généreux que ceux que leur accorde la partie III du *C.c.t.* :

168 (1) La présente partie, règlements d’application compris, l’emporte sur les règles de droit, usages, contrats ou arrangements incompatibles mais n’a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages acquis par un employé sous leur régime et plus favorables que ceux que lui accorde la présente partie.

III. Analyse

[99] Appliquant la norme de la décision correcte, nous sommes d’avis que le *C.c.t.* permet à un employeur régi par la législation fédérale de congédier un employé sans motif, à condition qu’il donne le préavis requis et verse l’indemnité de départ prévue. Toutefois, un tel congédiement n’empêche pas l’employé de se prévaloir de la procédure relative aux congédiements injustes énoncée aux art. 240 à 245 du *C.c.t.* [TRADUCTION] « [R]ien dans l’article 240 du *Code canadien du travail* ni dans les dispositions voisines ne garantit la sécurité d’emploi aux employés des organismes régis par la législation fédérale même si ces employés ne fournissent à leur employeur aucune juste cause de congédiement » (D. Harris, *Wrongful Dismissal* (feuilles mobiles), p. 6-14). Un employeur peut donc [TRADUCTION] « licencier un employé à bon droit en lui donnant un préavis ou en lui versant une indemnité conformément aux par. 230(1) et 235(1) » (H. A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), p. 2-126.1).

[100] Il convient de signaler tout d’abord que les art. 230 et 235 parlent de « licenciement », alors qu’aux art. 240 à 245 il est question de « congédiement ». Les articles 230 et 235 s’appliquent à tout cas de licenciement, y compris le licenciement

those who are laid off due to lack of work or discontinuance of a function — while ss. 240 to 245 only apply to employees who are “dismissed”. Since the interpretive issue in this case centres on the meaning of the term “unjust dismissal”, we will use the term “dismissal” throughout this analysis unless otherwise required.

[101] The adjudicator was asked to determine whether a dismissal without cause but with pay in lieu of notice was nevertheless an unjust dismissal. The narrow question we are addressing is this: Is a dismissal without cause *automatically* an unjust dismissal that *always* entitles an employee to a remedy under s. 242(4)? Or, as the Federal Court and Federal Court of Appeal both found in this case, is a dismissal without cause *potentially* an unjust dismissal (depending on the circumstances) that *could* entitle an employee to a remedy under s. 242(4)?

[102] This is a distilled question requiring statutory interpretation and, accordingly, we must begin with the modern principle of statutory interpretation articulated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

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.

The modern principle requires that statutes “be read to give the words their most obvious ordinary meaning which accords with the context and purpose of the enactment in which they occur”: *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, at para. 14; *Rizzo Shoes*, at para. 41. When a court interprets a statute, it is “seeking not what Parliament meant but the true meaning of what they said”: *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 613 (per Lord

d’un cadre et celui pour manque de travail ou suppression de poste. Les articles 240 à 245 ne s’appliquent qu’à l’employé qui est « congédié ». Étant donné que le litige porte en l’espèce sur l’interprétation du « congédiement injuste », nous nous en tiendrons pour la suite au terme « congédiement », sauf si le contexte s’y oppose.

[101] L’arbitre en l’instance a été appelé à décider si un congédiement non motivé, mais avec versement d’une indemnité tenant lieu de préavis, constitue néanmoins un congédiement injuste. La question limitée que nous examinons est celle de savoir si un congédiement non motivé est *automatiquement* un congédiement injuste qui donne *dans tous les cas* à l’employé droit à la réparation prévue au par. 242(4). Ou bien — et c’était l’avis de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale dans la présente affaire — un congédiement non motivé est-il *possiblement* un congédiement injuste (selon les circonstances) *susceptible* de justifier l’octroi de la réparation prévue au par. 242(4)?

[102] Il s’agit d’une pure question d’interprétation législative. Il convient donc dans un premier temps de revenir sur le principe moderne d’interprétation des lois exposé dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87 :

Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec [l’économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

Ce principe moderne d’interprétation exige que les lois soient « interprétées de manière à donner aux mots leur sens ordinaire le plus évident qui s’harmonise avec le contexte et l’objet visé par la loi dans laquelle ils sont employés » (*CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, par. 14; *Rizzo Shoes*, par. 41). Lorsqu’un tribunal interprète une loi, il doit [TRANSDUCTION] « rechercher non pas ce que le législateur a voulu dire, mais plutôt le véritable sens de ce qu’il a dit » (*Black-Clawson International Ltd. c.*

Reid). In our view, the true meaning of what Parliament said is clear: federally regulated employers can dismiss their employees without cause.

[103] The term “unjust dismissal” is not defined anywhere in the *Code*. An employee has the right to complain about any dismissal that the employee “considers” to be unjust: s. 240(1). This right exists only for 90 days following the dismissal, after which the employee has no right to access the procedure in ss. 240 to 245 to challenge the lawfulness of a dismissal: s. 240(2). An employer must give written reasons for the dismissal if requested to do so: s. 241. If an adjudicator finds that a dismissal is unjust, the adjudicator is empowered to award a remedy, including the remedy of reinstatement: s. 242(4). In our view, ss. 240 to 245 create an additional procedural mechanism for complaining about a dismissal (and provide an additional remedy for such complaints). But they do not define what dismissals qualify as unjust.

[104] When one looks at the unjust dismissal provisions of the *Code* in isolation, one might infer that Parliament did intend to prohibit all dismissals without cause. As the majority notes, there are two elements of the unjust dismissal provisions that do not exist at common law and that could be interpreted as creating a just cause regime: the requirement that the employer provide reasons for the dismissal where requested (s. 241), and the power of the adjudicator to order reinstatement where appropriate (s. 242(4)(b)). Since neither of these powers or remedies exist at common law, the majority says that Parliament created a “statutory alternative” to the common law, creating a regime where federal employers can only dismiss their employees for just cause (para. 46).

A. *Problems With the Majority’s Reasoning*

[105] It is well established that a statute must “be read in a way that avoids absurdity and assigns a

Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G., [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 613 (lord Reid)). Selon nous, le véritable sens exprimé par le législateur est clair : il est loisible à un employeur régi par la législation fédérale de congédier un employé sans motif.

[103] Le terme « congédiement injuste » n’est pas défini dans le *C.c.t.* L’employé qui « se croit » injustement congédié a le droit de porter plainte (par. 240(1)). Ce droit s’éteint 90 jours après le congédiement, et l’employé ne peut alors plus se prévaloir de la procédure prévue aux art. 240 à 245 pour contester la légalité du congédiement (par. 240(2)). Sur demande, l’employeur doit faire connaître par écrit les motifs du congédiement (art. 241). Si l’arbitre conclut qu’un congédiement est injuste, il peut accorder une réparation, et notamment la réintégration du plaignant dans son emploi (par. 242(4)). Nous estimons que les art. 240 à 245 créent un mécanisme procédural supplémentaire de plainte à l’encontre d’un congédiement et instaurent une mesure de réparation additionnelle. Toutefois, ils ne précisent pas ce qui peut constituer un congédiement injuste.

[104] Examinant isolément les dispositions du *C.c.t.* relatives au congédiement injuste, il pourrait être possible de conclure que le législateur a voulu interdire tous les congédiements non motivés. Comme les juges majoritaires le font remarquer, deux éléments de ces dispositions n’existent pas en common law et pourraient donner l’impression qu’un régime de congédiement justifié a été instauré : l’obligation de l’employeur de faire connaître les motifs du congédiement sur demande (art. 241) et le pouvoir de l’arbitre d’ordonner la réintégration s’il l’estime approprié (al. 242(4)b)). Étant donné que ces pouvoirs ou réparations n’existent pas en common law, les juges majoritaires font valoir que le législateur a créé une « alternative législative » à la common law, soit un régime permettant seulement le congédiement justifié de l’employé par un employeur de compétence fédérale (par. 46).

A. *Problèmes avec le raisonnement des juges majoritaires*

[105] Il est bien établi qu’un texte de loi doit « être interprété de manière à éviter les absurdités et

meaning to all of the words Parliament has used”: *R. v. G. (B.)*, [1999] 2 S.C.R. 475, at para. 69. In our respectful view, interpreting ss. 240 to 245 as prohibiting an employer from dismissing an employee without just cause produces an absurdity, since it leads to two identical classes of persons being treated differently based on an arbitrary or irrational distinction: *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, at p. 280.

[106] Sections 240 to 245 do not apply where an employee chooses to challenge the lawfulness of his or her dismissal in the civil courts, where the 90-day limitation period expires (s. 240(2)), or where the Minister declines to appoint an adjudicator pursuant to s. 242(1). These provisions also do not apply to employees who are managers (s. 167(3)), or to employees employed for less than 12 consecutive months (s. 240(1)(a)). The common law continues to apply “where the statute is silent or by its terms cannot apply”: *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at p. 1319. The common law must therefore continue to apply to these employees.

[107] At common law, an employer may dismiss an employee without cause because “[a]n employer’s right to terminate the employment relationship with due notice is simply the counterpart to the employee’s right to quit with due notice”: *Dunsmuir*, at para. 105. Courts have consistently applied the common law to the claims of dismissed federal employees who are subject to Part III of the *Code*: see, e.g., *Lum v. Shaw Communications Inc.*, 2004 NBCA 35, 270 N.B.R. (2d) 141; *Cornelson v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2014 ABQB 436; *Nelson v. Champion Feed Services Inc.*, 2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162; *Chandran v. National Bank of Canada*, 2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256; *Paquette v. TeraGo Networks Inc.*, 2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056; *Vist v. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038; *Wallace v. Toronto-Dominion Bank* (1983), 41 O.R. (2d) 161 (C.A.); *Ryder v. Carry The Kettle First Nation*, 2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239; *Nardocchio v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1979), 41 N.S.R. (2d) 26 (S.C.T.D.); *Wilson v. Sliammon First*

à donner un sens à tous les mots utilisés par le législateur » (*R. c. G. (B.)*, [1999] 2 R.C.S. 475, par. 69). Avec respect, conclure que les art. 240 à 245 interdisent à l’employeur de congédier un employé sans juste cause engendre une absurdité : deux catégories identiques de personnes seraient traitées différemment en raison d’une distinction arbitraire ou dépourvue de logique (*Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275, p. 280).

[106] Les articles 240 à 245 ne s’appliquent pas lorsqu’un employé conteste la légalité de son congédiement devant les tribunaux civils, ni après l’expiration du délai de 90 jours (par. 240(2)) ou si le ministre ne désigne pas d’arbitre conformément au par. 242(1). Ces dispositions ne s’appliquent pas non plus aux employés qui occupent un poste de directeur (par. 167(3)) ou aux employés qui ont travaillé moins de 12 mois consécutifs (al. 240(1)a)). La common law continue de s’appliquer « là où la Loi est silencieuse ou [si] en raison de ses termes [elle] ne peut s’appliquer » (*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1319). La common law doit donc continuer de s’appliquer à ces employés.

[107] En common law, un employeur peut congédier un employé sans motif parce que « [l]e droit de l’employeur de mettre fin à l’emploi moyennant le préavis requis est la simple contrepartie du droit de l’employé de donner sa démission moyennant le préavis requis » (*Dunsmuir*, par. 105). Les tribunaux civils ont toujours appliqué les règles de common law aux employés fédéraux assujettis à la partie III du *C.c.t.* (voir p. ex. *Lum c. Shaw Communications Inc.*, 2004 NBCA 35, 270 R.N.-B. (2^e) 141; *Cornelson c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2014 ABQB 436; *Nelson c. Champion Feed Services Inc.*, 2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162; *Chandran c. National Bank of Canada*, 2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256; *Paquette c. TeraGo Networks Inc.*, 2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056; *Vist c. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038; *Wallace c. Toronto-Dominion Bank* (1983), 41 O.R. (2d) 161 (C.A.); *Ryder c. Carry The Kettle First Nation*, 2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239; *Nardocchio c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1979), 41 N.S.R. (2d) 26 (C.S. (1^{re} inst.)));

Nation, 2002 BCSC 190; *Chadee v. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110 (C.A.); *Spilberg v. Total Transportation Solutions Inc.*, [2014] O.J. No. 2903 (QL) (S.C.J.); *Lazarus v. Information Communication Services (ICS) Inc.*, [2015] O.J. No. 5304 (QL) (S.C.J.); *Jackson v. Gitxsan Treaty Society*, 2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179; *Beatty v. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64; *Schimanski v. B & D Walter Trucking Ltd.*, 2014 ABPC 288; *Logan v. Progressive Air Service Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 129 (QL) (Prov. Ct.); *Rodgers v. Sun Radio Ltd.* (1991), 109 N.S.R. (2d) 415 (S.C.T.D.).

[108] Were ss. 240 to 245 to be taken as prohibiting a federal employee from being dismissed without cause, while s. 246 were to be taken as preserving the right of an employee to sue for wrongful dismissal in civil courts, the result would be that (1) a federally regulated employer can dismiss an employee without cause (even with appropriate notice) as long as the employee chooses to challenge the lawfulness of the dismissal in the civil courts, but (2) a federally regulated employer cannot dismiss an identically placed employee without cause (but with appropriate notice) where that employee objects under the unjust dismissal provisions of the *Code*. The legal basis of the employment relationship would then depend on the *ex post facto* choice of mechanism by which the employee challenges the lawfulness of his or her dismissal. Indeed, it would mean that an employer would not know its legal obligations in advance, since those legal obligations would depend upon either the discretion of the Minister or an employee's *ex post facto* choice of mechanism to challenge the dismissal. This is absurd. Since we must presume that Parliament did not intend to produce absurd results (*Rizzo Shoes*, at para. 27), we cannot agree with the majority's interpretation.

[109] In addition, we note that s. 242(3) requires an adjudicator to "consider" whether or not a dismissal was unjust. Were the majority's interpretation the only reasonable one (i.e., were it the correct interpretation), it would mean that, where an employer chooses to dismiss an employee without

Wilson c. Sliammon First Nation, 2002 BCSC 190; *Chadee c. Norway House First Nation* (1996), 113 Man. R. (2d) 110 (C.A.); *Spilberg c. Total Transportation Solutions Inc.*, [2014] O.J. No. 2903 (QL) (C.S.J.); *Lazarus c. Information Communication Services (ICS) Inc.*, [2015] O.J. No. 5304 (QL) (C.S.J.); *Jackson c. Gitxsan Treaty Society*, 2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179; *Beatty c. Best Theratronics Ltd.*, 2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64; *Schimanski c. B & D Walter Trucking Ltd.*, 2014 ABPC 288; *Logan c. Progressive Air Service Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 129 (QL) (C. prov.); *Rodgers c. Sun Radio Ltd.* (1991), 109 N.S.R. (2d) 415 (C.S. (1^{re} inst.)).

[108] Si les art. 240 à 245 interdisaient le congédiement non motivé d'un employé fédéral alors que l'art. 246 protège le droit d'un employé d'intenter une poursuite pour congédiement illégal devant les tribunaux civils, il en résulterait qu'un employeur régi par la législation fédérale pourrait congédier un employé sans motif (moyennant un préavis acceptable) pour autant que l'employé conteste la légalité du congédiement devant les tribunaux civils, mais il ne pourrait congédier sans motif (malgré un préavis acceptable) ce même employé dans le cas où ce dernier s'y oppose en vertu des dispositions du *C.c.t.* relatives au congédiement injuste. Le fondement juridique du lien d'emploi serait donc fonction du choix par l'employé, après le fait, du mécanisme de contestation de la légalité de son congédiement. En effet, cela signifierait que l'employeur ne pourrait connaître ses obligations à l'avance, car la teneur de celles-ci dépendrait du pouvoir discrétionnaire du ministre ou du choix par l'employé d'une voie de recours après coup, ce qui serait absurde. Comme nous devons présumer que le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes (*Rizzo Shoes*, par. 27), nous ne pouvons souscrire à l'interprétation que préconisent les juges majoritaires.

[109] En outre, nous signalons qu'aux termes du par. 242(3), l'arbitre « décide » si le congédiement était injuste. Si l'interprétation des juges majoritaires était la seule qui soit raisonnable (c'est-à-dire si c'était l'interprétation correcte), cela signifierait que, dans le cas où l'employeur congédie un employé

cause but with appropriate notice and severance pay, there would be nothing for the adjudicator to consider. The adjudicator would be obliged, not *to consider*, but *to automatically conclude* that the dismissal was unjust, a result which clearly deviates from the ordinary meaning of the word Parliament chose.

[110] The majority says that there is a “consensus interpretation” of the unjust dismissal provisions that supports its interpretation (para. 58). It finds support for such a consensus in “over 1,740 adjudications and decisions [rendered] since the Unjust Dismissal scheme was enacted” (para. 60). In contrast, it identifies a mere “28 decisions that are said to have followed the Wakeling approach” (para. 60). However, this comparison is simply not accurate. The 1,740 decisions to which the majority refers include every decision rendered under ss. 240 to 245 of the *Code*.¹² The vast majority of these decisions have nothing to do with the “consensus interpretation” that the majority identifies, as they deal with issues as diverse as whether the employer is subject to the *Code*; the extent of the adjudicator’s jurisdiction; whether a dismissal occurred; whether a limitation period had expired; whether just cause was alleged; procedural issues; the meaning of “lack of work or the discontinuance of a function”; and, in a small minority of cases, whether an employer may dismiss an employee without cause, but with payment of the appropriate notice and severance pay.¹³

sans motif moyennant le préavis acceptable et l’indemnité de départ, il n’y aurait rien à décider pour l’arbitre. Il serait obligé, non pas de *décider*, mais de *conclure automatiquement* que le congédiement était injuste; une telle interprétation s’écarte clairement du sens ordinaire des mots employés par le législateur.

[110] Selon les juges majoritaires, il existe une interprétation faisant « consensus » (par. 58) des dispositions sur le congédiement injuste qui étaye leur interprétation. Ils prétendent que ce consensus provient de « plus de 1740 sentences arbitrales et décisions rendues depuis l’adoption du régime de congédiement injuste » (par. 60). Ils comparent ce nombre à celui, bien inférieur, des « 28 décisions qui ont suivi la démarche préconisée par M. Wakeling » (par. 60). Or, cette comparaison n’est tout simplement pas exacte. Cette jurisprudence représente l’ensemble des décisions rendues au sujet des art. 240 à 245 du *C.c.T.*¹² La grande majorité d’entre elles n’ont aucun rapport avec cette interprétation faisant « consensus » que les juges majoritaires invoquent, car elles portent sur des questions aussi variées que celle de savoir si un employeur est assujéti au *C.c.T.*, s’il y a eu congédiement, si la demande est prescrite, si l’employeur a donné une juste cause de congédiement ainsi que sur la portée du pouvoir accordé à l’arbitre, des questions de procédure, la signification de l’expression « en raison du manque de travail ou de la suppression d’un poste » et, dans un petit nombre d’affaires, la question de savoir si l’employeur peut congédier un employé sans motif moyennant le préavis acceptable et le versement de l’indemnité de départ¹³.

¹² The source the majority relies on for this number states that “[g]iven that ss. 240 to 246 of the *Code* have been in existence for over 35 years, and have been subject to over 1,740 adjudications and decisions before *Wilson*, it is hard to believe that such new and novel law can be created from an old statute”: R. Ruslim, “Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code*: New Law, Old Statute” (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (online), at p. 28 (footnote omitted).

¹³ For a summary of the wide array of issues that are dealt with in the decisions rendered by adjudicators under ss. 240 to 245 of the *Code*, see Levitt, at pp. 2-1 to 2-172.

¹² Le passage d’où proviennent ces données est ainsi rédigé [TRADUCTION] : Vu que les art. 240 à 246 du *C.c.t.* existent depuis plus de 35 ans et ont été examinés dans plus de 1740 sentences et décisions avant l’affaire *Wilson*, il est difficile de croire qu’une vieille loi ait pu donner naissance à un tout nouveau droit » (voir R. Ruslim, « Unjust Dismissal Under the *Canada Labour Code* : New Law, Old Statute » (2014), 5:2 *U.W.O. J. Leg. Stud.* 3 (en ligne), p. 28 (note en bas de page omise)).

¹³ Pour un résumé de la variété de sujets dont traitent les sentences arbitrales rendues à propos des art. 240 à 245 du *C.c.t.*, voir Levitt, p. 2-1 à 2-172.

[111] In any event, we fail to see why the mere quantity of adjudicator decisions supporting one position or the other is of any relevance whatsoever to the merits of the statutory interpretation issue in this appeal. As this Court has previously held, it is “improper for one to engage in a preliminary tallying of the number of decisions supporting competing interpretations and then apply that which receives the ‘higher score’”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 30.

B. *The Proper Interpretation*

[112] The fundamental flaw with the majority’s interpretation of the subject provisions is that it reads them in isolation. The unjust dismissal provisions of the *Code* must be read in their broader context in order to determine their meaning as part of a complete and coherent legal regime: *Rizzo Shoes*, at para. 21. There are two elements of the broader context that are relevant: the continuing concurrent jurisdiction of the civil courts, and Part III of the *Code* as a whole.

C. *Concurrent Jurisdiction of the Civil Courts*

[113] Sections 240 to 245 of the *Code* create a mechanism for employees to challenge the lawfulness of their dismissal. This mechanism exists alongside the concurrent jurisdiction of the courts to award a civil remedy for wrongful dismissal, though subject to the doctrine of issue estoppel: s. 246(1); *Pereira v. Bank of Nova Scotia* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267 (Ont. S.C.J.); Levitt, at p. 2-1. An employee is therefore always entitled to challenge the lawfulness of a dismissal in the civil courts, irrespective of whether the employee first chooses to resort to the unjust dismissal procedure in the *Code*: s. 246(1); *Wyllie v. Larche Communications Inc.*, 2015 ONSC 4747, at para. 76 (CanLII).

[114] We note that, while the *Code* imposes a 90-day limitation period for complaints about unjust

[111] Quoi qu’il en soit, nous voyons mal comment le nombre de sentences arbitrales étayant l’une ou l’autre position serait d’une quelconque pertinence à l’égard de la question d’interprétation législative qui se pose en l’espèce. Comme la Cour le dit, il serait « inapproprié de faire le décompte des décisions appuyant les diverses interprétations divergentes et d’appliquer celle qui recueille le “plus haut total” » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 30).

B. *La bonne interprétation*

[112] La faille fondamentale dans l’interprétation par les juges majoritaires des dispositions en question, c’est qu’ils les considèrent isolément. Il faut interpréter les dispositions relatives au congédiement injuste du *C.c.t.* dans leur contexte global, afin d’en dégager le sens dans le cadre d’un régime juridique complet et cohérent (*Rizzo Shoes*, par. 21). Deux aspects du contexte global sont pertinents : la compétence concurrente des tribunaux civils et administratifs et la partie III du *C.c.t.* dans son ensemble.

C. *Compétence concurrente des tribunaux civils et administratifs*

[113] Les articles 240 à 245 du *C.c.t.* créent un mécanisme permettant à l’employé de contester la légalité de son congédiement. Ce mécanisme existe en parallèle avec la compétence des tribunaux civils d’accorder une réparation en cas de congédiement illégal, sous réserve de l’application de la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée (par. 246(1); *Pereira c. Bank of Nova Scotia* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267 (C.S.J. Ont.); Levitt, p. 2-1). Il est donc toujours loisible à un employé de contester devant les tribunaux civils la légalité d’un congédiement, même s’il s’est prévalu auparavant de la procédure relative au congédiement injuste prévue dans le *C.c.t.* (par. 246(1); *Wyllie c. Larche Communications Inc.*, 2015 ONSC 4747, par. 76 (CanLII)).

[114] Même si le *C.c.t.* fixe un délai de 90 jours pour le dépôt d’une plainte de congédiement injuste

dismissal to be filed (s. 240(2)), the right of an employee to sue for wrongful dismissal in the civil courts is subject to the ordinary limitation period that exists in each province (usually between two to six years): *Ng v. Bank of Montreal*, 2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86, at paras. 17-18; *Canadian National Railway Co. v. Benson*, 2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218, at para. 51; *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, s. 6(1); *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 3(1); *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, s. 5; *The Limitation of Actions Act*, C.C.S.M., c. L150, s. 2(1); *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, s. 4; *Civil Code of Québec*, art. 2925; *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5(1); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 258, s. 2(1); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 2(1); *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1, s. 9; *Limitation of Actions Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-8, s. 2(1); *Limitation of Actions Act*, R.S.Y. 2002, c. 139, s. 2(1); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.W.T. (Nu.) 1988, c. L-8, s. 2(1).

[115] To be clear, however, it is only adjudicators — appointed at the discretion of the Minister — that can apply ss. 240 to 245 of the *Code*, because a complaint about an unjust dismissal can be made only to an inspector and decided by an adjudicator: ss. 240(1) and 242(1). But a complaint about an unjust dismissal is a complaint about the lawfulness of a dismissal. And courts possess equal jurisdiction to determine the lawfulness of a dismissal of a federal employee. Adjudicators cannot claim sole authority over this question. An employee therefore has two options to challenge the lawfulness of a dismissal: by utilizing the unjust dismissal procedure in the *Code*, or by bringing an action for wrongful dismissal in the civil courts.

[116] Courts and adjudicators possess concurrent jurisdiction over the basic question of the lawfulness of a dismissal. The lawfulness of a dismissal is defined by reference to the legal basis of the employment relationship: in a “just cause” regime, all dismissals without just cause are unlawful dismissals. In a “without cause” regime, dismissals without just cause are unlawful dismissals unless they are

(par. 240(2)), le droit d’un employé d’intenter un recours devant les tribunaux civils pour congédiement illégal est quant à lui assujéti au délai de prescription provincial (habituellement entre deux et six ans) (*Ng c. Bank of Montreal*, 2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86, par. 17-18; *Canadian National Railway Co. c. Benson*, 2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218, par. 51; *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, par. 6(1); *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, par. 3(1); *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5; *Loi sur la prescription*, C.P.L.M., c. L150, par. 2(1); *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4; *Code civil du Québec*, art. 2925; *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, par. 5(1); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 258, par. 2(1); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, par. 2(1); *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1, art. 9; *Loi sur les prescriptions*, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-8, par. 2(1); *Loi sur la prescription*, L.R.Y. 2002, c. 139, par. 2(1); *Loi sur les prescriptions*, L.R.T.N.-O. (Nun.) 1988, c. L-8, par. 2(1)).

[115] Toutefois, nous tenons à préciser que ce ne sont que les arbitres — désignés par le ministre en vertu de son pouvoir discrétionnaire — qui peuvent appliquer les art. 240 à 245 du *C.c.t.*, puisqu’une plainte de congédiement injuste est déposée auprès d’un inspecteur et tranchée par un arbitre (par. 240(1) et 242(1)). Il n’en demeure pas moins qu’il s’agit d’une plainte relative à la légalité du congédiement. Les tribunaux civils sont également compétents pour se prononcer sur la légalité du congédiement d’un employé fédéral. Les arbitres n’ont pas l’exclusivité à cet égard. L’employé a donc deux options : se prévaloir de la procédure relative au congédiement injuste du *C.c.t.* ou intenter une action pour congédiement illégal devant les tribunaux civils.

[116] Les tribunaux et les arbitres ont une compétence concurrente à l’égard de la question fondamentale de la légalité d’un congédiement. La légalité d’un congédiement dépend du fondement juridique de la relation d’emploi : dans un régime de congédiement justifié, tous les congédiements sans juste cause sont illégaux. En revanche, dans un régime de congédiement sans motif, le congédiement sans juste

accompanied by appropriate notice and severance pay. It is impossible to determine the lawfulness of a dismissal without first knowing the legal basis of the employment relationship. Since adjudicators and courts possess concurrent jurisdiction to determine the lawfulness of a dismissal, it follows that both must do so with reference to the same legal basis for the employment relationship.

[117] We therefore disagree with the majority that the addition of the unjust dismissal procedure to the *Code* altered the legal basis of the federally regulated employment relationship. Parliament has expressly preserved the continuing jurisdiction of the civil courts to decide the lawfulness of the dismissal, while denying these courts the ability to interpret and apply the unjust dismissal provisions of the *Code*. The legal basis of the employment relationship must be the same for adjudicators and for courts tasked with determining the same question at first instance. Parliament therefore could not have intended to alter the legal basis of the employment relationship simply by adding the unjust dismissal procedure to the *Code*.

D. Sections 230 and 235

[118] Our interpretation is supported by the wording of ss. 230 and 235 of the *Code*. Because ss. 230 and 235 of the *Code* do not apply to dismissals for just cause (ss. 230(1) and 235(1)), they must necessarily apply to dismissals without cause. Otherwise they would be substantially redundant. By prescribing minimum notice periods and severance pay that are owed to employees who are terminated (including dismissed) without cause, Parliament clearly intended to permit federally regulated employers to dismiss non-unionized employees without cause.

[119] The majority disagrees, saying that ss. 230 and 235 of the *Code* “apply to managers, those who are laid off due to lack of work or discontinuance of a function, and, in the case of s. 230(1), employees who have worked for the employer for more than 3 consecutive months but less than 12 months”

cause est légal s’il est assorti d’un préavis et d’une indemnité de départ adéquats. Il est impossible de se prononcer sur la légalité d’un congédiement sans avoir au préalable déterminé le fondement juridique du lien d’emploi. Étant donné que les tribunaux civils et les arbitres ont compétence concurrente pour décider de la légalité d’un congédiement, ils doivent donc aborder l’analyse à partir du même fondement juridique du lien d’emploi.

[117] Par conséquent, nous ne partageons pas l’opinion des juges majoritaires selon laquelle l’ajout de la procédure relative au congédiement injuste au *C.c.t.* a eu pour effet de modifier le fondement juridique du lien d’emploi fédéral. Le législateur a expressément préservé la compétence des tribunaux civils à l’égard de la légalité des congédiements, tout en leur niant la possibilité d’interpréter et d’appliquer les dispositions du *C.c.t.* portant sur le congédiement injuste. Le fondement juridique du lien d’emploi ne saurait changer selon que c’est un arbitre ou un juge qui se prononce sur la question en première instance. Le législateur ne peut donc avoir eu l’intention de modifier le fondement juridique du lien d’emploi simplement en ajoutant la procédure relative au congédiement injuste au *C.c.t.*

D. Articles 230 et 235

[118] Notre interprétation trouve appui dans le libellé des art. 230 et 235 du *C.c.t.* Puisque ces dispositions ne s’appliquent pas aux congédiements justifiés (par. 230(1) et 235(1)), elles doivent nécessairement s’appliquer aux congédiements non motivés. Autrement, elles seraient inutiles. En prévoyant que les employés licenciés (ou congédiés) sans motif ont droit à un préavis et à une indemnité minimums, le législateur a clairement voulu permettre aux employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés non syndiqués sans motif.

[119] Les juges majoritaires ne sont pas de cet avis et affirment que les art. 230 et 235 du *C.c.t.* « s’appliquent aux directeurs, à ceux qui sont mis à pied en raison d’un manque de travail ou d’une suppression de poste et, dans le cas du par. 230(1), aux employés ayant travaillé pour l’employeur

(para. 47). But this cannot be true, as it would mean that all other non-unionized federal employees who are dismissed but who choose not to challenge the lawfulness of their dismissal are entitled to nothing from their employer as a matter of law. Further, if these provisions did not apply to federal employees who choose to challenge the lawfulness of their dismissal in the civil courts, then such employees would not be entitled to *any* notice or severance pay unless such notice or severance pay is owed under the common law: *Code*, s. 168.

[120] In our view, ss. 230 and 235 provide minimum notice and severance pay requirements to *all* employees covered by Part III of the *Code* irrespective of whether, when, or how they decide to challenge the lawfulness of a dismissal. To conclude otherwise would severely weaken the statutory protections that Parliament intended to provide to all non-unionized workers.

[121] Therefore, as a baseline, Part III of the *Code* permits federally regulated employers to dismiss their employees without cause. To conclude otherwise would ignore the text of ss. 230 and 235 of the *Code*. The question, then, is whether the addition of the unjust dismissal provisions in ss. 240 to 245 fundamentally altered the nature of the employment relationship established by the *Code*.

Legislative History

[122] When Parliament enacted ss. 240 to 245 in 1978 (S.C. 1977-78, c. 27, s. 21), it was supplementing the pre-existing provisions of Part III of the *Code*. Sections 230 and 235 — enacted in 1971 (R.S.C. 1970, c. 17 (2nd Supp.), s. 16) — used the language of dismissal for “just cause”, stating that they do not apply “where the termination is by way of dismissal for just cause”. Parliament therefore “thought fit to use this test on some occasions”: *Knopp*, at para. 68. Its conscious decision, however, *not* to use the language of “just cause” when enacting ss. 240 to 245 in 1978 lends support to the conclusion that

pour plus de 3 mois consécutifs, mais moins de 12 mois » (par. 47). Toutefois, cette interprétation ne saurait tenir, car, suivant celle-ci, tous les autres employés fédéraux non syndiqués qui sont congédiés, mais choisissent de ne pas contester la légalité de leur congédiement, n’auraient droit à rien de la part de l’employeur. En outre, si ces dispositions ne s’appliquaient pas aux employés fédéraux qui font appel aux tribunaux civils pour contester la légalité de leur congédiement, ceux-ci n’auraient droit à *aucun* préavis ou indemnité de départ à moins que la common law en prévoie (*C.c.t.*, art. 168).

[120] À notre sens, les art. 230 et 235 prévoient un préavis et une indemnité de départ minimums à l’intention de *tous* les employés tombant sous le coup de la partie III du *C.c.t.*, que ces derniers contestent ou non la légalité de leur congédiement et sans égard à la voie de recours et au moment qu’ils choisissent pour ce faire. Toute autre conclusion minerait les dispositions que le législateur entendait voir s’appliquer à tous les employés non syndiqués.

[121] Par conséquent, il faut partir du principe que la partie III du *C.c.t.* permet aux employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés sans motif. Toute autre conclusion ferait fi du texte des art. 230 et 235 du *C.c.t.* La question qui se pose est donc de savoir si l’ajout des dispositions relatives au congédiement injuste aux art. 240 à 245 a fondamentalement modifié le lien d’emploi établi par le *C.c.t.*

Historique législatif

[122] En 1978, le législateur a édicté les art. 240 à 245 (S.C. 1977-78, c. 27, art. 21). Il suppléait ainsi aux autres dispositions de la partie III du *C.c.t.* Les articles 230 et 235, qui dataient de 1971 (S.R.C. 1970, c. 17 (2^e suppl.), art. 16), étaient ainsi libellés à l’origine : « . . . sauf si l’emploi prend fin par voie de congédiement pour une juste cause ». Lors de la réforme législative de 1985, l’expression a été remplacée par celle-ci : « . . . sauf s’il s’agit d’un congédiement justifié ». Le législateur a [TRADUCTION] « jugé bon de recourir à ce critère du congédiement justifié à quelques reprises » (*Knopp*,

Parliament did not intend to use these amendments to enact a “just cause” regime for non-unionized federal employees: *ibid.*

[123] The majority nevertheless relies on a statement made by the Minister of Labour to the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration in 1978 to establish that Parliament’s amendments to the *Code* intended to “expand the dismissal rights of non-unionized federal employees in a way that, if not identically, then certainly analogously matched those held by unionized employees” (para. 44). However, as the majority notes, the Minister also stated:

It is our hope that Parts III and IV will give at least to the unorganized workers some of the minimum standards which have been won by the organized workers and which are now embodied in their collective agreements. We are not alleging for one moment that they match the standards set out in collective agreements, but we provide here a minimum standard. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., December 13, 1977, at p. 1831)

[124] This portion of the Hansard record weakens the majority’s conclusion that Parliament intended to expand the rights of non-unionized employees in a manner that identically matched those held by unionized employees, since the Minister expressly disclaimed any intent to do so in his statements to the House of Commons. Further, in a promotional article disseminated to federal employees at the time of the amendments, the Minister affirmed that the unjust dismissal provisions “will give the unorganized worker a procedure for appealing against a dismissal he believes to be unjust”. He also stated that they intended to confine this right of appeal to “dismissals imposed as a disciplinary measure” in order to “discourage employers from firing people unfairly and arbitrarily”: the Hon. J. Munro, “A better deal

par. 68). Toutefois, sa décision éclairée de *ne pas* utiliser les mots « congédiement justifié » aux art. 240 à 245 en 1978 étaye la conclusion selon laquelle il n’entendait pas mettre sur pied un régime de congédiement justifié à l’intention des employés fédéraux non syndiqués (*ibid.*).

[123] Les juges majoritaires s’appuient néanmoins sur une déclaration faite en 1978 par le ministre du Travail à l’intention du Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration pour appuyer leur prétention selon laquelle les modifications apportées au *C.c.t.* avaient pour objet de « donner aux employés fédéraux non syndiqués des droits en cas de congédiement qui, s’ils ne sont pas identiques à ceux des employés syndiqués, y sont certainement analogues » (par. 44). Toutefois, comme le font remarquer les juges majoritaires, le ministre a également ajouté :

Nous espérons que les parties III et IV du bill donneront à ces travailleurs non syndiqués au moins une partie des normes minimales que les travailleurs syndiqués ont obtenues et qui font maintenant partie de toutes les conventions collectives. Nous ne voulons pas prétendre que les normes établies par le bill seront exactement celles que prévoient les conventions collectives. Nous voulons cependant établir des normes minimales. [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 30^e lég., 13 décembre 1977, p. 1832)

[124] Ce passage des débats reproduits dans le Hansard affaiblit la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le législateur souhaitait que les non-syndiqués bénéficient de droits identiques à ceux des syndiqués puisque le ministre a expressément nié toute intention de cette nature dans son discours à la Chambre des communes. De plus, dans un article promotionnel distribué aux employés fédéraux à l’époque des modifications, le ministre affirme que les dispositions relatives au congédiement injuste « donner[ont] au travailleur non syndiqué un moyen d’en appeler contre un congédiement qu’il estime injuste ». Il a aussi déclaré qu’elles visaient à limiter le droit d’appel aux « congédiements imposés comme mesure disciplinaire » en vue de « décourager les employeurs de congédier des gens

for Canada’s unorganized workers” (1977), 77 *The Labour Gazette* 347, at p. 349 (emphasis added). This is therefore a frail basis for concluding that Parliament intended to alter the common law employment relationship by prohibiting all dismissals without cause.

E. *Discretion of the Minister*

[125] There is another reason to doubt our colleagues’ view that Parliament intended to confer new, substantive rights on federally regulated employees that are equivalent to the rights conferred on unionized employees by a collective agreement. Pursuant to s. 242(1), the Minister, on receipt of a report of an inspector, “may” appoint an adjudicator to hear a complaint of unjust dismissal. The Minister is not bound to do so. Indeed, as Geoffrey England has documented, in the first two years after these provisions were enacted, “Ministerial consent to adjudication was denied in 19% of all cases in which it was requested”: “Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years” (1982), 12 *Man. L.J.* 9, at p. 11. We know of no similar substantive rights under collective agreements that rely on such ministerial discretion.

[126] If ss. 240 to 245 do indeed confer on employees a right to be free from dismissal without cause by shifting the federal regime to a “just cause” regime, this substantive right to job security would depend on the discretion of the Minister. If the Minister chooses not to appoint an adjudicator, the employee will have no recourse to enforce his or her right not to be dismissed without just cause — the only option would be a common law action for wrongful dismissal in the civil courts. It would, in effect, be up to the Minister to decide in any case whether the employer was entitled to dismiss an employee without cause. The legal basis of the federally regulated employment relationship cannot depend on ministerial discretion. We therefore do

injustement et arbitrairement » (l’hon. J. Munro, « Les 14 points Munro : l’amélioration de la situation des travailleurs non syndiqués » (1977), 77 *La gazette du travail* 418, p. 420-421 (nous soulignons)). C’est une assise bien fragile ne permettant pas de conclure que le législateur souhaitait modifier la relation d’emploi fondée sur la common law en interdisant tous les congédiements non motivés.

E. *Pouvoir discrétionnaire du ministre*

[125] Une autre raison nous incite à remettre en question l’opinion de nos collègues selon laquelle le législateur a voulu conférer de nouveaux droits substantiels aux employés régis par la législation fédérale équivalents à ceux que les conventions collectives prévoient à l’intention des syndiqués. Aux termes du par. 242(1), sur réception du rapport d’un enquêteur, le ministre « peut » désigner un arbitre qui entendra la plainte de congédiement injuste. Le ministre n’est pas obligé de le faire. D’ailleurs, comme l’a relevé Geoffrey England, au cours des deux premières années qui ont suivi l’adoption des dispositions en question [TRADUCTION] « le ministre a refusé l’arbitrage dans 19 % des cas où il avait été demandé » (« Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction : The First Three Years » (1982), 12 *Man. L.J.* 9, p. 11). À notre connaissance, aucun droit substantiel de cette nature issu d’une convention collective n’est tributaire de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre.

[126] Si les art. 240 à 245 conféraient effectivement aux employés le droit à la protection contre les congédiements non motivés en instaurant un régime fédéral de congédiement justifié, ce droit substantiel à la sécurité d’emploi dépendrait de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre. Si le ministre choisit de ne pas désigner d’arbitre, l’employé ne dispose d’aucun recours pour faire valoir son droit de n’être congédié que pour une juste cause — la seule option consisterait alors à intenter devant les tribunaux civils une action pour congédiement illégal fondée sur la common law. Il reviendrait en fait au ministre de décider dans tous les cas si l’employeur pouvait congédier son employé sans motif. Le fondement juridique du

not agree that the addition of ss. 240 to 245 to the *Code* created a “just cause” regime.

F. *The Common Law Continues to Apply*

[127] As discussed above, the common law employment relationship is an individual contractual relationship. No “wrong in law is done by the termination [of the contract] itself”: *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, at p. 1096, per McIntyre J. Rather, the common law implies a term in every contract of employment that both the employer and employee have the right to terminate it upon reasonable notice, absent just cause for termination without notice: *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 998. This implied term is constrained by employment standards legislation across Canada, as most provinces have enacted minimum amounts of notice or pay in lieu of notice that must be provided when terminating an employment contract.

[128] It is a well-established rule of statutory interpretation that “[w]hen there is overlap between legislation and the common law, both are presumed to apply”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §17.24. Statutes must therefore be construed as being consistent with the common law unless the legislature clearly and unambiguously expresses otherwise: *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157.

[129] Section 168 of the *Code* expressly preserves the continued application of the common

lien d’emploi dans le cas des employés régis par la législation fédérale ne saurait dépendre du pouvoir discrétionnaire du ministre. Nous ne pouvons par conséquent souscrire à l’idée que l’ajout des art. 240 à 245 dans le *C.c.t.* a eu pour effet d’instaurer un régime de congédiement justifié.

F. *La common law continue de s’appliquer*

[127] Comme nous l’avons dit, le lien d’emploi en common law constitue une relation contractuelle individuelle. La « résiliation même du contrat ne constitue pas un acte fautif en droit » (*Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, p. 1096, le juge McIntyre). Au contraire, en common law, chaque contrat de travail contient une condition implicite selon laquelle l’employeur et l’employé ont le droit de résilier le contrat sur préavis raisonnable, sauf s’il existe une juste cause de congédiement sans préavis (*Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 998). L’application d’une telle condition implicite est restreinte par les diverses lois sur les normes du travail en vigueur au Canada. En effet, la plupart des provinces ont précisé par voie législative le préavis minimum et l’indemnité en tenant lieu applicables à la résiliation d’un contrat d’emploi.

[128] Il existe une règle bien établie d’interprétation législative selon laquelle [TRADUCTION] « [e]n cas de chevauchement entre la loi et la common law, les deux sont réputées s’appliquer » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §17.24). Par conséquent, les lois doivent recevoir une interprétation compatible avec les règles de common law à moins que le législateur ait clairement et sans équivoque exprimé l’intention contraire (*Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077; *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157).

[129] L’article 168 du *C.c.t.* préserve expressément l’application continue de la common law aux

law to the federally regulated employment relationship. There is therefore an overlap between the legislation and the common law here. Absent clearly and unambiguously expressed legislative intent to change the common law by adding the unjust dismissal provisions in ss. 240 to 245, we must interpret the *Code* consistently with the common law, particularly since Parliament expressly preserved the common law by enacting s. 168. The majority has pointed to no such clear and unambiguous statutory language. We must therefore interpret the *Code* consistently with the common law, meaning that the contractual basis of individual employment continues to apply, and that federal employers are not categorically prohibited from dismissing non-unionized federal employees without cause. More particularly, we must understand Parliament, in adding ss. 240 to 245 as well as s. 246, as having preserved the concurrent jurisdiction of the courts over the question of the lawfulness of the dismissal, and not as having fundamentally altered the nature of the employment relationship. Parliament simply created another procedural mechanism through which employees could challenge the lawfulness of their dismissal, in which the additional remedy of reinstatement is available.

[130] We also note that s. 168 states that Part III of the *Code* shall not “be construed as affecting any rights or benefits of an employee under any law, custom, contract or arrangement” that are more beneficial to the employee than the rights granted to the employee by Part III of the *Code*. This part of the provision would be meaningless had Parliament not intended to preserve the continued application of the common law.

[131] We also respectfully observe that the majority’s understanding of the continuing role of the common law in the federal employment relationship is internally inconsistent. Implicit in the majority’s reasons is a belief that Parliament did not intend to oust the common law of wrongful dismissal when it enacted ss. 240 to 245: it states that Parliament’s intention was “to offer an alternative statutory

liens d’emploi régis par la législation fédérale. Il y a donc chevauchement de la législation et de la common law. En l’absence de termes clairs et non ambigus exprimant l’intention du législateur de modifier la common law par l’ajout des dispositions sur le congédiement injuste aux art. 240 à 245, il nous faut interpréter le *C.c.t.* de manière compatible avec la common law, tout particulièrement parce que le législateur a préservé expressément l’application de cette dernière en adoptant l’art. 168. Les juges majoritaires n’ont pointé aucune telle disposition claire et non ambiguë. Il nous faut donc interpréter le *C.c.t.* d’une manière compatible avec la common law, c’est-à-dire que le fondement contractuel du lien d’emploi individuel continue de s’appliquer et qu’il n’est pas catégoriquement interdit aux employeurs fédéraux de congédier sans motif les employés fédéraux non syndiqués. Plus précisément, il faut comprendre que le législateur, en adoptant les art. 240 à 245 et l’art. 246, a préservé la compétence des tribunaux civils en matière de légalité du congédiement et n’a pas modifié de façon fondamentale la nature de la relation d’emploi. Le législateur a simplement créé un autre mécanisme procédural permettant aux employés de contester la légalité de leur congédiement et prévoyant en outre la réintégration comme mesure de réparation.

[130] Nous faisons également observer que l’art. 168 énonce que la partie III du *C.c.t.* « n’a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou avantages acquis par un employé » sous le régime d’autres « règles de droit, usages, contrats ou arrangements », dans la mesure où ceux-ci confèrent aux employés des droits ou avantages plus généreux que ceux que leur accorde la partie III du *C.c.t.* Ce passage de la disposition serait dénué de sens si le législateur n’avait pas eu l’intention de préserver l’application de la common law.

[131] Nous sommes d’avis que la conception qu’ont les juges majoritaires du rôle continu de la common law dans le lien d’emploi fédéral est intrinsèquement contradictoire. Il ressort implicitement de leurs motifs que le législateur n’avait pas l’intention d’écarter les règles de common law régissant le congédiement illégal en édictant les art. 240 à 245. En effet, selon eux, le législateur

scheme consisting of expansive protections much like those available to employees covered by a collective agreement” (para. 1), while claiming that this scheme has “completely replaced” the “foundational premise of the common law scheme [being] a right to dismiss on reasonable notice without cause or reasons” (para. 63). It also maintains that s. 246 entitles employees to “pursue their common law remedy of reasonable notice or pay in lieu” (para. 64). In other words, the continuing operation of the common law to define the basis of the federal employment relationship where a remedy is pursued under s. 242 of the *Code* is denied; yet, its operation, for the purpose of defining the basis of the federal employment relationship where civil remedies for dismissal are pursued, is accepted. The majority says, for the former purpose, that the common law has been entirely replaced by the statutory regime (para. 63), yet, for the latter purpose, it characterizes this statutory regime as a mere “alternative” (para. 41).

[132] With respect, the majority cannot, coherently, have it both ways. It cannot affirm the existence of a statutory “just cause” regime, which displaces the common law, while acknowledging the continued application of the common law rules regarding the termination of a contract of employment. The two legal propositions simply cannot coexist.

[133] As we have said, therefore, it is incumbent on the majority to point to a clear and unambiguously expressed legislative intention to oust the common law. In our respectful view, the majority cannot do so. Indeed, the majority states that it is *our* interpretation which “somersaults our understanding of the relationship between the common law and statutes” since we assume “the continuity of a more restrictive common law regime notwithstanding the legislative enactment of benefit-granting provisions to the contrary”: para. 67. But this reasoning is, with respect, circular. It assumes the question to be decided, being whether Parliament

avait l’intention « d’établir un régime légal alternatif offrant des protections généreuses très semblables à celles dont jouissent les employés protégés par une convention collective » (par. 1), mais ils affirment également que « la prémisse fondamentale du régime de common law, à savoir qu’il existe un droit de congédier un employé sans motif moyennant un préavis raisonnable » a été « remplacée complètement » par ce régime (par. 63). Ils prétendent également que l’art. 246 permet à l’employé de « revendiquer les réparations de common law que constituent le préavis raisonnable ou l’indemnité en guise et lieu » (par. 64). Autrement dit, suivant leur raisonnement, lorsqu’il s’agit de définir le fondement du lien d’emploi fédéral, la common law ne s’appliquerait plus dans les cas où l’employé cherche à obtenir une réparation visée à l’art. 242 du *C.c.t.*, mais continuerait de s’appliquer dans les cas où l’employé conteste son congédiement devant les tribunaux civils. Selon les juges majoritaires, dans le premier cas, la common law a été remplacée complètement par le régime légal (par. 63), tandis que dans le second, le régime légal constitue à leurs yeux une simple « alternative » (par. 41).

[132] Avec respect, on ne peut, de façon cohérente, affirmer une chose et son contraire. Les juges majoritaires ne peuvent prétendre à l’existence d’un régime légal de congédiement justifié qui écarte la common law, tout en reconnaissant l’application continue des règles de common law régissant la résiliation du contrat d’emploi. Les deux propositions juridiques ne sauraient tout simplement pas coexister.

[133] Comme nous le disions précédemment, il incombe aux juges majoritaires de démontrer l’intention claire et non ambiguë de la part du législateur d’écartier la common law. À notre humble avis, cela n’est pas possible. En fait, selon eux, c’est *notre* interprétation qui « bouleverse la conception du rapport entre la common law et les lois », car elle signifierait « qu’un régime de common law plus restrictif serait maintenu malgré l’adoption de dispositions légales contraires conférant des avantages » (par. 67). Avec respect, ce raisonnement est circulaire. Il tient pour acquis que la question est de savoir si le législateur a voulu écartier la common law

intended to oust the common law by enacting more “generous” provisions through statute. The simple fact that the statute confers benefits tells us nothing about whether the common law continues to apply. A legislature can create an alternate procedure for challenging the lawfulness of a dismissal without thereby implicitly ousting the common law basis for all employment relationships. Indeed, this Court recognized in *Dunsmuir* that an adjudicator’s decision was unreasonable precisely because it would have resulted in a “just cause” regime for non-unionized employees where the legislature had created a grievance mechanism for challenging dismissals but had not expressly indicated any intention to oust the common law: see para. 75.

Comparison With Other Regimes

[134] Our conclusion is further reinforced by contrasting the federal regime with provincial schemes that have created a regime where only dismissals for just cause are permitted. Where they have done so, they have done so expressly. In Nova Scotia, s. 71(1) of the *Labour Standards Code*, R.S.N.S. 1989, c. 246 (“LSC”), expressly prohibits employers from dismissing certain employees without just cause. It states:

71 (1) Where the period of employment of an employee with an employer is ten years or more, the employer shall not discharge or suspend that employee without just cause unless that employee is a person within the meaning of person as used in clause (d), (e), (f), (g), (h) or (i) of subsection (3) of Section 72.

(2) An employee who is discharged or suspended without just cause may make a complaint to the Director in accordance with Section 21.

(3) An employee who has made a complaint under subsection (2) and who is not satisfied with the result may make a complaint to the Board in accordance with Section 23 and such complaint shall be and shall be deemed to be a complaint within the meaning of subsection (1) of Section 23.

en adoptant par voie législative des mesures plus « généreuses ». Le simple fait que la loi confère des avantages ne permet pas de déterminer si la common law continue de s’appliquer. Le législateur peut créer une autre voie de droit pour la contestation de la légalité d’un congédiement sans pour autant écarter implicitement les règles de common law applicables aux liens d’emploi. En effet, c’est ce que la Cour a reconnu dans l’arrêt *Dunsmuir* en concluant au caractère déraisonnable de la décision de l’arbitre justement parce qu’elle aurait eu pour effet de créer à l’égard des employés non syndiqués un régime de congédiement justifié alors que le législateur avait instauré un mécanisme de grief pour la contestation des congédiements sans toutefois exprimer explicitement son intention d’écarter la common law (voir par. 75).

Comparaison avec d’autres régimes

[134] Notre conclusion est en outre étayée par une comparaison du régime fédéral avec ceux des provinces qui ont créé un régime de congédiement justifié. Et lorsqu’elles l’ont fait, ce fut expressément. En Nouvelle-Écosse, le par. 71(1) du *Labour Standards Code*, R.S.N.S. 1989, c. 246 (« LSC »), interdit expressément aux employeurs de congédier certains employés sans juste cause. Il est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

71 (1) Lorsqu’une personne est au service d’un employeur pendant dix ans ou plus, ce dernier ne peut la congédier ou la suspendre sans juste cause à moins qu’elle ne soit visée à l’alinéa d), e), f), g), h) ou i) du paragraphe (3) de l’article 72.

(2) La personne congédiée ou suspendue sans juste cause peut déposer une plainte auprès du directeur conformément à l’article 21.

(3) La personne qui a déposé une plainte en vertu du paragraphe (2) et est insatisfaite de l’examen qui en a été fait peut en déposer une autre auprès de la Commission conformément à l’article 23; la plainte est alors réputée être une plainte au sens du paragraphe (1) de l’article 23.

Section 72 of the Nova Scotia *LSC* permits employers to dismiss all other employees without cause upon provision of the appropriate notice or payment of the appropriate pay in lieu of notice. The Nova Scotia *LSC* does not preserve concurrent jurisdiction of the courts over the lawfulness of the dismissal of employees covered by ss. 71 and 72. Instead, the Director and Board have exclusive jurisdiction to determine the lawfulness of the dismissal and order a remedy: ss. 21, 23 and 78. Further, an employee always has the right to complain about the lawfulness of a dismissal to the Director and the Board. Therefore unlike the *Canada Labour Code*, the employee's right to have his or her claim investigated and adjudicated in Nova Scotia does not depend on the discretionary approval of the Minister: ss. 71(2) and 71(3).

[135] Similarly, in Quebec, employees who are employed for two years or more may only be dismissed for "good and sufficient cause": *An Act respecting labour standards*, CQLR, c. N-1.1, s. 124 ("ALS"). As in Nova Scotia, once a complaint is made about a dismissal and it is not settled, "the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail shall, without delay, refer the complaint to the Administrative Labour Tribunal": s. 126. An employee always has the right to have his or her claim settled or referred for adjudication in Quebec. This right does not depend on the discretion of the Minister.

[136] Both the Quebec and Nova Scotia legislatures clearly intended to establish "just cause" regimes in their respective provinces for certain employees by expressly prohibiting dismissals without cause. Despite the similarity in other provisions such as those regarding minimum notice (ss. 82 and 82.1(3) *ALS*; s. 72(1) *LSC*), and those preserving civil remedies (s. 82, para. 4 *ALS*; s. 6 *LSC*), the fact remains the *ALS* only allows dismissals for "good and sufficient cause" (s. 124), while the *LSC* provides that employers shall not discharge or suspend an employee "without just cause" (s. 71). Despite the majority's statement to the contrary (para. 65), the contrast between these two provincial schemes and

L'article 72 du *LSC* de la Nouvelle-Écosse permet aux employeurs de congédier tous les autres employés sans motif moyennant un préavis adéquat ou le versement d'une indemnité tenant lieu de préavis. Cette loi ne préserve pas la compétence des tribunaux civils quant à la légalité du congédiement des employés tombant sous le coup des art. 71 et 72. En fait, le directeur et la Commission ont compétence exclusive pour se prononcer sur la légalité du congédiement et pour ordonner une réparation s'il y a lieu (art. 21, 23 et 78). De plus, l'employé dispose toujours du droit de déposer une plainte auprès du directeur et de la Commission. Ainsi, contrairement à ce que prévoit le *C.c.t.*, en Nouvelle-Écosse, le droit de l'employé à l'examen de sa plainte et à une décision ne dépend pas du pouvoir discrétionnaire du ministre (par. 71(2) et 71(3)).

[135] De même, au Québec, les employés qui travaillent pour une entreprise depuis au moins deux ans ne peuvent être congédiés que pour une « cause juste et suffisante » (*Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art. 124 (« LNT »)). Tout comme en Nouvelle-Écosse, si une plainte est soumise à l'égard d'un congédiement, mais qu'aucun règlement n'intervient, « la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail [. . .] défère sans délai la plainte au Tribunal administratif du travail » (art. 126). Au Québec, l'employé a toujours le droit au règlement de sa plainte ou à une décision sur celle-ci. Ce droit ne dépend pas du pouvoir discrétionnaire du ministre.

[136] Tant la législature du Québec que celle de la Nouvelle-Écosse ont de toute évidence voulu établir, à l'égard de certains employés, des régimes de congédiement justifié en interdisant expressément les congédiements sans motif. Malgré les similitudes avec le régime fédéral en matière de préavis minimal (*LNT*, art. 82 et par. 82.1(3); *LSC*, par. 72(1)) et de recours civils possibles (*LNT*, art. 82, al. 4; *LSC*, art. 6), il demeure que la *LNT* ne permet que les congédiements pour une « cause juste et suffisante » (art. 124), tandis que le *LSC* dispose que l'employeur ne peut congédier ou suspendre un employé « sans juste cause » (art. 71). Malgré l'affirmation à l'effet contraire de la part

the provisions of the *Code* are such that they cannot be claimed to be “similar”. Had Parliament intended to prohibit without cause dismissals, it would have done so by using such clear and unambiguous language. This is all the more apparent since the *LSC* preceded the enactment of ss. 240 to 245 of the *Code*, and yet Parliament refrained from adopting such irresistibly clear language. The Nova Scotia and Quebec regimes therefore do not present a sufficient basis for concluding that all without cause dismissals are automatically unjust under the *Code*. The reason those two provincial schemes have, as our colleagues correctly observe, “been consistently applied as prohibiting dismissals without cause” (para. 65) is that, unlike the *Code*, they clearly *do* prohibit dismissals without cause.

[137] Indeed, we note that other provinces have created alternative, non-judicial mechanisms for challenging the lawfulness of a dismissal while maintaining the common law “without cause” regime. See, e.g., *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1) and 100.1; *Employment Standards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 113, ss. 74 to 86.2; *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2, ss. 61 to 76; *Employment Standards Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, s. 30; *Labour Standards Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-2, ss. 62 and 68 to 73.

[138] Further, almost all “without cause” jurisdictions make the remedy of reinstatement available where an employee is unlawfully dismissed, for example, where an employee is dismissed for unlawful or discriminatory reasons: *Employment Standards Act* (B.C.), s. 79; *Employment Standards Code*, R.S.A. 2000, c. E-9, ss. 82 and 89(1); *The Saskatchewan Employment Act*, S.S. 2013, c. S-15.1, ss. 2-97(1) and 3-36(1); *The Employment Standards Code*, C.C.S.M., c. E110, s. 96.1; *Employment Standards Act*, 2000, S.O. 2000, c. 41, s. 104; *Employment Standards Act* (N.B.), s. 65; *Labour Standards Act* (N.L.), s. 78.

des juges majoritaires (par. 65), ces deux régimes provinciaux et les dispositions du *C.c.t.* diffèrent à un point tel qu’on ne peut qualifier de « semblable » la protection accordée par chacun. Le législateur n’a pu vouloir interdire les congédiements non motivés, car il aurait dû, pour ce faire, utiliser des termes aussi clairs et non ambigus. Ceci ressort d’autant plus que le *LSC* a été adopté avant les art. 240 à 245 du *C.c.t.*; le législateur s’est pourtant abstenu d’opter pour des termes clairs et non ambigus. Les régimes en vigueur en Nouvelle-Écosse et au Québec ne permettent pas de conclure que tous les congédiements non motivés sont automatiquement injustes suivant le *C.c.t.* Si, comme le font remarquer à bon droit nos collègues, ces deux régimes « ont systématiquement donné lieu à l’interprétation selon laquelle ils interdisent le congédiement non motivé » (par. 65), c’est qu’ils interdisent *effectivement* le congédiement non motivé, et ce clairement, contrairement au *C.c.t.*

[137] En effet, nous signalons que d’autres provinces ont mis en place des mécanismes alternatifs de contestation de la légalité du congédiement tout en maintenant le régime de common law de congédiement sans motif. (Voir p. ex. *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-25, par. 97(2.1) et art. 100.1; *Employment Standards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 113, art. 74 à 86.2; *Loi sur les normes d’emploi*, L.N.-B. 1982, c. E-7.2, art. 61 à 76; *Employment Standards Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, art. 30; *Labour Standards Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-2, art. 62 et 68 à 73.)

[138] De plus, dans presque tous les ressorts où il peut y avoir congédiement non motivé, la possibilité de réintégrer l’employé congédié illégalement, par exemple pour des raisons illicites ou discriminatoires, existe (*Employment Standards Act* (C.-B.), art. 79; *Employment Standards Code*, R.S.A. 2000, c. E-9, art. 82 et par. 89(1); *The Saskatchewan Employment Act*, S.S. 2013, c. S-15.1, par. 2-97(1) et 3-36(1); *Code des normes d’emploi*, C.P.L.M., c. E110, art. 96.1; *Loi de 2000 sur les normes d’emploi*, L.O. 2000, c. 41, art. 104; *Loi sur les normes d’emploi* (N.-B.), art. 65; *Labour Standards Act* (T.-N.-L.), art. 78).

[139] There is no question that without cause dismissals continue to be permitted in all of these jurisdictions, even where a grievance or non-judicial mechanism for complaining about the lawfulness of a dismissal is available: see, e.g., *Dunsmuir*, at para. 75. The mere availability of a non-judicial procedural mechanism to challenge the lawfulness of a dismissal, coupled with the availability of reinstatement in certain circumstances, does not *ipso facto* transform a “without cause” regime into a “just cause” regime. In our view, the federal *Code* is more akin to these “without cause” jurisdictions than it is to the regimes in Nova Scotia and Quebec.

G. *Role of Remedies*

[140] The majority also says that an interpretation which permits federally regulated employers to dismiss their employees without cause would “have the effect of rendering many of the Unjust Dismissal remedies meaningless or redundant”: para. 68. But for two reasons, this is not so. First, the requirement to provide reasons where requested is simply an evidentiary tool for inspectors and adjudicators, not a wholesale change to the nature of the employment relationship. Second, the remedy of reinstatement is consistent with a “without cause” regime.

[141] Section 241 of the *Code* allows a dismissed employee or an inspector to request that the employer “provide a written statement giving the reasons for dismissal”. Section 241 also prescribes the conditions by which an inspector may endeavour to settle the complaint: see ss. 241(2) and 241(3). In our view, the purpose of s. 241 is to enable the employee and the inspector to know the nature of the case alleged by the employer: if the employer is asserting that the employee was dismissed for cause, the employer must make that factual assertion in the written statement providing reasons for dismissal. If the employer has dismissed the employee for lack of work or discontinuance of a function, this will be reflected in the written reasons for dismissal. And if the employer has simply dismissed the employee without cause, it must state this in the reasons for

[139] Il ne fait aucun doute que le congédiement non motivé demeure permis dans ces ressorts, et ce même lorsqu’il y existe un mécanisme de grief ou un autre recours alternatif de contestation de la légalité du congédiement (voir p. ex. *Dunsmuir*, par. 75). La simple existence de tels recours et la possibilité d’une réintégration dans certaines circonstances ne transforment pas automatiquement un régime de congédiement non motivé en un régime de congédiement justifié. Selon nous, le *C.c.t.* s’apparente davantage au premier régime qu’à ceux en vigueur en Nouvelle-Écosse et au Québec.

G. *Rôle des mesures de réparation*

[140] Les juges majoritaires affirment également qu’une interprétation autorisant les congédiements non motivés par les employeurs régis par la législation fédérale « aurait pour effet de rendre inutiles les réparations à l’encontre du congédiement injuste » (par. 68). Or, ce n’est pas le cas, et ce pour deux raisons. Premièrement, l’obligation pour l’employeur de faire connaître sur demande les motifs du congédiement permet simplement à l’enquêteur et à l’arbitre de recueillir des éléments de preuve; il ne s’agit pas d’une transformation complète de la nature du lien d’emploi. Deuxièmement, la réintégration dans l’emploi cadre bien avec un régime de congédiement non motivé.

[141] Aux termes de l’art. 241 du *C.c.t.*, l’employé congédié ou l’inspecteur peut « demander par écrit à l’employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement ». Cette disposition énonce également les conditions auxquelles l’inspecteur peut tenter de régler la plainte (voir par. 241(2) et 241(3)). À notre sens, la disposition a pour objet de permettre à l’employé et à l’inspecteur de demander à l’employeur d’exposer sa position : si ce dernier prétend qu’il s’agit d’un congédiement motivé, il doit l’affirmer par écrit dans sa déclaration relative aux motifs du congédiement. Si l’employé a été congédié en raison du manque de travail ou de la suppression d’un poste, la déclaration en fera état. Si l’employeur a congédié l’employé sans motif, il précisera ce fait dans la déclaration de sorte que l’inspecteur — ou au besoin l’arbitre — puisse

dismissal so that the inspector and, if necessary, the adjudicator can determine the adequacy of the notice and severance pay. The “reasons” requirement also serves the function of identifying dismissals that may be discriminatory or retaliatory, irrespective of whether the dismissal was for just cause or was without cause. It functions similarly to the discovery process in a civil claim. We do not see how interpreting ss. 240 to 245 of the *Code* as a “without cause” regime would affect the operation of this evidentiary provision.

[142] Further, affirming that the *Code* permits employers to dismiss employees without cause does not render meaningless the remedy of reinstatement. As we have noted, the remedy of reinstatement is available in almost every provincial employment law regime irrespective of whether that regime permits an employer to dismiss an employee without cause. For example, reinstatement is routinely ordered where “there has been breach of the statutory requirements or protections governing the employee’s employment, or where the termination is in breach of an applicable human rights code”: J. T. Casey, ed., *Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law* (loose-leaf), at p. 4-4 (footnotes omitted); see also *Lemieux Bélanger v. Commissaires d’Écoles pour la Municipalité de St-Gervais*, [1970] S.C.R. 948, at p. 952; *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199, at p. 210. Under the *Code*, adjudicators currently order reinstatement based on their expert assessment of whether the employer and employee will be able to continue working together in a healthy and productive employment relationship in the future. If the adjudicator has reason to believe that the employer will simply dismiss the employee again, he or she will not order reinstatement. In *Ridley v. Gitxaala Nation*, [2009] C.L.A.D. No. 267 (QL), at para. 3, for instance, it was held that reinstatement is not appropriate where it “is highly likely to result in a second dismissal within a short period of time”. There is no reason to suppose that this practice would change were this Court to affirm the continuing right of federally regulated employers to dismiss their employees without cause, as long as the appropriate notice and severance pay is provided.

décider si le préavis et l’indemnité de départ sont suffisants. L’obligation de faire connaître les motifs permet également de déceler les congédiements discriminatoires ou qui constitueraient des représailles, qu’ils soient justifiés ou non motivés. Cette procédure est semblable au processus de communication préalable dans une action civile. Nous voyons mal comment une interprétation selon laquelle les art. 240 à 245 du *C.c.t.* créent un régime de congédiement non motivé puisse nuire à l’application de cette disposition relative à la preuve.

[142] En outre, affirmer que le *C.c.t.* permet aux employeurs de congédier des employés sans motif ne rend pas inutile la réparation possible de la réintégration dans l’emploi. Comme nous l’avons souligné, cette réparation existe dans presque toutes les provinces, peu importe que le régime y permette ou non le congédiement non motivé. Par exemple, la réintégration dans l’emploi est couramment ordonnée dans les cas où [TRADUCTION] « les prescriptions légales ou les protections en matière d’emploi ne sont pas respectées ou le licenciement enfreint un code des droits de la personne applicable » (J. T. Casey, dir, *Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law* (feuilles mobiles), p. 4-4 (notes en bas de page omises); voir aussi *Lemieux Bélanger c. Commissaires d’Écoles pour la Municipalité de St-Gervais*, [1970] R.C.S. 948, p. 952; *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199, p. 210). Aussi, présentement, aux termes du *C.c.t.*, les arbitres ordonnent la réintégration si, à leur avis d’expert, l’employeur et l’employé sont en mesure de maintenir une relation d’emploi saine et productive. Si l’arbitre croit que l’employeur congédiera simplement à nouveau l’employé, il n’ordonnera pas la réintégration. Dans *Ridley c. Gitxaala Nation*, [2009] C.L.A.D. No. 267 (QL), par. 3, par exemple, l’arbitre a conclu que la réintégration ne convenait pas quand il [TRADUCTION] « est fort probable qu’elle soit suivie d’un deuxième congédiement dans un court laps de temps ». Aucune raison ne permet de croire que cette pratique changerait si la Cour confirmait le droit des employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés sans motif moyennant le préavis et l’indemnité de départ adéquats.

[143] The adjudicator retains significant remedial powers where a federally regulated employer dismisses an employee without cause. This is because the employer must still provide appropriate notice and severance pay. If the employee chooses to complain about that dismissal before an adjudicator, and the adjudicator has jurisdiction to consider the complaint, the adjudicator has the power to determine whether the amount of notice and severance pay reflects “the wages that the employer ought to have paid the employee either over the course of the period of reasonable notice or as pay in lieu of notice”: *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 66. The adjudicator may do so by comparing the amount the employee would be entitled to under common law against the statutory minimum prescribed in ss. 230 and 235, and awarding the greater sum to the employee. The adjudicator’s power to do so is found in s. 168, which preserves the application of the common law where it provides benefits in excess of what is prescribed in the *Code*.

[144] Further, if the adjudicator finds something unjust in the *manner* of dismissal, the adjudicator has the power to award whatever remedy that he or she deems appropriate, whether this is compensatory damages, punitive damages, or in appropriate cases, reinstatement. Adjudicators routinely award damages for mental distress or punitive damages where the employer’s conduct in dismissing an employee is egregious or in bad faith: see, e.g., *Poulter v. Gull Bay First Nation*, 2011 CarswellNat 3466 (WL Can.) (\$10,000 for bullying, demeaning, and harassing conduct that led to a constructive dismissal); *Morrisseau v. Tootinaowaziibeeng First Nation* (2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134 (three extra months of salary and benefits payable due to the employer’s callous behaviour in dismissing the employee); *Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re*, 2006 CarswellNat 6950 (WL Can.) (four months’ salary ordered as punitive damages for the employer’s conduct in dismissing the employee without cause or notice). These remedies are available in the civil courts and they are routinely awarded as remedies for wrongful dismissals. They are equally available to employees who challenge

[143] L’arbitre dispose de pouvoirs considérables pour ordonner des mesures de réparation dans le cas où un employeur régi par la législation fédérale congédie un employé sans motif. En effet, l’employeur est tenu de donner un préavis adéquat et une indemnité de départ. Si l’employé dépose une plainte auprès d’un arbitre ayant compétence pour l’entendre, ce dernier décide si le préavis et le montant de l’indemnité « représentent, en réalité, le traitement que l’employeur aurait dû verser à l’employé soit au cours de la période de préavis raisonnable soit comme salaire tenant lieu de préavis » (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 66). L’arbitre peut faire ceci en comparant la somme à laquelle l’employé aurait droit en vertu des règles de common law avec le minimum prescrit par la loi aux art. 230 et 235 et en accordant la somme la plus élevée à l’employé. Ce pouvoir est conféré à l’arbitre par l’art. 168, qui préserve l’application des règles de common law lorsqu’elles accordent à l’employé des avantages plus favorables que ceux que prévoit le *C.c.t.*

[144] De plus, si l’arbitre conclut à un congédiement injuste en raison de la *façon* dont il s’est produit, il peut accorder la réparation qu’il juge indiquée, qu’il s’agisse de dommages-intérêts compensatoires, de dommages-intérêts punitifs ou, dans les cas qui s’y prêtent, la réintégration. Les arbitres accordent fréquemment des dommages-intérêts pour préjudice moral ou des dommages punitifs lorsque les employeurs se sont comportés de façon inacceptable ou ont fait preuve de mauvaise foi (voir p. ex. *Poulter c. Gull Bay First Nation*, 2011 CarswellNat 3466 (WL Can.) (10 000 \$ ont été accordés à un employé pour congédiement déguisé, par suite d’actes d’intimidation, d’humiliation et de harcèlement); *Morrisseau c. Tootinaowaziibeeng First Nation* (2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134 (une somme additionnelle équivalant à trois mois de salaire et d’avantages sociaux accordés en raison de l’insensibilité de l’employeur au moment du congédiement de l’employée); *Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re*, 2006 CarswellNat 6950 (WL Can.) (dommages-intérêts punitifs d’une somme équivalant à quatre mois de salaire accordés à l’employé par suite du comportement de l’employeur

the lawfulness of their dismissal through the adjudicative provisions of the *Code*.

[145] An employer may also dismiss an employee for just cause. Where just cause is made out, an employer is not obliged to provide notice or severance pay to an employee. When an employer dismisses an employee and alleges just cause, an adjudicator has the power to determine whether just cause was made out. If it was not, then the adjudicator may award any remedy that he or she deems appropriate, including reinstatement. Reinstatement is only awarded where it is requested by the employee and where there is no significant deterioration in the employment relationship between the employer and the employee: Levitt, at pp. 2-119 to 2-120.

H. *Summary of the Proper Interpretation*

[146] The purpose of ss. 240 to 245 is to provide a low cost, efficient, and effective procedural mechanism for employees to challenge the lawfulness of their dismissal. Employees who are covered by a collective agreement have a similar procedural option to grieve the lawfulness of their dismissals, as the Minister noted in his statements to the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration and to the House of Commons in 1978.

[147] This procedure is more efficient and perhaps more effective than a civil action, since it involves less stringent evidentiary rules, an expert adjudicator who is well versed in the factual nuances of employment relationships, and a stricter timeline than a court action. It is a “time- and cost-effective method of resolving employment disputes [that] provides an alternative to judicial determination”: *Dunsmuir*, at para. 69. Additional remedies are available to employees who choose to use the unjust dismissal provisions. In this way, the unjust dismissal provisions of the *Code* increase access to justice for federal employees who are dismissed from their employment.

l’ayant congédié sans motif ni préavis)). Ces réparations peuvent être accordées par les tribunaux civils et elles le sont souvent par suite de congédiements illégaux. Elles sont également à la portée des employés qui contestent la légalité de leur congédiement en vertu des dispositions d’arbitrage du *C.c.t.*

[145] Le congédiement justifié est également permis. Si l’existence d’une juste cause est établie, aucun préavis ni indemnité de départ n’est obligatoire. L’arbitre a le pouvoir de décider si une juste cause a été établie. Dans la négative, l’arbitre peut ordonner les mesures qu’il estime appropriées, dont la réintégration. La réintégration n’est possible que si l’employé la demande et que si les rapports employeur-employé ne se sont pas trop détériorés (Levitt, p. 2-119 à 2-120).

H. *Résumé de l’interprétation correcte*

[146] L’objet des art. 240 à 245 est de prévoir à l’intention des employés qui souhaitent contester la légalité de leur congédiement un mécanisme procédural peu coûteux, efficace et efficace. Comme le ministre l’a fait remarquer devant le Comité permanent du Travail, de la Main-d’œuvre et de l’Immigration et à la Chambre des communes en 1978, les employés visés par une convention collective disposent d’un mécanisme semblable, celui du grief, pour contester la légalité de leur congédiement.

[147] Cette procédure est plus efficace, voire plus efficace, qu’un recours civil : les règles de preuve sont moins strictes, l’arbitre expert est bien au fait des nuances factuelles des liens d’emploi et les délais sont plus courts. C’est « à l’égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d’éviter la voie judiciaire » (*Dunsmuir*, par. 69). D’autres réparations sont prévues à l’intention des employés qui se prévalent des dispositions relatives au congédiement injuste. En ce sens, ces dispositions du *C.c.t.* donnent aux employés congédiés visés par la législation fédérale un accès accru à la justice.

[148] But a procedural mechanism that increases access to justice does not, in and of itself, fundamentally alter the nature of the employment relationship. This procedural mechanism — access to which is dependent on the discretion of the Minister — is not, therefore, the exclusive means by which a federal employee must challenge the lawfulness of the dismissal. The employee may choose to challenge the dismissal through the courts as well. The unjust dismissal provisions are simply a procedural option for federal employees. The common law continues to apply, and federally regulated employers are entitled to dismiss employees without cause, but with payment of the appropriate notice and severance pay as prescribed by ss. 230 and 235 of the *Code*, the contract of employment, or the common law (whichever is greater). Adjudicators and courts possess concurrent jurisdiction to determine the adequacy of the notice and severance pay and to order any other remedies that may be warranted in the circumstances. The mere provision of a notice and a severance payment does not allow an employer to escape the scrutiny of an adjudicator any more than it would allow the employer to escape the scrutiny of a court.

IV. Conclusion

[149] We agree with the Federal Court and the Federal Court of Appeal that the *Canada Labour Code* does not prohibit all federally regulated employers from dismissing employees without cause. It follows that the adjudicator's decision should be set aside. We would therefore dismiss the appeal.

APPENDIX

Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2

PART III

Standard Hours, Wages, Vacations and Holidays

DIVISION X

Individual Terminations of Employment

[148] Toutefois, un mécanisme procédural qui élargit l'accès à la justice ne modifie pas pour autant la nature du lien d'emploi. Ce mécanisme — tributaire de l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire — n'est donc pas le seul dont un employé fédéral peut se prévaloir pour contester la légalité de son congédiement. Il peut aussi s'adresser aux tribunaux civils. Les dispositions relatives au congédiement injuste offrent simplement un autre recours aux employés régis par la législation fédérale. La common law continue de s'appliquer, et les employeurs régis par la législation fédérale ont le droit de congédier leurs employés sans motif, moyennant le préavis et l'indemnité de départ les plus généreux parmi ceux prévus aux art. 230 et 235 du *C.c.t.*, au contrat d'emploi ou en common law. Les arbitres et les tribunaux judiciaires possèdent des compétences concurrentes pour apprécier le préavis et l'indemnité et ordonner toute autre réparation pouvant se justifier dans les circonstances. L'employeur ne peut se soustraire à l'examen par un arbitre ou une cour de justice du simple fait qu'il a donné un préavis et versé une indemnité.

IV. Conclusion

[149] Nous sommes d'accord avec la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale pour dire que le *Code canadien du travail* n'interdit pas aux employeurs régis par la législation fédérale de congédier leurs employés sans motif. Il s'ensuit que la décision de l'arbitre doit être annulée. Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2

PARTIE III

Durée normale du travail, salaire, congés et jours fériés

SECTION X

Licenciements individuels

Notice or wages in lieu of notice

230 (1) Except where subsection (2) applies, an employer who terminates the employment of an employee who has completed three consecutive months of continuous employment by the employer shall, except where the termination is by way of dismissal for just cause, give the employee either

- (a) notice in writing, at least two weeks before a date specified in the notice, of the employer's intention to terminate his employment on that date, or
- (b) two weeks wages at his regular rate of wages for his regular hours of work, in lieu of the notice.

Notice to trade union in certain circumstances

(2) Where an employer is bound by a collective agreement that contains a provision authorizing an employee who is bound by the collective agreement and whose position becomes redundant to displace another employee on the basis of seniority, and the position of an employee who is so authorized becomes redundant, the employer shall

- (a) give at least two weeks notice in writing to the trade union that is a party to the collective agreement and to the employee that the position of the employee has become redundant and post a copy of the notice in a conspicuous place within the industrial establishment in which the employee is employed; or
- (b) pay to any employee whose employment is terminated as a result of the redundancy of the position two weeks wages at his regular rate of wages.

Where employer deemed to terminate employment

(3) Except where otherwise prescribed by regulation, an employer shall, for the purposes of this Division, be deemed to have terminated the employment of an employee when the employer lays off that employee.

DIVISION XI

Severance Pay

Minimum rate

235 (1) An employer who terminates the employment of an employee who has completed twelve consecutive months of continuous employment by the employer shall, except where the termination is by way of dismissal for just cause, pay to the employee the greater of

Préavis ou indemnité

230 (1) Sauf cas prévu au paragraphe (2) et sauf s'il s'agit d'un congédiement justifié, l'employeur qui licencie un employé qui travaille pour lui sans interruption depuis au moins trois mois est tenu :

- a) soit de donner à l'employé un préavis de licenciement écrit d'au moins deux semaines;
- b) soit de verser, en guise et lieu de préavis, une indemnité égale à deux semaines de salaire au taux régulier pour le nombre d'heures de travail normal.

Préavis au syndicat

(2) En cas de suppression d'un poste, l'employeur lié par une convention collective autorisant un employé ainsi devenu surnuméraire à supplanter un autre employé ayant moins d'ancienneté que lui est tenu :

- a) soit de donner au syndicat signataire de la convention collective et à l'employé un préavis de suppression de poste, d'au moins deux semaines, et de placer une copie du préavis dans un endroit bien en vue à l'intérieur de l'établissement où l'employé travaille;
- b) soit de verser à l'employé licencié en raison de la suppression du poste deux semaines de salaire au taux régulier.

Assimilation

(3) Sauf disposition contraire d'un règlement, la mise à pied est, pour l'application de la présente section, assimilée au licenciement.

SECTION XI

Indemnité de départ

Minimum

235 (1) L'employeur qui licencie un employé qui travaille pour lui sans interruption depuis au moins douze mois est tenu, sauf en cas de congédiement justifié, de verser à celui-ci le plus élevé des montants suivants :

(a) two days wages at the employee's regular rate of wages for his regular hours of work in respect of each completed year of employment that is within the term of the employee's continuous employment by the employer, and

(b) five days wages at the employee's regular rate of wages for his regular hours of work.

Circumstances deemed to be termination and deemed not to be termination

(2) For the purposes of this Division,

(a) except where otherwise provided by regulation, an employer shall be deemed to have terminated the employment of an employee when the employer lays off that employee.

DIVISION XIV

Unjust Dismissal

Complaint to inspector for unjust dismissal

240 (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

Time for making complaint

(2) Subject to subsection (3), a complaint under subsection (1) shall be made within ninety days from the date on which the person making the complaint was dismissed.

Extension of time

(3) The Minister may extend the period of time referred to in subsection (2) where the Minister is satisfied that a complaint was made in that period to a government official who had no authority to deal with the complaint but that the person making the complaint believed the official had that authority.

a) deux jours de salaire, au taux régulier et pour le nombre d'heures de travail normal, pour chaque année de service;

b) cinq jours de salaire, au taux régulier et pour le nombre d'heures de travail normal.

Présomptions

(2) Pour l'application de la présente section :

a) sauf disposition contraire d'un règlement, la mise à pied est assimilée au licenciement.

SECTION XIV

Congédiement injuste

Plainte

240 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d'un inspecteur si :

a) d'une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d'autre part, elle ne fait pas partie d'un groupe d'employés régis par une convention collective.

Délai

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la plainte doit être déposée dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date du congédiement.

Prorogation de délai

(3) Le ministre peut proroger le délai fixé au paragraphe (2) dans les cas où il est convaincu que l'intéressé a déposé sa plainte à temps mais auprès d'un fonctionnaire qu'il croyait, à tort, habilité à la recevoir.

Reasons for dismissal

241 (1) Where an employer dismisses a person described in subsection 240(1), the person who was dismissed or any inspector may make a request in writing to the employer to provide a written statement giving the reasons for the dismissal, and any employer who receives such a request shall provide the person who made the request with such a statement within fifteen days after the request is made.

Inspector to assist parties

(2) On receipt of a complaint made under subsection 240(1), an inspector shall endeavour to assist the parties to the complaint to settle the complaint or cause another inspector to do so.

Where complaint not settled within reasonable time

(3) Where a complaint is not settled under subsection (2) within such period as the inspector endeavouring to assist the parties pursuant to that subsection considers to be reasonable in the circumstances, the inspector shall, on the written request of the person who made the complaint that the complaint be referred to an adjudicator under subsection 242(1),

(a) report to the Minister that the endeavour to assist the parties to settle the complaint has not succeeded; and

(b) deliver to the Minister the complaint made under subsection 240(1), any written statement giving the reasons for the dismissal provided pursuant to subsection (1) and any other statements or documents the inspector has that relate to the complaint.

Reference to adjudicator

242 (1) The Minister may, on receipt of a report pursuant to subsection 241(3), appoint any person that the Minister considers appropriate as an adjudicator to hear and adjudicate on the complaint in respect of which the report was made, and refer the complaint to the adjudicator along with any statement provided pursuant to subsection 241(1).

Powers of adjudicator

(2) An adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1)

Motifs du congédiement

241 (1) La personne congédiée visée au paragraphe 240(1) ou tout inspecteur peut demander par écrit à l'employeur de lui faire connaître les motifs du congédiement; le cas échéant, l'employeur est tenu de lui fournir une déclaration écrite à cet effet dans les quinze jours qui suivent la demande.

Conciliation par l'inspecteur

(2) Dès réception de la plainte, l'inspecteur s'efforce de concilier les parties ou confie cette tâche à un autre inspecteur.

Cas d'échec

(3) Si la conciliation n'aboutit pas dans un délai qu'il estime raisonnable en l'occurrence, l'inspecteur, sur demande écrite du plaignant à l'effet de saisir un arbitre du cas :

a) fait rapport au ministre de l'échec de son intervention;

b) transmet au ministre la plainte, l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement et tous autres déclarations ou documents relatifs à la plainte.

Renvoi à un arbitre

242 (1) Sur réception du rapport visé au paragraphe 241(3), le ministre peut désigner en qualité d'arbitre la personne qu'il juge qualifiée pour entendre et trancher l'affaire et lui transmettre la plainte ainsi que l'éventuelle déclaration de l'employeur sur les motifs du congédiement.

Pouvoirs de l'arbitre

(2) Pour l'examen du cas dont il est saisi, l'arbitre :

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Industrial Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

Decision of adjudicator

(3) Subject to subsection (3.1), an adjudicator to whom a complaint has been referred under subsection (1) shall

(a) consider whether the dismissal of the person who made the complaint was unjust and render a decision thereon; and

(b) send a copy of the decision with the reasons therefor to each party to the complaint and to the Minister.

Limitation on complaints

(3.1) No complaint shall be considered by an adjudicator under subsection (3) in respect of a person where

(a) that person has been laid off because of lack of work or because of the discontinuance of a function; or

(b) a procedure for redress has been provided elsewhere in or under this or any other Act of Parliament.

Where unjust dismissal

(4) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (3) that a person has been unjustly dismissed, the adjudicator may, by order, require the employer who dismissed the person to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations industrielles par les alinéas 16a), b) et c).

Décision de l'arbitre

(3) Sous réserve du paragraphe (3.1), l'arbitre :

a) décide si le congédiement était injuste;

b) transmet une copie de sa décision, motifs à l'appui, à chaque partie ainsi qu'au ministre.

Restriction

(3.1) L'arbitre ne peut procéder à l'instruction de la plainte dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) le plaignant a été licencié en raison du manque de travail ou de la suppression d'un poste;

b) la présente loi ou une autre loi fédérale prévoit un autre recours.

Cas de congédiement injuste

(4) S'il décide que le congédiement était injuste, l'arbitre peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur :

a) de payer au plaignant une indemnité équivalant, au maximum, au salaire qu'il aurait normalement gagné s'il n'avait pas été congédié;

b) de réintégrer le plaignant dans son emploi;

c) de prendre toute autre mesure qu'il juge équitable de lui imposer et de nature à contrebalancer les effets du congédiement ou à y remédier.

Decisions not to be reviewed by court

243 (1) Every order of an adjudicator appointed under subsection 242(1) is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

No review by *certiorari*, etc.

(2) No order shall be made, process entered or proceeding taken in any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise, to question, review, prohibit or restrain an adjudicator in any proceedings of the adjudicator under section 242.

Enforcement of orders

244 (1) Any person affected by an order of an adjudicator under subsection 242(4), or the Minister on the request of any such person, may, after fourteen days from the date on which the order is made, or from the date provided in it for compliance, whichever is the later date, file in the Federal Court a copy of the order, exclusive of the reasons therefor.

Idem

(2) On filing in the Federal Court under subsection (1), an order of an adjudicator shall be registered in the Court and, when registered, has the same force and effect, and all proceedings may be taken thereon, as if the order were a judgment obtained in that Court.

Regulations

245 The Governor in Council may make regulations for the purposes of this Division defining the absences from employment that shall be deemed not to have interrupted continuity of employment.

Civil remedy

246 (1) No civil remedy of an employee against his employer is suspended or affected by sections 240 to 245.

Application of section 189

(2) Section 189 applies for the purposes of this Division.

Appeal allowed with costs throughout, MOLDAVER, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.

Caractère définitif des décisions

243 (1) Les ordonnances de l'arbitre désigné en vertu du paragraphe 242(1) sont définitives et non susceptibles de recours judiciaires.

Interdiction de recours extraordinaires

(2) Il n'est admis aucun recours ou décision judiciaire — notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition ou de *quo warranto* — visant à contester, réviser, empêcher ou limiter l'action d'un arbitre exercée dans le cadre de l'article 242.

Exécution des ordonnances

244 (1) La personne intéressée par l'ordonnance d'un arbitre visée au paragraphe 242(4), ou le ministre, sur demande de celle-ci, peut, après l'expiration d'un délai de quatorze jours suivant la date de l'ordonnance ou la date d'exécution qui y est fixée, si celle-ci est postérieure, déposer à la Cour fédérale une copie du dispositif de l'ordonnance.

Enregistrement

(2) Dès le dépôt de l'ordonnance de l'arbitre, la Cour fédérale procède à l'enregistrement de celle-ci; l'enregistrement confère à l'ordonnance valeur de jugement de ce tribunal et, dès lors, toutes les procédures d'exécution applicables à un tel jugement peuvent être engagées à son égard.

Règlements

245 Le gouverneur en conseil peut, par règlement, préciser, pour l'application de la présente section, les cas d'absence qui n'ont pas pour effet d'interrompre le service chez l'employeur.

Recours

246 (1) Les articles 240 à 245 n'ont pas pour effet de suspendre ou de modifier le recours civil que l'employé peut exercer contre son employeur.

Application de l'art. 189

(2) L'article 189 s'applique dans le cadre de la présente section.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges MOLDAVER, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.

Solicitors for the appellant: LeNoury Law, Toronto; Avi Sirlin, Toronto; Reagan Ruslim, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fogler, Rubinoff, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Non-Organized Employees: Ball Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the interveners the Federally Regulated Employers — Transportation and Communications and the Canadian Association of Counsel to Employers: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs de l'appelant : LeNoury Law, Toronto; Avi Sirlin, Toronto; Reagan Ruslim, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Fogler, Rubinoff, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association for Non-Organized Employees : Ball Professional Corporation, Toronto.

Procureurs des intervenants les Employeurs des transports et communications de régie fédérale et l'Association canadienne des avocats d'employeurs : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rsc@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rsc@scc-csc.ca



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 4, 2016 Vol. 1

4^e cahier, 2016 Vol. 1

Cited as [2016] 1 S.C.R. { i-lxxvi
851-1125

Renvoi [2016] 1 R.C.S. { i-lxxvi
851-1125

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY

ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
STÉPHANIE MORIN
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY
ANNA TURINOV

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
JULIE BOULANGER

MARIE RODRIGUE
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CHLOE MAGEE

NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xxi
Table of Cases Cited	xxv
Statutes and Regulations Cited	lix
Authors Cited	lxiii
Index	1113

Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP 851

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Whether Ontario courts should assume jurisdiction over third party claim brought by Ontario law firm against several law firms located in Quebec in the context of national class action certified in Ontario — If so, whether Ontario courts ought to decline to exercise jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for disposing of litigation.

R. v. K.R.J. 906

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Sentencing — Accused pleaded guilty to incest and making child pornography — Retrospective application of amendments to Criminal Code expanding scope of community supervision measures sentencing judge can impose on sexual offenders — Offences committed prior to amendments but accused sentenced after — Whether new prohibition measures contained in Criminal Code constitute punishment such that their retrospective operation limits right protected by s. 11(i) of Charter — If so, whether limit is justified — Reformulation of s. 11(i) test for punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 161(1)(c), (d).

R. v. Cawthorne 983

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Armed forces — Prosecutorial independence

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xxiii
Table de la jurisprudence	xli
Lois et règlements cités.....	lxi
Doctrine et autres documents cités	lxiii
Index	1119

Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP 851

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Les tribunaux ontariens devraient-ils se déclarer compétents à l'égard d'une demande de mise en cause qu'un cabinet d'avocats de l'Ontario présente contre plusieurs cabinets d'avocats du Québec dans le cadre d'un recours collectif national certifié en Ontario? — Dans l'affirmative, les tribunaux ontariens devraient-ils refuser d'exercer leur compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour trancher le litige?

R. c. K.R.J. 906

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficiaire de la peine la moins sévère — Détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité inscrit par l'inculpé à l'égard d'accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile — Application rétrospective de modifications du Code criminel ayant pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine peut soumettre un délinquant sexuel — Modifications apportées après la perpétration des infractions, mais avant la détermination de la peine — Les nouvelles interdictions prévues par le Code criminel infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'art. 11i) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée? — Reformulation du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'art. 11i) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161(1)c), d).

R. c. Cawthorne 983

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Forces armées — Indépendance de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Right to trial by independent tribunal — Members of Canadian Forces charged with criminal offences — Sections 230.1 and 245(2) of National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, giving Minister of National Defence authority to appeal from decisions of court martial or Court Martial Appeal Court — Whether these provisions violate ss. 7 and 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Trial — Evidence — Mistrial — Accused bringing motion for mistrial on basis of prejudice arising from inadmissible re-examination evidence — Whether military judge erred in declining to grant mistrial.

R. v. Villaroman 1000

Criminal law — Evidence — Circumstantial evidence — Inferences — Reasonable verdict — Accused found guilty on charge of possession of child pornography — Whether trial judge erred in his analysis of circumstantial evidence by requiring that inference supporting conclusion other than guilt be based on evidence rather than upon lack of evidence — Whether guilty verdict was unreasonable.

Ferme Vi-Ber inc. v. Financière agricole du Québec 1032

Agriculture — Farm income stabilization — Compensation — Calculation method — Legal framework applicable to Quebec's Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles — Participants in program contesting method for calculating compensation payments that was adopted by La Financière agricole du Québec to take federal government grants to farmers into account — Whether program is contract and, if so, whether it is subject to rules applicable to contract of insurance within meaning of Civil Code of Québec — Whether La Financière, in determining compensation payable to participants under program, acted in conformity with its rights and obligations by linking amounts at issue collectively — Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, 2001, 133 G.O. 1, 1336, s. 88(3).

Lafortune v. Financière agricole du Québec 1091

Agriculture — Farm income stabilization — Compensation — Calculation method — Legal framework applicable to Quebec's Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles — Participants in program contesting method for calculating compensation payments that was adopted by La Financière agricole du Québec on basis

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

poursuite — Droit d'être jugé par un tribunal indépendant — Militaires canadiens accusés d'infractions criminelles — Articles 230.1 et 245(2) de la Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, qui confèrent au ministre de la Défense nationale le pouvoir d'interjeter appel des décisions d'une cour martiale ou de la Cour d'appel de la cour martiale — Ces dispositions violent-elles les art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit criminel — Procès — Preuve — Annulation du procès — Requête en annulation du procès présentée par l'accusé en raison du préjudice causé par un témoignage inadmissible donné en réinterrogatoire — Le juge militaire a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès?

R. c. Villaroman 1000

Droit criminel — Preuve — Preuve circonstancielle — Inférences — Verdict raisonnable — Accusé déclaré coupable d'une accusation de possession de pornographie juvénile — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son analyse de la preuve circonstancielle en exigeant qu'une inférence ou une hypothèse appuyant une conclusion autre que la culpabilité soit basée sur la preuve plutôt que sur l'absence de preuve? — Le verdict de culpabilité était-il déraisonnable?

Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec 1032

Agriculture — Stabilisation des revenus agricoles — Compensation — Mode de calcul — Cadre juridique applicable au Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles du Québec — Adhérents au programme contestant le mode de calcul des compensations payables retenu par La Financière agricole du Québec qui tient compte de l'octroi de subventions fédérales aux agriculteurs — Le programme est-il un contrat et, dans l'affirmative, est-il régi par les règles applicables aux contrats d'assurance au sens du Code civil du Québec? — La Financière a-t-elle agi conformément à ses droits et obligations en fixant selon un mode d'arrimage collectif les compensations payables aux adhérents en vertu du programme? — Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, 2001, 133 G.O. 1, 1336, art. 88(3).

Lafortune c. Financière agricole du Québec 1091

Agriculture — Stabilisation des revenus agricoles — Compensation — Mode de calcul — Cadre juridique applicable au Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles du Québec — Adhérents au programme contestant le mode de calcul des compensations payables retenu par La Financière agricole du Québec qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

of economic and statistical study — Whether program is contract and, if so, whether it is subject to rules applicable to contract of insurance within meaning of Civil Code of Québec — Whether trial judge erred in refusing to award damages to program's participants for alleged injury related to compensation that was paid — Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, (2001) 133 G.O. 1, 1336, ss. 86, 87.

SOMMAIRE (Fin)

s'appuie sur une étude économique et statistique — Le programme est-il un contrat et, dans l'affirmative, est-il régi par les règles applicables aux contrats d'assurance au sens du Code civil du Québec? — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en refusant d'octroyer des dommages-intérêts aux adhérents au programme pour le préjudice allégué quant aux compensations versées? — Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, (2001) 133 G.O. 1, 1336, art. 86, 87.



2016 Volume 1
Canada Supreme Court Reports
Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY

ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
STÉPHANIE MORIN
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY
ANNA TURINOV

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
JULIE BOULANGER

MARIE RODRIGUE
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CHLOE MAGEE

NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

The Honourable CLÉMENT GASCON

The Honourable SUZANNE CÔTÉ

The Honourable RUSSELL BROWN

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable CLÉMENT GASCON

L'honorable SUZANNE CÔTÉ

L'honorable RUSSELL BROWN

ERRATA

- [1990] 2 S.C.R., p. 1041, line *e*-5 of the French version. Read “et non à les limiter” instead of “et non de les limiter”.
- [1995] 4 S.C.R., p. 249, para. 46, line 5 of the English version. Read “given free rein” instead of “given free reign”.
- [1995] 4 S.C.R., p. 455, para. 59, line 27 of the English version. Read “oppressive or vexatious proceedings” instead of “oppressive and vexatious proceedings”.
- [2002] 2 S.C.R., p. 171, para. 53, line 5 of the English version. Read “purpose clauses, and extrinsic evidence” instead of “purpose clauses, or extrinsic evidence”.
- [2009] 1 S.C.R., p. 423, neutral citation. Read “2009 SCC 13” instead of “2008 SCC 13”.
- [2009] 1 S.C.R., p. 423, caption, line 1 of the French version. Read “Droit criminel — Procès — Exposé au jury” instead of “Droit criminel — Exposé au jury”.
- [2011] 3 S.C.R., p. 682, para. 47, line 7 of the French version. Read “pour arrêter le degré d’intensité” instead of “pour arrêter de degré d’intensité”.
- [2013] 3 S.C.R., p. 855, para. 31, lines 1 and 2 of the French version. Read “l’existence d’un contrat et son émergence à la vie juridique présupposent” instead of “l’existence d’un contrat et son émergence à la vie juridique présuppose”.
- [2014] 2 S.C.R., p. 635, lines 24 to 26 of the French version. Read “rares seront les cas où il sera possible de dégager une question de droit de l’exercice d’interprétation” instead of “rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d’isoler une question de droit au cours de l’exercice d’interprétation”.
- [2014] 2 S.C.R., p. 661, para. 55, lines 5 to 7 of the French version. Read “rares seront les cas où il sera possible de dégager une question de droit de l’exercice d’interprétation” instead of “rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d’isoler une question de droit au cours de l’exercice d’interprétation”.
- [2015] 1 S.C.R., p. 390, para. 126, line 3 of the French version. Read “s’ils choisissent de le faire” instead of “si elles choisissent de le faire”.
- [1990] 2 R.C.S., p. 1041, ligne *e*-5 de la version française. Lire « et non à les limiter » au lieu de « et non de les limiter ».
- [1995] 4 R.C.S., p. 249, par. 46, ligne 5 de la version anglaise. Lire « given free rein » au lieu de « given free reign ».
- [1995] 4 R.C.S., p. 455, par. 59, ligne 27 de la version anglaise. Lire « oppressive or vexatious proceedings » au lieu de « oppressive and vexatious proceedings ».
- [2002] 2 R.C.S., p. 171, par. 53, ligne 5 de la version anglaise. Lire « purpose clauses, and extrinsic evidence » au lieu de « purpose clauses, or extrinsic evidence ».
- [2009] 1 R.C.S., p. 423, référence neutre. Lire « 2009 CSC 13 » au lieu de « 2008 CSC 13 ».
- [2009] 1 R.C.S., p. 423, abstrat, ligne 1 de la version française. Lire « Droit criminel — Procès — Exposé au jury » au lieu de « Droit criminel — Exposé au jury ».
- [2011] 3 R.C.S., p. 682, par. 47, ligne 7 de la version française. Lire « pour arrêter le degré d’intensité » au lieu de « pour arrêter de degré d’intensité ».
- [2013] 3 R.C.S., p. 855, par. 31, lignes 1 et 2 de la version française. Lire « l’existence d’un contrat et son émergence à la vie juridique présupposent » au lieu de « l’existence d’un contrat et son émergence à la vie juridique présuppose ».
- [2014] 2 R.C.S., p. 635, lignes 24 à 26 de la version française. Lire « rares seront les cas où il sera possible de dégager une question de droit de l’exercice d’interprétation » au lieu de « rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d’isoler une question de droit au cours de l’exercice d’interprétation ».
- [2014] 2 R.C.S., p. 661, para. 55, lignes 5 à 7 de la version française. Lire « rares seront les cas où il sera possible de dégager une question de droit de l’exercice d’interprétation » au lieu de « rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d’isoler une question de droit au cours de l’exercice d’interprétation ».
- [2015] 1 R.C.S., p. 390, par. 126, ligne 3 de la version française. Lire « s’ils choisissent de le faire » au lieu de « si elles choisissent de le faire ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to August 31, 2016 — 1^{er} janvier au 31 août 2016)

- 1284897 Alberta Ltd. v. Zero Spill Systems (Int'l) Inc.*, (F.C.), 36542, leave to appeal refused with costs, 14.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 6517633 Canada Ltd. v. Knudsen and Sons Muddy View Ranch Ltd.*, (Sask.), 36695, leave to appeal refused with costs, 28.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9187-0725 Québec inc. c. Matériaux Kott s.e.n.c.*, (Qc), 36790, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- 9221-2133 Québec inc. c. Intact Compagnie d'assurance*, (Qc), 36569, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A.G. c. Curateur public du Québec*, (Qc), 36659, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- A.N. c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36667, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Abouabdallah v. Professional Conduct Committee of the College of Dental Surgeons of Saskatchewan*, (Sask.), 36833, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ad Hoc Group of Bondholders v. Ernst & Young Inc.*, (Ont.), 36778, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Adamson v. Air Canada*, (F.C.), 36630, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Agence du revenu du Québec c. Société Uber Canada*, (Qc), 36882, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Agnaou c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 36730, leave to appeal refused with costs, 26.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Air Canada c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 36791, notice of discontinuance filed, 28.6.16, avis de désistement produit.
- Aitkens v. Alberta Securities Commission*, (Alta.), 36866, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.5.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Alcantara v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36732, leave to appeal refused, 18.2.16, autorisation d'appel refusée.
- Aletkina v. Hospital for Sick Children*, (Ont.), 36871, leave to appeal refused with costs, 2.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alex v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36771, leave to appeal granted, 17.3.16, autorisation d'appel accordée.
- Alexander v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36818, leave to appeal refused, 28.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Allen v. The Queen in Right of Alberta*, (Alta.), 36715, leave to appeal refused, 18.2.16, autorisation d'appel refusée.
- Allgood v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36672, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Allstate Insurance Co. of Canada v. Klimitz*, (Ont.), 36760, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Altalink Management Ltd. v. Alberta Utilities Commission*, (Alta.), 36728, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Amar v. Société des loteries du Québec*, (Que.), 36556, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- American Home Assurance Co. v. Onex Corp.*, (Ont.), 36679, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ansari v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36740, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Antrobus v. Antrobus*, (B.C.), 36632, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Eli Lilly and Co.*, (Ont.), 36538, leave to appeal refused with costs, 14.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, (F.C.), 36655, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Aravena v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36747, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Ardabili v. Ortega Figueroa*, (Que.), 36705, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Arnaout v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36854, leave to appeal refused, 9.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Ashley v. Welsh*, (Ont.), 36580, leave to appeal refused with costs, 21.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association des réalisateurs c. Procureur général du Canada*, (Qc), 36914, leave to appeal refused with costs, 25.8.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, (F.C.), 36654, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.3.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Attorney General of Canada v. Frost*, (Ont.) (Crim.), 36571, leave to appeal refused, 14.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada v. Lapple*, (Ont.) (Crim.), 36574, leave to appeal refused, 14.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada v. Lewis*, (Ont.) (Crim.), 36564, leave to appeal refused, 14.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada v. Oberlander*, (F.C.), 36949, leave to appeal refused with costs, 7.7.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. R.S.*, (Ont.) (Crim.), 36499, notice of discontinuance filed, 19.4.16, avis de désistement produit.
- Attorney General of Canada on behalf of the Republic of India v. Badesha*, (B.C.) (Crim.), 36981, leave to appeal granted, 11.8.16, autorisation d'appel accordée.
- B.B. c. A.D.S.*, (Qc), 36707, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Bailey v. Estate of Gerald Harry Barbour*, (Ont.), 36926, leave to appeal refused with costs, 2.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bains v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36698, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Baker v. Bell Media Inc.*, (Ont.), 36828, leave to appeal refused with costs, 12.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Barkley c. Head*, (Qc), 36516, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Barkley c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36625, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.

- Bassett v. Magee*, (B.C.), 36884, leave to appeal refused with costs on a solicitor-client basis, 26.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens entre avocat et client.
- Beaudette v. Alberta Securities Commission*, (Alta.), 36894, leave to appeal refused with costs, 30.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Beaulieu v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36971, leave to appeal refused with costs, 25.8.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Beaver Express Container Line Ltd. v. Royal Bank of Canada*, (Que.), 36541, leave to appeal refused with costs, 11.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Béïque c. Béïque*, (Qc), 36594, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Bellehumeur v. Windsor Factory Supply Ltd.*, (Ont.), 36617, leave to appeal refused with costs, 25.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bergeron v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36701, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bernard v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 36834, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bingley v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36610, leave to appeal granted, 28.1.16, autorisation d'appel accordée.
- Bird v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36942, leave to appeal refused, 16.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Bish v. Elk Valley Coal Corp.*, (Alta.), 36636, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.3.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Bodnarchuk v. Professional Conduct Committee of the Saskatchewan College of Paramedics*, (Sask.), 36657, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bonitto v. Halifax Regional School Board*, (N.S.), 36644, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brad Gould Trucking & Excavating Ltd. v. The Queen in Right of the Province of New Brunswick*, (N.B.), 36656, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Branco v. Zurich Life Insurance Co.*, (Sask.), 36696, leave to appeal refused and leave to cross-appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée et autorisation d'appel incident refusée.
- Brine v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.*, (N.S.), 36809, leave to appeal refused with costs, 12.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- British Columbia Teachers' Federation v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 36500, leave to appeal granted with costs in the cause, 14.1.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Brown v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36780, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Budlakoti v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 36591, leave to appeal refused with costs, 28.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burrows v. The Queen*, (F.C.), 36929, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bustamante v. Guarantee Co. of North America*, (Ont.), 36652, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.S. v. TD Home and Auto Insurance Co.*, (Ont.), 36598, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Callow v. Board of School Trustees (S.D. #45 West Vancouver, B.C.)*, (Que.), 36883, leave to appeal refused, 9.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Camarin Ltd. v. Swiss Reinsurance Co.*, (B.C.), 36967, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 28.7.16, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Campeau v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36822, leave to appeal refused, 12.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Canadian Arab Federation v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 36678, leave to appeal refused with costs, 31.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Association for Free Expression v. Streed*, (N.B.), 36658, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Candido v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36751, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Caputo v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36985, leave to appeal refused, 14.7.16, autorisation d'appel refusée.
- Carey v. Hurst*, (N.L.), 36955, leave to appeal refused, 30.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Cartier c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36725, leave to appeal refused, 25.2.16, autorisation d'appel refusée.
- Castro v. The Queen*, (F.C.), 36781, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Changoor v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 353*, (Ont.), 36745, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chao c. Lin*, (Qc), 36837, leave to appeal refused, 28.7.16, autorisation d'appel refusée.
- Chartrand v. The Queen*, (F.C.), 36941, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chélin c. Gill*, (Qc), 36673, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cheung v. Canadian Transportation Agency*, (F.C.), 36868, leave to appeal refused, 18.8.16, autorisation d'appel refusée.
- Chief Melvin Goodswimmer v. The Queen in Right of Alberta*, (Alta.), 36638, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, (F.C.), 36776, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.3.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- City of Saint John v. Canadian Union of Public Employees, Local 18*, (N.B.), 36611, leave to appeal refused with costs, 25.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clark v. Superintendent of Motor Vehicles*, (B.C.), 36805, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Clark v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36813, leave to appeal granted, 14.4.16, autorisation d'appel accordée.
- Comité paritaire de l'industrie des services automobiles de la région de Montréal c. Société d'assurance générale Northbridge*, (Qc), 36838, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail c. Caron*, (Qc), 36605, leave to appeal granted, 17.3.16, autorisation d'appel accordée.
- Constantine v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36570, leave to appeal refused, 14.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Cordeau c. Porte et Châssis Eddy Boulet inc.*, (Qc), 36514, leave to appeal refused, 28.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Corporation of the City of Nelson v. Mowatt*, (B.C.), 36999, leave to appeal granted, 14.7.16, autorisation d'appel accordée.

- CPNI Inc. v. Gill*, (Ont.), 36874, leave to appeal refused with costs, 26.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D.D. v. Children's Aid Society of Toronto*, (Ont.), 36850, leave to appeal refused, 5.5.16, autorisation d'appel refusée.
- D.E. v. Unifund Assurance Co.*, (Ont.), 36603, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Davy v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36359, notice of discontinuance filed, 7.4.16, avis de désistement produit.
- Deloitte & Touche v. Livent Inc.*, (Ont.), 36875, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.6.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- DeMaria v. Law Society of Saskatchewan*, (Sask.), 36759, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Demos c. Demers Beaulne inc.*, (Qc), 36618, leave to appeal refused, 5.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Des Roches v. Wasauksing First Nation*, (F.C.), 36769, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deschênes c. La Reine*, (C.F.), 36614, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Desjardins Sécurité Financière, compagnie d'assurance-vie c. Émond*, (Qc), 36919, leave to appeal granted with costs in the cause, 30.6.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Diamond v. The Queen in Right of Newfoundland and Labrador*, (N.L.) (Crim.), 36816, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Jodoin*, (Qc) (Crim.), 36539, leave to appeal granted, 17.3.16, autorisation d'appel accordée.
- Dom v. Kloos*, (Ont.), 36968, leave to appeal refused with costs, 11.8.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Douez v. Facebook, Inc.*, (B.C.), 36616, leave to appeal granted with costs, 10.3.16, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, (Que.), 36475, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dyke v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36890, leave to appeal refused, 16.6.16, autorisation d'appel refusée.
- E.U. v. Children's Aid Society of Toronto*, (Ont.), 36976, leave to appeal refused, 14.7.16, autorisation d'appel refusée.
- Eadie v. MTS Inc.*, (F.C.), 36641, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Endoceutics inc. c. Université Laval*, (Qc), 36684, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Endorecherche inc. c. Centre hospitalier universitaire de Québec*, (Qc), 36685, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- ENMAX Energy Corp. v. TransAlta Generation Partnership*, (Alta.), 36846, leave to appeal refused with costs, 12.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Entreprise Marissa inc. c. Procureur général du Canada*, (Qc), 36702, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Erdmann v. Complaints Inquiry Committee of the Institute of Chartered Accountants of Alberta*, (Alta.), 36557, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ernst & Young Inc. v. Guarantee Co. of North America*, (Alta.), 36649, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 14.4.16, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.

- Éthier c. Compagnie de chemins de fer nationaux du Canada*, (Qc), 36831, leave to appeal refused with costs, 26.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Everett v. McCaskill*, (Man.), 36847, leave to appeal refused with costs, 2.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- ExxonMobil Canada Ltd. v. Calder*, (Alta.), 36810, leave to appeal refused with costs, 30.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- F. Berardini Inc. c. Natrel Inc.*, (Qc), 36863, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fedan v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36970, leave to appeal refused, 14.7.16, autorisation d'appel refusée.
- Federation of Ontario Traditional Chinese Medicine Association v. College of Traditional Chinese Medicine Practitioners and Acupuncturists of Ontario*, (Ont.), 36832, leave to appeal refused with costs, 26.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ferron v. Peel Regional Police Services*, (Ont.), 36881, leave to appeal refused, 28.7.16, autorisation d'appel refusée.
- First Nation of Nacho Nyak Dun v. Government of Yukon*, (Y.T.), 36779, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.6.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Flatt v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36800, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Forsythe v. The Queen*, (F.C.), 36806, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Forsythe v. Westfall*, (Ont.), 36716, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fortier c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 36729, notice of discontinuance filed, 8.1.16, avis de désistement produit.
- Frank v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 36645, leave to appeal granted with costs in the cause, 14.4.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Fuerst v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 36764, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Furfaro c. Cannavino*, (Qc), 36622, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Galambos v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36906, leave to appeal refused, 2.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Galati v. Harper*, (F.C.), 36933, leave to appeal refused with costs, 28.7.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gardiner v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36758, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Gear v. The Queen*, (F.C.), 36940, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- George Brown College of Applied Arts and Technology v. Ramdath*, (Ont.), 36864, notice of discontinuance filed, 20.4.16, avis de désistement produit.
- Gilbert c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36708, leave to appeal refused, 18.2.16, autorisation d'appel refusée.
- Gill v. Attorney General of Canada in Right of Minister of Transport*, (B.C.), 36650, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Giugovaz c. Directeur des poursuites criminelles et pénales*, (Qc) (Crim.), 36916, leave to appeal refused, 9.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Glasford v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, (Ont.), 36670, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Goldman c. Houle*, (Qc), 36714, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, (B.C.), 36602, leave to appeal granted with costs in the cause, 18.2.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Graham v. Chrysler Canada Inc.*, (Ont.), 36870, leave to appeal refused, 16.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Green v. Klassen*, (Man.), 36963, leave to appeal refused with costs, 11.8.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Green v. University of Winnipeg*, (Man.), 36819, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Greenpeace Canada v. Ontario Power Generation Inc.*, (F.C.), 36711, leave to appeal refused, 28.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Grenier c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 36876, leave to appeal refused with costs, 2.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grenon v. The Queen*, (F.C.), 36891, leave to appeal refused with costs, 30.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grosse v. Grosse*, (Sask.), 36607, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Groupe Hexagone, S.E.C. c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 36748, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guignard c. Ville de Saint-Hyacinthe*, (Qc), 36808, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gulkison v. Vancouver Police Board*, (B.C.), 36681, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Halifax Regional Municipality v. Northern Construction Enterprises Inc.*, (N.S.), 36504, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hamlet of Clyde River v. Petroleum Geo-Services Inc.*, (F.C.), 36692, leave to appeal granted, 10.3.16, autorisation d'appel accordée.
- Hammami c. Krey*, (Qc), 36857, leave to appeal refused, 28.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Hawkeye Power Corp. v. Sigma Engineering Ltd.*, (B.C.), 36797, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hawkins v. The Queen*, (F.C.), 36930, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hebron v. Grahn*, (Sask.), 36697, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hedges v. The Queen*, (F.C.), 36925, leave to appeal refused with costs, 30.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hole v. Hole*, (Alta.), 36920, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Humane Society of Canada for the Protection of Animals and the Environment v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 36688, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ileman v. Rogers Communications Inc.*, (B.C.), 36600, leave to appeal refused with costs, 11.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Insurance Corp. of British Columbia v. Felix*, (B.C.), 36723, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- International Association of Machinists and Aerospace Workers, Local 2323 v. Trépanier-Bouchard*, (Que.), 36620, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Isenor v. Halifax Regional Municipality*, (N.S.), 36549, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.C. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36572, leave to appeal refused, 11.2.16, autorisation d'appel refusée.
- Jaamiah Al Uloom Al Islamiyyah Ontario v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 36946, leave to appeal refused, 28.7.16, autorisation d'appel refusée.
- Jacks v. The Queen*, (F.C.), 36939, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jackson v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36829, leave to appeal refused, 30.6.16, autorisation d'appel refusée.
- James v. York University*, (Ont.), 36795, leave to appeal refused, 12.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Jean-Pierre c. Conseil d'arbitrage des comptes d'honoraires des avocats du Barreau du Québec*, (Qc), 36814, leave to appeal refused, 5.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Jensen v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36631, leave to appeal refused, 18.2.16, autorisation d'appel refusée.
- Joad c. Les Portes et Châssis Eddy Boulet inc.*, (Qc), 36513, leave to appeal refused, 28.1.16, autorisation d'appel refusée.
- JTI-MacDonald Corp. v. Attorney General of Quebec*, (Que.), 36741, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kakoutis v. Bank of Nova Scotia*, (Ont.), 36878, leave to appeal refused with costs, 2.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Khan v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36623, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Knapczyk v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36733, leave to appeal refused, 18.2.16, autorisation d'appel refusée.
- Knife v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36642, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Ktunaxa Nation Council v. Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations*, (B.C.), 36664, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.3.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Kucera v. Qulliq Energy Corp.*, (Nvt), 36666, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laforest c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 36785, leave to appeal refused, 5.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Lajoie c. Agence du Revenu du Québec*, (Qc), 36717, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laliberté c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36712, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Lamouche v. Calaheson*, (Alta.), 37111, notice of discontinuance filed, 2.8.16, avis de désistement produit.
- Landry c. Guimont*, (Qc), 36842, leave to appeal refused with costs, 30.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lands v. Salomon*, (Que.), 36903, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lavigne v. Canadian Human Rights Commission*, (F.C.), 36811, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lavigne v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36852, leave to appeal refused, 26.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Lawrence v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36756, leave to appeal refused, 14.4.16, autorisation d'appel refusée.
- LeCaine v. Registrar of Indian and Northern Affairs*, (Sask.), 36503, leave to appeal refused with costs, 14.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- LeCaine v. Registrar of Indian and Northern Affairs Canada*, (Sask.), 36502, leave to appeal refused with costs, 14.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Leclerc v. Weber*, (B.C.), 36812, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lemire c. Brosseau*, (Qc), 36909, leave to appeal refused, 9.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Lenoski v. Hernandez Solis*, (B.C.), 36815, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Li v. MacNutt & Dumont*, (N.S.), 36826, leave to appeal refused with costs, 26.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Li v. Novopharm Ltd.*, (Ont.), 36762, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lin v. Griether*, (Ont.), 36743, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Logan v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (N.B.) (Crim.), 36661, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Lombard General Insurance Co. of Canada v. Intact Insurance Co. of Canada*, (Ont.), 36804, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Low v. Pfizer Canada Inc.*, (B.C.), 36848, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lu v. Chinese Kuomintang of Canada (Montreal Branch) Inc.*, (Que.), 36901, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lu v. Eco-Tec Inc.*, (Ont.), 36825, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lubecki v. Lubecki*, (Que.), 36721, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Luu v. Wong*, (B.C.), 36482, leave to appeal refused with costs, 28.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.A. v. T.A.*, (Que.), 36738, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- M.K. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36724, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- M.M. v. H.E.*, (Ont.), 36839, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mailloux c. Deschênes*, (Qc), 36953, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mailloux c. Fortin*, (Qc), 36951, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Marcotte c. Société TVA inc.*, (Qc), 36637, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Marshall v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36587, leave to appeal refused, 28.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Marshall v. United Furniture Warehouse (2004) Corp.*, (B.C.), 36584, leave to appeal refused with costs, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Martin c. La Reine*, (C.F.), 36817, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Mason v. The Queen*, (F.C.), 36922, leave to appeal refused with costs, 30.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Massey v. Fleming*, (Ont.), 36905, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mather v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36768, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Maxam Opportunities Fund Limited Partnership v. 729171 Alberta Inc.*, (B.C.), 36912, notice of discontinuance filed, 26.7.16, avis de désistement produit.
- Mazda Canada Inc. c. Fortin*, (Qc), 36898, leave to appeal refused with costs, 11.8.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McCann v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36609, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.

- Meeking v. Cash Store Inc.*, (Man.), 35608, notice of discontinuance filed, 22.2.16, avis de désistement produit.
- Mehta v. Indian Spice & Curry Ltd.*, (Ont.), 36686, leave to appeal refused, 14.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Mehta v. Sidhu*, (Ont.), 36880, leave to appeal refused, 26.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Merck Frosst Canada Ltd. v. Miller*, (B.C.), 36668, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Michaud v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36706, leave to appeal refused, 5.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Michele Santarsieri Inc. v. Deputy Minister of Finance (Manitoba)*, (Man.), 36634, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mikhail v. Howie*, (Ont.), 36873, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mikhail v. Oxford Dodge Chrysler Jeep (1992) Ltd.*, (Ont.), 36835, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Millard v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36766, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Milliken v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36845, leave to appeal refused, 19.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Misener v. The Queen*, (F.C.), 36991, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mitchinson v. Baker*, (Ont.), 36823, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mittal v. Minister of Health*, (F.C.), 36965, leave to appeal refused with costs, 25.8.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Moffit v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36720, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Mohammed v. Corporation of the United Townships of Dysart, Dudley, Harcourt, Guilford, Harburn, Bruton, Havelock, Eyre and Clyde*, (Ont.), 36911, leave to appeal refused, 30.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Mujagic v. Kamps*, (Ont.), 36578, leave to appeal refused with costs, 25.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Must v. Shkuryna*, (Ont.), 36734, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Musyoki v. Geertsema*, (Ont.), 36727, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nammo v. The Queen in Right of Canada*, (Alta.), 36849, leave to appeal refused, 12.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Natewayes v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36793, notice of discontinuance filed, 23.6.16, avis de désistement produit.
- NAV Canada v. Assessor of Area #01 — Capital*, (B.C.), 36962, leave to appeal refused with costs, 11.8.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nero v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36984, leave to appeal refused, 14.7.16, autorisation d'appel refusée.
- Nguyen v. Lee*, (Ont.), 36528, leave to appeal refused, 21.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Nguyen v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36596, leave to appeal refused, 14.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Nur v. The Queen in Right of Canada*, (Ont.) (Crim.), 36843, leave to appeal refused, 23.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Nutriview Systems Inc. v. Ma*, (B.C.), 36885, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- O'Chiese First Nation v. Alberta Energy Regulator*, (Alta.), 36801, leave to appeal refused with costs, 2.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ocsko v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36888, leave to appeal refused, 19.5.16, autorisation d'appel refusée.

- Oland v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 36986, leave to appeal granted, 30.6.16, autorisation d'appel accordée.
- Oliver v. Blais*, (Man.), 36765, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olumide v. Conservative Party of Canada*, (F.C.), 36861, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olumide v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 36859, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olumide v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 36860, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Olumide v. The Queen in Right of the Province of Ontario*, (Ont.), 36879, leave to appeal refused, 19.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Ostiguy c. Allie*, (Qc), 36694, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.3.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Owens v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36735, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Panagopoulou v. Attorney General of Canada*, (Que.), 36840, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pannu v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36687, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Paradis c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 36789, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Parker v. The Queen*, (F.C.), 36938, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paro Enterprises Ltd. v. Murphy*, (N.L.), 36646, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Patanguli c. Deputy Head (Department of Citizenship and Immigration)*, (C.F.), 36856, leave to appeal refused with costs, 16.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Paterson v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36472, leave to appeal granted, 28.1.16, autorisation d'appel accordée.
- Paul v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 36770, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Peavine Metis Settlement v. Isbister*, (Alta.), 36565, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Peers v. Alberta Securities Commission*, (Alta.), 36865, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.5.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Pellerin Savitz s.e.n.c.r.l. c. Guindon*, (Qc), 36915, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.6.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Ltd.*, (F.C.), 36772, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pilgrim v. Pattison Sign Group*, (Que.), 36763, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Podolski v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36895, leave to appeal refused, 2.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Pompagne de Béton TPG Ltée c. Hydro-Québec*, (Qc), 36755, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Poplawski v. McGill University*, (Que.), 36749, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Poulin de Courval c. Ministre de la sécurité publique et de la protection civile*, (C.F.), 36934, leave to appeal refused, 25.8.16, autorisation d'appel refusée.
- Powell River Energy Inc. v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 36693, leave to appeal refused with costs, 14.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Power v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36994, leave to appeal refused, 18.8.16, autorisation d'appel refusée.
- Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, (B.C.), 36579, leave to appeal refused with costs, 14.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Premier Tech ltée c. Dollo*, (Qc), 36643, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Canada c. Way*, (Qc), 36746, leave to appeal granted with costs in the cause, 21.4.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Procureure générale du Québec c. Guérin*, (Qc), 36775, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.5.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Public Service Alliance of Canada v. Nishnawbe-Aski Police Services Board*, (F.C.), 36742, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pyke v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 36675, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Adjudant J.G.A. Gagnon*, (C.F.) (Crim.), 36844, leave to appeal granted, 22.3.16, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Andrade*, (Ont.) (Crim.), 36597, leave to appeal refused, 14.4.16, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Antic*, (Ont.) (Crim.), 36783, leave to appeal granted, 14.4.16, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Boutilier*, (B.C.) (Crim.), 36582, notice of discontinuance filed, 1.4.16, avis de désistement produit.
- R. v. Bradshaw*, (B.C.) (Crim.), 36537, leave to appeal granted, 14.1.16, autorisation d'appel accordée.
- R. c. Carrier*, (Qc) (Crim.), 36651, leave to appeal refused, 5.5.16, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Hall*, (Ont.) (Crim.), 36886, leave to appeal refused, 9.6.16, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Laflamme*, (Qc) (Crim.), 36731, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Liard*, (Ont.) (Crim.), 36590, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Muise*, (N.S.) (Crim.), 37003, notice of discontinuance filed, 11.5.16, avis de désistement produit.
- R. c. Patry*, (Qc) (Crim.), 36530, leave to appeal refused, 11.2.16, autorisation d'appel refusée.
- R. c. Perreault*, (Qc) (Crim.), 36496, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Tingley*, (N.B.) (Crim.), 36671, leave to appeal refused, 11.2.16, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Vandermeulen*, (Man.) (Crim.), 36726, leave to appeal refused, 18.8.16, autorisation d'appel refusée.
- R.D.A. v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36872, leave to appeal refused, 9.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Rail c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36682, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Rakuten Kobo Inc. v. Commissioner of Competition*, (F.C.), 36554, leave to appeal refused with costs, 14.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rancourt v. St. Lewis*, (Ont.), 36653, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Randle v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36979, leave to appeal refused, 25.8.16, autorisation d'appel refusée.
- Ravelo v. CIBC Mortgages Inc.*, (B.C.), 36663, leave to appeal refused with costs, 28.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Rogers v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36700, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Rogers Communications Canada Inc. v. Society of Composers, Authors, and Music Publishers of Canada*, (F.C.), 36907, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rouleau c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36853, leave to appeal refused, 2.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Roy v. The Queen*, (F.C.), 36928, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ryan v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36841, leave to appeal refused, 26.5.16, autorisation d'appel refusée.
- S.P.M. c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 36794, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Saadati v. Moorhead*, (B.C.), 36703, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.5.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Sanghera v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36627, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Sanofi Pasteur Ltd. v. UPS SCS, Inc.*, (Ont.), 36386, leave to appeal refused with costs, 21.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sapra v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36599, leave to appeal refused, 21.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Scaduto v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 36753, leave to appeal refused with costs, 21.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- SG Air Leasing Ltd. v. Inchatsavane Company (Proprietary) Ltd.*, (Ont.), 36615, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shah v. Bank of Montreal*, (Ont.), 36902, leave to appeal refused with costs, 16.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sheck v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36736, leave to appeal refused, 12.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Sin v. The Queen*, (F.C.), 36900, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sistem Mühendislik Insaat Sanayi Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Kyrgyz Republic*, (Ont.), 36601, leave to appeal refused with costs, 11.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Site Touristique Chute à L'ours de Normandin Inc. c. Nguyen*, (Qc), 36566, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Smith v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36640, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Sobeys West Inc. v. College of Pharmacists of British Columbia*, (B.C.), 36917, leave to appeal refused with costs, 7.7.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société d'assurance générale Northbridge c. Technologies CII inc.*, (Qc), 36897, leave to appeal refused, 9.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Society of Notaries Public of British Columbia v. Jer*, (B.C.), 36592, leave to appeal refused with costs, 21.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Song v. B.C. Human Rights Tribunal*, (B.C.), 37006, leave to appeal refused, 18.8.16, autorisation d'appel refusée.
- Speciale Law Professional Corp. v. Shrader Canada Ltd.*, (Ont.), 36851, leave to appeal refused with costs, 12.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Spence v. BMO Trust Co.*, (Ont.), 36904, leave to appeal refused, 9.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Staff Sergeant Walter Boogaard v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36621, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Suhaag Jewellers Ltd. v. Alarm Factory Inc.*, (Ont.), 36887, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Swales v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36862, leave to appeal refused, 19.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 574 c. Groupe Pages Jaunes Cie*, (Qc), 36562, leave to appeal refused with costs, 18.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des travailleurs(euses) en télécommunications, section locale 1944 c. Telus Communications Inc.*, (Qc), 36787, leave to appeal refused with costs, 28.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat national des travailleurs et travailleuses des pâtes et papiers d'Alma inc. c. PF Résolu Canada inc.*, (Qc), 36608, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Système intérieur GPBR inc. c. Agence du revenu du Québec*, (Qc), 36710, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Takri c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36992, leave to appeal refused, 25.8.16, autorisation d'appel refusée.
- Tang v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36754, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Taseko Mines Ltd. v. Minister of the Environment*, (F.C.), 36807, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, (Ont.), 36647, leave to appeal refused with costs, 9.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Teva Canada Ltd. v. TD Canada Trust*, (Ont.), 36918, leave to appeal granted with costs in the cause, 18.8.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Thordarson v. Midwest Properties Ltd.*, (Ont.), 36820, leave to appeal refused with costs, 26.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Timm c. Procureur général du Canada*, (C.F.) (Crim.), 36722, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Todd Brothers Contracting Ltd. v. Corporation of the Township of Algonquin Highlands*, (Ont.), 36788, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toews v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36757, leave to appeal refused, 17.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Torre c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, (C.F.), 36936, leave to appeal refused with costs, 25.8.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toutsaint v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36943, leave to appeal refused, 28.7.16, autorisation d'appel refusée.
- Tran v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, (F.C.), 36784, leave to appeal granted, 14.4.16, autorisation d'appel accordée.
- Trellis v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36827, leave to appeal refused, 26.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Tremblay v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36932, leave to appeal refused, 30.6.16, autorisation d'appel refusée.
- Trotter v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 36665, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Tuck v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36799, leave to appeal refused, 26.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Tupper v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 36761, leave to appeal refused with costs, 10.3.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turcotte c. Dufour*, (Qc), 36802, leave to appeal refused with costs, 19.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turmel v. The Queen*, (F.C.), 36927, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turmel v. The Queen*, (F.C.), 36937, leave to appeal refused with costs, 23.6.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, (Qc), 36718, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.5.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- United Parcel Service Canada Ltd. v. Wright*, (Ont.), 36719, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Urban Communications Inc. v. BCNET Networking Society*, (B.C.), 36639, leave to appeal granted with costs in the cause, 18.2.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Vetrici v. Vetrici*, (B.C.), 36713, leave to appeal refused, 14.1.16, autorisation d'appel refusée.
- Ville de Montréal c. Dorval*, (Qc), 36752, leave to appeal granted with costs in the cause, 9.6.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Ville de Montréal-Est c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, section locale 301*, (Qc), 36821, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Québec c. Équipements É.M.U. ltée*, (Qc), 36691, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Thetford Mines c. Association des policiers de Thetford Mines*, (Qc), 36547, leave to appeal refused with costs, 14.1.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Visic v. University of Windsor*, (Ont.), 36767, leave to appeal refused, 7.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Viszlai v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36824, leave to appeal refused, 2.6.16, autorisation d'appel refusée.
- W.E.M. v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36680, leave to appeal refused, 10.3.16, autorisation d'appel refusée.
- Whirlpool Canada LP v. Alliance Laundry Systems LLC*, (F.C.), 36782, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Whyte v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.), 37036, notice of discontinuance filed, 25.8.16, avis de désistement produit.
- Wiens v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36960, leave to appeal refused, 4.8.16, autorisation d'appel refusée.
- Wilson v. Alharayeri*, (Que.), 36689, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.4.16, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Winnipeg Airports Authority Inc. v. Public Service Alliance of Canada*, (Man.), 36750, leave to appeal refused with costs, 7.4.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wright Medical Technology Canada Ltd. v. Taylor*, (N.S.), 36629, leave to appeal refused with costs, 11.2.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wu v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36744, leave to appeal refused, 21.3.16, autorisation d'appel refusée.
- X.M.V. c. F.V.*, (Qc), 36709, leave to appeal refused, 25.2.16, autorisation d'appel refusée.
- XY v. Minister of Justice of Canada*, (Ont.) (Crim.), 36737, leave to appeal refused, 14.4.16, autorisation d'appel refusée.
- Zenner v. Zenner*, (N.S.), 36796, leave to appeal refused, 5.5.16, autorisation d'appel refusée.
- Zurich Insurance Co. v. TD General Insurance Co.*, (Ont.), 36803, leave to appeal refused with costs, 5.5.16, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case).

	PAGE		PAGE
A		E	
Atomic Energy of Canada Ltd., Wilson v.	770	Equitable Trust Co., Heritage Capital Corp. v.	306
B		Equitable Trust Co., Krayzel Corp. v.	273
Borowiec, R. v.	80	F	
Brine v. Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc.	72	Ferme Vi Ber inc. v. Financière agricole du Québec	1032
British Columbia (Workers’ Compensation Appeal Tribunal) v. Fraser Health Authority	587	Financière agricole du Québec, Ferme Vi Ber inc. v.	1032
C		Financière agricole du Québec, Lafortune v.	1091
Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec	336	Fraser Health Authority, British Columbia (Workers’ Compensation Appeal Tribunal) v.	587
Canada (Attorney General), Canadian Pacific Railway Co. v.	6	G	
Canada (Attorney General), Carter v.	13	Gagnon, R. v.	25
Canada (Indian Affairs and Northern Development), Daniels v.	99	H	
Canada (National Revenue) v. Thompson	381	Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.	306
Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Attorney General)	6	I	
Carter v. Canada (Attorney General)	13	Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc., Brine v.	72
Cassels Brock & Blackwell LLP, Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v.	851	J	
Cawthorne, R. v.	983	Jordan, R. v.	631
Chambre des notaires du Québec, Canada (Attorney General) v.	336	K	
Châteauguay (City), Rogers Communications Inc. v.	467	K.R.J., R. v.	906
Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l’enseignement de la région de Laval	29	Knapczyk, R. v.	78
D		Krayzel Corp. v. Equitable Trust Co.	273
D.L.W., R. v.	402		
Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)	99		

	PAGE		PAGE
L		S	
Lafortune v. Financière agricole du Québec	1091	S.H. v. Quebec (Emploi et Solidarité sociale)	3
Laliberté, R. v.	270	Saeed, R. v.	518
Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP	851	Safarzadeh-Markhali, R. v.	180
Lloyd, R. v.	130	Seruhungo, R. v.	9
M		Shaoulle, R. v.	268
Meer, R. v.	21	Spicer, R. v.	11
N		Syndicat de l'enseignement de la région de Laval, Commission scolaire de Laval v.	29
Newman, R. v.	27	T	
Q		Thompson, Canada (National Revenue) v.	381
Quebec (Emploi et Solidarité sociale), S.H. v.	3	V	
R		Vassell, R. v.	625
R. v. Borowiec	80	Villaroman, R. v.	1000
R. v. Cawthorne	983	W	
R. v. D.L.W.	402	Wallace, World Bank Group v.	207
R. v. Gagnon	25	Williamson, R. v.	741
R. v. Jordan	631	Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.	770
R. v. K.R.J.	906	World Bank Group v. Wallace	207
R. v. Knapczyk	78		
R. v. Laliberté	270		
R. v. Lloyd	130		
R. v. Meer	21		
R. v. Newman	27		
R. v. Saeed	518		
R. v. Safarzadeh-Markhali	180		
R. v. Seruhungo	9		
R. v. Shaoulle	268		
R. v. Spicer	11		
R. v. Vassell	625		
R. v. Villaroman	1000		
R. v. Williamson	741		
Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)	467		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt.

	PAGE		PAGE
B		E	
Borowiec, R. c.	80	Énergie Atomique du Canada Ltée, Wilson c.	770
Brine c. Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc.	72	Équitable, Cie de fiducie, Heritage Capital Corp. c.	306
C		F	
Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), Daniels c.	99	Ferme Vi Ber inc. c. Financière agricole du Québec	1032
Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec	336	Financière agricole du Québec, Ferme Vi Ber inc. c.	1032
Canada (Procureur général), Carter c.	13	Financière agricole du Québec, Lafortune c.	1091
Canada (Procureur général), Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c.	6	Fraser Health Authority, Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c....	587
Canada (Revenu national) c. Thompson	381	G	
Carter c. Canada (Procureur général)	13	Gagnon, R. c.	25
Cassels Brock & Blackwell LLP, Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c.	851	Groupe de la Banque mondiale c. Wallace	207
Cawthorne, R. c.	983	H	
Chambre des notaires du Québec, Canada (Procureur général) c.	336	Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie	306
Châteauguay (Ville), Rogers Communications Inc. c.	467	I	
Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal) c. Fraser Health Authority... ..	587	Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc., Brine c.	72
Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval	29	J	
Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Procureur général)	6	Jordan, R. c.	631
D		K	
D.L.W., R. c.	402	K.R.J., R. c.	906
Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)	99	Knapczyk, R. c.	78
		Krayzel Corp. c. Équitable, Cie de fiducie	273

	PAGE		PAGE
L		S	
Lafortune c. Financière agricole du Québec	1091	S.H. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)	3
Laliberté, R. c.	270	Saeed, R. c.	518
Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP	851	Safarzadeh-Markhali, R. c.	180
Lloyd, R. c.	130	Seruhungo, R. c.	9
		Shaoulle, R. c.	268
M		Spicer, R. c.	11
Meer, R. c.	23	Syndicat de l'enseignement de la région de Laval, Commission scolaire de Laval c.	29
		T	
N		Thompson, Canada (Revenu national) c.	381
Newman, R. c.	27	V	
		Vassell, R. c.	625
Q		Villaroman, R. c.	1000
Québec (Emploi et Solidarité sociale), S.H. c.	3	W	
R		Wallace, Groupe de la Banque mondiale c.	207
R. c. Borowiec	80	Williamson, R. c.	741
R. c. Cawthorne	983	Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée	770
R. c. D.L.W.	402		
R. c. Gagnon	25		
R. c. Jordan	631		
R. c. K.R.J.	906		
R. c. Knapczyk	78		
R. c. Laliberté	270		
R. c. Lloyd	130		
R. c. Meer	23		
R. c. Newman	27		
R. c. Saeed	518		
R. c. Safarzadeh-Markhali	180		
R. c. Seruhungo	9		
R. c. Shaoulle	268		
R. c. Spicer	11		
R. c. Vassell	625		
R. c. Villaroman	1000		
R. c. Williamson	741		
Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)	467		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241	483, 501
A		
A. (L.L.) v. B. (A.)	[1995] 4 S.C.R. 536	226, 373
A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)	2007 SCC 42, [2007] 3 S.C.R. 217	420
Abdoulrab v. Ontario Labour Relations Board	2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641	813
Aecon Buildings v. Stephenson Engineering Ltd.	2011 SCC 33, [2011] 2 S.C.R. 560	75
Affiliated FM Insurance Co. v. Hafner Inc.	2006 QCCA 465	1066, 1106
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559	796
Air Canada v. British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1161	301
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567	201, 942, 970
Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham	2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670	122
Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)	2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345	793
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 2 S.C.R. 225	487
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	47
Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College	2004 SCC 28, [2004] 1 S.C.R. 727	63
Altus Group Ltd. v. Calgary (City)	2015 ABCA 86, 599 A.R. 223	813
Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization	2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866	218
Amberwood Investments Ltd. v. Durham Condominium Corp. No. 123 ...	(2002), 58 O.R. (3d) 481	321
Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.	2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389	301
Armstrong v. L.H. & Co.	[2005] C.L.A.D. No. 161 (QL)	817
Association des enseignants de Le Royer v. Commission scolaire régionale Le Royer	(1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43	56
Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)	2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139	878
Attorney General of Canada v. Canard	[1976] 1 S.C.R. 170	121
Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée.....	[1985] 1 S.C.R. 831	327, 397, 462
Austerberry v. Corporation of Oldham	(1885), 29 Ch. D. 750	320

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
B		
Ballard Estate v. Ballard Estate	S.C.C., No. 22499, July 2, 1991 (reproduced in Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada, 1991, p. 1998)	76
Bank of Montreal v. Marcotte	2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725	515
Beatty v. Best Theratronics Ltd.	2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64	826
Beauchamp v. Timberland Investments Ltd.	(1983), 44 O.R. (2d) 512	290
Beavers v. Haubert	198 U.S. 77 (1905)	724
Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation	2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103	119
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	321, 828
Berardinelli v. Ontario Housing Corp.	[1979] 1 S.C.R. 275	825
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1993] 1 S.C.R. 12	888
Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.	[1975] A.C. 591	823, 925
Blass v. University of Regina Faculty Assn.	2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262	66
Borowski v. Canada (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 342	110
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	1016
Breedon v. Black	2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666	866, 894
Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft m.b.H.	[1983] 2 A.C. 34	884
Brissette v. Financière agricole	2006 QCCS 1620	1057
Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 S.C.R. 87	1066, 1106
Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533	301
British Columbia (Attorney General) v. Christie	2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873	814
British Columbia Telephone Co. v. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 739	815
British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola	2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422	793
C		
Canada (Attorney General) v. Bedford	2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101	191
Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec	2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336	386
Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada ...	2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401 ...	350, 391, 681
Canada (Attorney General) v. Hislop	2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429	672
Canada (Attorney General) v. Mavi	2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504	1057
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134	485
Canada (Attorney General) v. Whaling	2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392	931, 962
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	49, 793
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	791, 810, 815
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	611
Canada (National Revenue) v. Thompson	2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381	368
Canada (Prime Minister) v. Khadr	2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	109
Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health ...	2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574	352, 393
Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.	2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615	293
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76	994

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canadian National Railway Co. v. Benson	2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218	829
Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)	2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135	320
Canadian Nuclear Laboratories v. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772	2015 ONSC 3436	66
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	624
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 ...	126, 482, 502
CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)	[1999] 1 S.C.R. 743	823
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission	[1978] 2 S.C.R. 141	483, 515
Carter v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331 ...	201, 375, 938
Caswell v. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.	[1940] A.C. 152	623
Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)	2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5	791, 810
Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3	813
Chadee v. Norway House First Nation	(1996), 113 Man. R. (2d) 110	826
Chalifoux v. Driftpile First Nation	[2000] C.L.A.D. No. 368 (QL)	817
Champagne v. Atomic Energy of Canada Ltd.	2012 CanLII 97650	815
Chandler v. Alberta Association of Architects	[1989] 2 S.C.R. 848	604
Chandran v. National Bank of Canada	2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256	825
Cherubini Metal Works Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)	2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134	60
Chevron Corp. v. Yaiguaje	2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69	894
Christmas v. Fort McKay First Nation	2014 ONSC 373, 119 O.R. (3d) 21	884
Cie minière Québec Cartier v. Quebec (Grievances arbitrator)	[1995] 2 S.C.R. 1095	62
Clements v. Clements	2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181	607
Cloutier v. Langlois	[1990] 1 S.C.R. 158	558
Club Resorts Ltd. v. Van Breda	2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572 ...	861, 879
Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. v. Windsor (City) ...	(1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258	1060
Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield v. Gauthier Cashman	[1984] R.D.J. 385	66
Comité de révision de l'aide juridique v. Denis	2007 QCCA 126	59
Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)	2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453	64
Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.	2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458 ...	48, 789, 810
Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.	[1991] 3 S.C.R. 388	300
Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)	2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511	1054
Consolidated Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888	1073
Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)	[1998] 3 S.C.R. 3	43, 67
Cooper v. Exalta Transport Services Ltd.	[2002] C.L.A.D. No. 612 (QL)	817
Cornelson v. Alliance Pipeline Ltd.	2014 ABQB 436	825
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	[1991] 2 S.C.R. 5	146
Cunningham v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 143	932
Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.	(2005), 74 O.R. (3d) 321	877

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
D		
D. McCool Transport Ltd. and Bosma	[1998] C.L.A.D. No. 315 (QL)	817
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	226, 945
Daniels v. Whitecap Dakota First Nation	[2008] C.L.A.D. No. 135 (QL)	817
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	126
Descôteaux v. Mierzwinski	[1982] 1 S.C.R. 860	352, 391
Dillingham Construction Ltd. v. Patrician Land Corp.	(1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193	285
Dominic v. TI'azt'en Nation	2011 CarswellNat 3085 (WL Can.)	817
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	146
Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works	(1872), L.R. 5 H.L. 418	57
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	44, 67, 602, 613, 788, 810, 813
E		
Earl v. Wilhelm	2000 SKCA 1, 183 D.L.R. (4th) 45	889
Eastern Power Ltd. v. Azienda Comunale Energia & Ambiente	(1999), 178 D.L.R. (4th) 409	884
Eco-Tec Inc. v. Lu	2015 ONCA 818, 343 O.A.C. 140	870
Ediger v. Johnston	2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98	605
Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.	2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636	876, 904
Excellence (L'), compagnie d'assurance vie v. Desjardins	2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085	1066, 1106
F		
F.H. v. McDougall	2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41	606
Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.	[2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32	623
Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)	2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431	231
Ferme Vi Ber inc. v. Financière agricole du Québec	2016 SCC 34, [2016] 1 S.C.R. 1032	1098
Financière agricole du Québec v. Coddington	2013 QCCQ 6238	1064
Financière agricole du Québec v. Forand	2009 QCCQ 10263	1059
Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.	2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456	353, 391
Fraser v. The King	[1936] S.C.R. 1	1018
Frey v. Fedoruk	[1950] S.C.R. 517	432
G		
G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re	2015 CarswellNat 7465 (WL Can.)	805, 816
Galambos v. Perez	2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247	888
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057	[1990] 1 S.C.R. 1298	825
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet	[1977] 2 S.C.R. 537	47
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	486, 502
George A. Demeyere Tobacco Farms Ltd. v. Continental Insurance Co.	(1984), 46 O.R. (2d) 423	1057
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission) ...	2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494	503
Glykis v. Hydro Québec	2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285	1059
Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services).....	2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32	352, 392
Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) ...	2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250	484

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.....	[1956] S.C.R. 610	287, 834
Gouchev v. Sturgeon Lake Cree Nation	2011 CarswellNat 3430 (WL Can.)	817
Gralewicz v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 493	435
GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.	2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401	896
H		
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511	127
Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Govern- ment Services)	2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108	793
Halkowich and Fairford First Nation	[1998] C.L.A.D. No. 486 (QL)	817
Harper v. Canada (Attorney General)	2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827	973
Henry v. Henry	[1953] O.J. No. 347 (QL)	429, 459
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	490, 514
Hodge's Case	(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136	1009
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	1109
Hryniak v. Mauldin	2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87	878
Hunt v. T&N plc	[1993] 4 S.C.R. 289	868
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	355, 568
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	502
I		
Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée.....	[1975] 2 S.C.R. 2	289
In re Income Tax Act	[1963] C.T.C. 1	396
In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada ...	[1932] A.C. 304	483, 515
Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)	2003 CarswellNat 7342 (WL Can.)	817
Industrielle, Compagnie d' Assurance sur la Vie v. Bolduc	[1979] 1 S.C.R. 481	1073
Inland Revenue Commissioners v. Hinchy	[1960] A.C. 748	300
Inukshuk Wireless Partnership v. 4253311 Canada Inc.	2013 ONSC 5631, 117 O.R. (3d) 206	884
Iraq v. Vinci Constructions	(2002), 127 I.L.R. 101	245
J		
Jackson v. Gitksan Treaty Society	2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179	826
Jacobs v. Agricultural Stabilization Board	[1982] 1 S.C.R. 125	1056
Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.	[1996] C.L.A.D. No. 631 (QL)	817
Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk	2007 SCC 55, [2007] 3 S.C.R. 679	872
Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada ...	2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744	1066
John v. The Queen	[1971] S.C.R. 781	1015
John Doe v. Ontario (Finance)	2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3	322
Jory v. Cox	(1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77	304
K		
Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)	2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909	797
Kelso v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 199	841
King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.	2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63	320
Kirzner v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 487	436
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146	485, 503

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Klein v. Royal Canadian Mint	2013 CLLC ¶210-013	816
Knopp v. Westcan Bulk Transport Ltd.	[1994] C.L.A.D. No. 172 (QL)	805, 817
Kovach, Re	(1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98	606
Kozak v. Funk	(1997), 158 Sask. R. 283	623
Krayzel Corp. v. Equitable Trust Co.	2016 SCC 18, [2016] 1 S.C.R. 273	335
Krieger v. Law Society of Alberta	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372	992
Kuchma v. Rural Municipality of Tache	[1945] S.C.R. 234	501
L		
Lafortune v. Financière agricole du Québec	2016 SCC 35, [2016] 1 S.C.R. 1091	1065
Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.	2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182 ... 293, 302	
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209	343, 391, 681
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	1053
Law Society of British Columbia v. Mangat	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113 ... 485, 502	
Law Society of British Columbia v. Mangat	S.C.C., No. 27108, August 31, 2000 (Bulletin of Proceedings, September 29, 2000, p. 1542)	229
Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535	120
Lazarus v. Information Communication Services (ICS) Inc.	[2015] O.J. No. 5304 (QL)	826
Lemieux Bélanger v. Commissaires d'Écoles pour la Municipalité de St-Gervais	[1970] S.C.R. 948	841
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740... ..	[1990] 3 S.C.R. 644	613
Lethbridge Regional Police Service v. Lethbridge Police Association	2013 ABCA 47, 542 A.R. 252	66
Liang v. Canada (Attorney General)	2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159	963
Lizotte v. The King	[1951] S.C.R. 115	1018
Logan v. Progressive Air Service Ltd.	[1997] B.C.J. No. 129 (QL)	826
Lovelace v. Ontario	2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950	111
Lum v. Shaw Communications Inc.	2004 NBCA 35, 270 N.B.R. (2d) 141	825
M		
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	972
M.M. v. United States of America	2015 SCC 62, [2015] 3 S.C.R. 973	797
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 S.C.R. 986	808, 834
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796	58
Madill v. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.	[2015] C.L.A.D. No. 114 (QL)	805, 816
Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)	2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623	119
Maranda v. Richer	2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193 ... 349, 391	
Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada	[1976] 1 S.C.R. 108	432, 459
Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate	2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53	484, 502
Martel Building Ltd. v. Canada	2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860 ... 1060, 1105	
Martin v. Osborne	(1936), 55 C.L.R. 367	1020
Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue	[1977] 2 S.C.R. 996	1054
McCloud v. Samson Cree Nation	[2011] C.L.A.D. No. 119 (QL)	817
McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation	2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846	301
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	950
McLean v. British Columbia (Securities Commission)	2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895	49

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
McLean v. The King	[1933] S.C.R. 688	1011
Medwid v. Ontario	(1988), 63 O.R. (2d) 578	606
Meringolo v. Oshawa General Hospital	(1991), 46 O.A.C. 260	623
Mezzo v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 802	1015
Miazga v. Kvello Estate	2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339	992
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388	120
Miller v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 680	149, 170
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	675, 689
Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand	[1979] 1 S.C.R. 495	60
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)...	2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152	812
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.	2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141	301
Montréal (City) v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)	2008 SCC 48, [2008] 2 S.C.R. 698	39
Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 S.C.R. 368	501
Moore v. Castlegar & District Hospital	(1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100	601
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	868
Morrisseau v. Tootinaowaziibeeng First Nation	(2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134	842
Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General) ...	2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3	972
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	490, 502
Muscutt v. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	897
Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.	2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114	593
N		
Nadeau v. Gareau	[1967] S.C.R. 209	421
Nardocchio v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1979), 41 N.S.R. (2d) 26	825
National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris	[1990] 2 S.C.R. 1029	1066
Nelson v. Champion Feed Services Inc.	2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162 ...	825
Neophytou v. Fraser	2015 ONCA 45, 63 C.P.C. (7th) 13	870
New Jersey v. T.L.O.	469 U.S. 325 (1985)	980
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)	2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708	48
Newman v. Northern Thunderbird Air Inc.	[2014] C.L.A.D. No. 248 (QL)	806, 816
Ng v. Bank of Montreal	2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86	829
NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union	2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696	126
Noble China Inc. v. Lei	(1998), 42 O.R. (3d) 69	59
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616 ...	48, 70, 788
North Island Laurentian Teachers' Union P.A.P.T. v. Commission scolaire Laureval	(1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262	64
North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.	(1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376	295, 302
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1978] 2 S.C.R. 662	500
O		
O'Brien v. Mushuau Innu First Nation	2015 CanLII 20942	806, 816
O'Rourke v. Commissioner for Railways	(1890), 15 App. Cas. 371	57
Ontario (Attorney General) v. Fraser	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3	657

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.	2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147	797
Oppenheim forfait GmbH v. Lexus maritime inc.	1998 CanLII 13001	902
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	502
Organic Research Inc. v. Minister of National Revenue.....	(1990), 111 A.R. 336	370
Owens, Re Application for Judicial Review	[2015] NIQB 29	245
P		
P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva	2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108 ... 288, 302	
Page v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal) ...	2009 BCSC 493	615
Palmer v. Dempsey Laird Trucking Ltd.	2012 CarswellNat 1620 (WL Can.)	817
Paquette v. TeraGo Networks Inc.	2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶210-056 ...	825
Paquette v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 189	436
Pare v. Corus Entertainment Inc.	[2015] C.L.A.D. No. 103 (QL)	805, 816
Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re	2006 CarswellNat 6950 (WL Can.)	842
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P. S.E.U., Local 324	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157 63, 286, 322, 834	
Pasiecznyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 S.C.R. 890	606
Paul v. National Centre for First Nations Governance	2012 CanLII 85154	816
Payne and Bank of Montreal, Re	(2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114	806, 816
Pereira v. Bank of Nova Scotia	(2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267	828
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	434
Perley v. Maliseet First Nation at Tobique	2010 CarswellNat 4618 (WL Can.)	817
Peters v. Canada (Attorney General)	2009 FC 400	1054
Pierre v. Roseau River Tribal Council	[1993] 3 F.C. 756	814
Pixiu Solutions Inc. v. Canadian General-Tower Ltd.	2016 ONSC 906	873
Poulter v. Gull Bay First Nation	2011 CarswellNat 3466 (WL Can.)	842
Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)	2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809 371, 394	
Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale v. Ferland	[2001] R.J.Q. 2882	61
Prosper v. PADC Management Co.	[2010] C.L.A.D. No. 430 (QL)	817
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General) ...	2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44	971
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)....	[1998] 1 S.C.R. 982	150, 168, 231
Q		
Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693	485
Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Associ- ation	2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 484, 515	
Quebec (Attorney General) v. Lacombe	2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453 485, 508	
R		
R. v. A. (R.K.)	2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74	934
R. v. A.D.H.	2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269	419
R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24	614
R. v. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	614
R. v. Ahmed	2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL)	257

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Ali	2013 ONSC 2629	260
R. v. Alizadeh	2013 ONSC 5417	260
R. v. Anderson	2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167	204
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	256
R. v. Askov	[1990] 2 S.C.R. 1199	650, 689
R. v. Auclair	2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83	628, 667
R. v. Backhouse	(2005), 194 C.C.C. (3d) 1	549
R. v. Bagshaw	[1972] S.C.R. 2	1020
R. v. Baigent	2013 BCCA 28, 335 B.C.A.C. 11	1020
R. v. Beason	(1983), 36 C.R. (3d) 73	694
R. v. Bernath	2015 BCSC 632	260
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	145, 931
R. v. Biniaris	2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381	1024
R. v. Black	2007 SKPC 46, 296 Sask. R. 289	465
R. v. Blais	2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236	123
R. v. Bourne	(1952), 36 Cr. App. R. 125	426
R. v. Brassard	[1993] 4 S.C.R. 287	705
R. v. Brown	2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185	352
R. v. Bryan	2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527	973
R. v. Bryan	2010 NWTSC 41	166
R. v. Brydges	[1990] 1 S.C.R. 190	672
R. v. Budreo	(2000), 46 O.R. (3d) 481	941
R. v. Buhay	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631	574
R. v. Bui	2014 ONCA 614, 14 C.R. (7th) 149	1019
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	973
R. v. C.L.Y.	2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5	1010
R. v. Cardinal	(1990), 106 A.R. 91	1024
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	538, 558
R. v. Chaplin	[1995] 1 S.C.R. 727	260
R. v. Chartrand	[1994] 2 S.C.R. 864	460
R. v. Chuhaniuk	2010 BCCA 403, 292 B.C.A.C. 89	574
R. v. Cole	2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34	570
R. v. Comba	[1938] O.R. 200	1020
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	662, 689
R. v. Coombs	2003 ABQB 818, 343 A.R. 212	85
R. v. Cooper	[1978] 1 S.C.R. 860	1011
R. v. Côté	2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215	570, 580
R. v. Cozins	(1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272	425
R. v. Croft	2013 ABQB 705, 576 A.R. 333	259
R. v. Cross	2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163	930
R. v. Cuerrier	[1998] 2 S.C.R. 371	434
R. v. Cunningham	2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331	357
R. v. D. (R.)	2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28	755
R. v. Daniels	2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290	1008
R. v. Defaveri	2014 BCCA 370, 361 B.C.A.C. 301	1019
R. v. Delorme	2010 NWTSC 42	166
R. v. Desmond	2010 BCPC 127	166
R. v. Dhillon	2012 BCCA 254, 93 C.R. (6th) 260	574

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Dineley	2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272	924
R. v. Dipnarine	2014 ABCA 328, 584 A.R. 138	1021
R. v. Draskoczi	2008 NWTTC 12	166
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	255
R. v. Dunbar	(1982), 68 C.C.C. (2d) 13	373
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417	541, 561
R. v. E. (A.W.)	[1993] 3 S.C.R. 155	448
R. v. Ebanks	2009 ONCA 851, 97 O.R. (3d) 721	257
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	351
R. v. Edwardsen	2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191	260
R. v. Elliott	(2003), 114 C.R.R. (2d) 1	663
R. v. Fearon	2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621	538, 681
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 117	672
R. v. Ferguson	2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96	149, 163
R. v. Fleet	(1997), 120 C.C.C. (3d) 457	1012
R. v. G. (B.)	[1999] 2 S.C.R. 475	825
R. v. G.D.B.	2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520	24
R. v. Gardiner	(1987), 35 C.C.C. (3d) 461	171
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	219
R. v. Ghavami	2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74	686, 711
R. v. Godin	2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3	627, 654, 689, 755
R. v. Golden	2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679	536, 558, 575
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485	148, 160
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	256
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	537, 570, 573
R. v. Greyeyes	[1997] 2 S.C.R. 825	149
R. v. Griffin	2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42	1011
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263	392
R. v. Guiller	(1985), 48 C.R. (3d) 226	156, 160
R. v. Guimont	(1999), 141 C.C.C. (3d) 314	87
R. v. H. (T.G.)	2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581	550
R. v. H.-G.	2005 QCCA 1160	550
R. v. Harrison	2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494	578, 755
R. v. Henry	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609	657
R. v. Heywood	(1992), 20 B.C.A.C. 166	933
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761	934
R. v. Hibbert	[1995] 2 S.C.R. 973	436
R. v. Hibbert	2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445	271
R. v. Hooyer	2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81	929
R. v. Ipeelee	2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433	155, 176, 204, 928
R. v. J.J.B.B.	2007 BCPC 426	465
R. v. Jacobs	(1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830	443
R. v. Jaw	2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26	460
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	993

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Jobidon	[1991] 2 S.C.R. 714	418
R. v. Johnson	2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41	166
R. v. Jordan	2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631	745, 756, 757
R. v. K.D.H.	2012 ABQB 471, 546 A.R. 248	465
R. v. Kaysaywaysemat	(1992), 97 Sask. R. 66	1024
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	967
R. v. Kelly	[1992] 2 S.C.R. 170	462, 926
R. v. Khan	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823	997
R. v. Khela	2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104	1019
R. v. Kitaitchik	(2002), 166 C.C.C. (3d) 14	573
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	575
R. v. Kotsabasakis	2008 NBQB 266, 334 N.B.R. (2d) 396	166
R. v. L.B.	(2008), 237 C.C.C. (3d) 215	92
R. v. L.B.	2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365	86, 445
R. v. La	[1997] 2 S.C.R. 680	265
R. v. Laboucan	2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397	1010
R. v. Lacasse	2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089	158, 159, 928
R. v. Laporte	2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9	560
R. v. Laporte	2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL)	545
R. v. Latimer	2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3	162, 436
R. v. Legere	(1988), 89 N.B.R. (2d) 361	542
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	259
R. v. Lemke	2015 ABQB 444	260
R. v. Leung	2014 BCSC 558	92
R. v. Levin	2015 ONCJ 290	934
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	1008
R. v. Liu	(1989), 95 A.R. 201	1024
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711	161
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	148, 170, 929
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	159
R. v. M.G.	2002 CanLII 45200	416
R. v. Mabior	2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584	433
R. v. MacDougall	[1998] 3 S.C.R. 45	658
R. v. MacMunn	2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242	755
R. v. MacPherson	2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428	755
R. v. Malmo-Levine	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	155, 205, 994
R. v. Mars	(2006), 205 C.C.C. (3d) 376	1024
R. v. Mayuran	2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162	1012
R. v. McClure	2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445	352
R. v. McDonnell	[1997] 1 S.C.R. 948	434
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	433, 975
R. v. McIver	[1965] 2 O.R. 475	1019
R. v. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 627	351, 397
R. v. McKinnon	2013 BCSC 2212	257
R. v. McLaughlin	[1980] 2 S.C.R. 331	433

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. McNeil	2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66	254
R. v. Meunier	2011 QCCQ 1588	166
R. v. Mitchell	[1964] S.C.R. 471	1011
R. v. Mitchell	[2008] QCA 394	1020
R. v. Monney	[1999] 1 S.C.R. 652	541
R. v. Morelli	2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253	257, 574, 1025
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	486, 503
R. v. Moriarity	2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485	192, 940
R. v. Morin	(1990), 55 C.C.C. (3d) 209	732
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	627, 647, 689, 750, 756, 760
R. v. Morrisey	2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90	148, 162
R. v. Morrissey	(1995), 22 O.R. (3d) 514	1010
R. v. Murrins	2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288	927
R. v. Nasogaluak	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206	160
R. v. National Post	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477	352
R. v. Nuosci	[1993] 4 S.C.R. 283	705
R. v. Nur	2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773	140, 160
R. v. O'Connor	1975 CarswellBC 842 (WL Can.)	172
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	219, 993
R. v. O'Connor	(2002), 62 O.R. (3d) 263	271
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	157, 201, 938, 966
R. v. Omar	2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493	681
R. v. Orbanski	2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3	977
R. v. Otchere-Badu	2010 ONSC 5271	166
R. v. Parchment	2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146	546
R. v. Paré	[1987] 2 S.C.R. 618	459
R. v. Parks	[1992] 2 S.C.R. 871	89
R. v. Paul	[1977] 1 S.C.R. 181	1023
R. v. Perron	2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369	934
R. v. Pidskalny	2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396	653
R. v. Pires	2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343	227
R. v. Pohoretsky	[1987] 1 S.C.R. 945	561
R. v. Poirier	C.Q. Chicoutimi, Nos. 150-01-001993-923 and 150-01-002026-921, February 2, 1993	456
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	993
R. v. Powley	2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207	109
R. v. Proulx	2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61 ...	327, 462, 936
R. v. R.E.M.	2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3	1010
R. v. R.R.B.	2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106	934
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	689
R. v. Rainville	2010 ABCA 288, 490 A.R. 150	166
R. v. Ralph	2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1	762
R. v. Regan	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297	992
R. v. Rodgers	2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554	922
R. v. Rodgeron	2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760	667
R. v. Ruvinsky	[1998] O.J. No. 3621 (QL)	456

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Ruzic	2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687	436
R. v. S.L.R.	2003 ABCA 148	1024
R. v. Scheer	(1932), 26 Alta. L.R. 489	166
R. v. Schertzer	2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270	628
R. v. Schledermann	2014 ONSC 674	934
R. v. Scott	2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310	755
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	373
R. v. Sharma	[1992] 1 S.C.R. 814	702
R. v. Sharpe	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45	939, 973
R. v. Sipes	2009 BCSC 612	257
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	148, 160
R. v. Smith	[1989] 2 S.C.R. 1120	689
R. v. Smyth	[2006] O.J. No. 5527 (QL)	549
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	119
R. v. Spencer	2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212	573
R. v. St-Onge Lamoureux	2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187	977
R. v. Steele	2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255	762
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	537, 558, 572
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	254
R. v. Summers	2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575	184, 420, 458
R. v. T. (V.)	[1992] 1 S.C.R. 749	421
R. v. Tabujara	2010 BCSC 1568	166
R. v. Taylor	2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495	573
R. v. Tessier	(1997), 113 C.C.C. (3d) 538	272
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	561
R. v. Tombran	(2000), 142 C.C.C. (3d) 380	1013
R. v. Tracey	2008 CanLII 68168	166
R. v. Tremblay	[1987] 2 S.C.R. 435	670
R. v. Trochym	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239	272
R. v. Vassell	2016 SCC 26, [2016] 1 S.C.R. 625	666
R. v. Voong	2013 BCCA 527, 347 B.C.A.C. 278	574
R. v. Vu	2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657	570
R. v. Washington	2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65	574
R. v. Way	2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258	260
R. v. Weiler	(1975), 23 C.C.C. (2d) 556	171
R. v. White	2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433	460
R. v. Wigglesworth	[1987] 2 S.C.R. 541	924
R. v. Williamson	2016 SCC 28, [2016] 1 S.C.R. 741	657
R. v. Wishart	(1954), 110 C.C.C. 129	429, 459
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	1024
R. v. Yonis	2011 ABPC 20	166
R. v. Young	2010 NWTSC 18	166
R. (Bancoult) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)	[2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921	245
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	159
Re Knight Lumber Co.	(1959), 22 D.L.R. (2d) 92	57

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Re Shewchuk and Ricard	(1986), 28 D.L.R. (4th) 429	146
Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce	(1981), 32 O.R. (2d) 183	284
Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)	2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643	397
Redlon Agencies Ltd. v. Norgren	2005 FC 804	788
Reece v. Edmonton (City)	2011 ABCA 238, 513 A.R. 199	461
Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec	[1939] S.C.R. 104	120
Reference re Assisted Human Reproduction Act	2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457	490
Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23	2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669	502
Reference re Firearms Act (Can.)	2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783	503
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	814
Reference re Same-Sex Marriage	2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698	123
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	814
Reference re Securities Act	2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837	485
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 S.C.R. 252	1066, 1106
Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.	2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717	287, 301
Rhone v. Stephens	[1994] 2 A.C. 310	321
Ridley v. Gitxaala Nation	[2009] C.L.A.D. No. 267 (QL)	841
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	490
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	231, 286, 464, 808, 823
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	192, 941, 967
Roberts v. Bank of Nova Scotia	(1979), 1 L.A.C. (3d) 259	803
Rodgers v. Sun Radio Ltd.	(1991), 109 N.S.R. (2d) 415	826
Rollo Bay Holdings Ltd. v. Prince Edward Island Agricultural Development Corp.	(1993), 110 D.L.R. (4th) 132	1062
Ryder v. Carry The Kettle First Nation	2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239	825
S		
Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.	2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623	878
Sam v. Wilson	2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199	601
Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.	2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419	486
Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.	2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633	319
Schimanski v. B & D Walter Trucking Ltd.	2014 ABPC 288	826
Schuldt v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 592	1016
Scimet v. African Development Bank	(1997), 128 I.L.R. 582	237
Serra v. Serra	2009 ONCA 105, 93 O.R. (3d) 161	881
Sharma v. Maple Star Transport Ltd.	2015 CanLII 43356	805, 816
Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re	2013 CarswellNat 4148 (WL Can.)	806, 816
Shearson Lehman Bros. Inc. v. Maclaine Watson & Co. (No. 2)	[1988] 1 All E.R. 116	242
Siemens v. Manitoba (Attorney General)	2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6	490
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	834
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160	47, 789
Smith v. Jones	[1999] 1 S.C.R. 455	352
Snell v. Farrell	[1990] 2 S.C.R. 311	599, 615

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers	2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427	868
Solosky v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 821	110, 352, 391
Souscripteurs du Lloyd's v. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.	2012 QCCA 1376	1066, 1106
Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)	[1988] 2 S.C.R. 1015	225
Speckling v. Workers' Compensation Board (B.C.)	2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86	605
Spilberg v. Total Transportation Solutions Inc.	[2014] O.J. No. 2903 (QL)	826
Stark v. Tl'azt'en Nation	2011 CarswellNat 3074 (WL Can.)	817
Steele v. Mountain Institution	[1990] 2 S.C.R. 1385	160
Strode v. Parker	(1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804	304
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536	397
Sûreté du Québec v. Lussier	[1994] R.D.J. 470	66
Swanson and Qualicum First Nation, Re	(2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139	805, 816
Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage v. Morency	2000 SCC 62, [2000] 2 S.C.R. 913	48
Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)	2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61	808
Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer v. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île	(2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049	56
Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas-St-Laurent v. Commission scolaire des Monts-et-Marées	(2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481	56
Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN v. Béton St-Hubert inc.	2010 QCCA 2270	66
Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf C.E.Q. v. Commission scolaire de Portneuf	(1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722	56
T		
Taiwan v. United States District Court for the Northern District of California	128 F.3d 712 (1997)	245
Taub v. Investment Dealers Assn. of Canada	2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169	813
Taypotat v. Muscowpetung First Nation	[2014] C.L.A.D. No. 53 (QL)	806, 816
Taypotat v. Taypotat	S.C.C., No. 35518, August 7, 2014 (Bulletin of Proceedings, August 29, 2014, p. 1292)	229
TD Trust Co. v. Guinness	(1995), 12 B.C.L.R. (3d) 102	293
Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters	2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321	894
Téléphone Guèvremont Inc. v. Quebec (Régie des télécommunications) ...	[1994] 1 S.C.R. 878	487
Telus Communications Co. v. Toronto (City)	(2007), 84 O.R. (3d) 656	496
Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)	2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161	47, 797
Thibodeau v. Air Canada	2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340	231
Thompson v. Hudson	(1869), L.R. 4 H.L. 1	287
Thomson v. Thomson	[1994] 3 S.C.R. 551	231
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	945, 973
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425	353
Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 106	53
Tolofson v. Jensen	[1994] 3 S.C.R. 1022	868, 899
Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.	[1978] 1 S.C.R. 974	289
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77	67, 789

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	63, 601, 613
Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada	[1905] A.C. 52	483, 516
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada	2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721	939
Townsend v. Kroppmanns	2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315	420
Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)	[1992] 1 S.C.R. 952	43, 67
Trépanier v. Financière agricole du Québec	2011 QCCS 1802	1056
Trillium Motor World Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.	2015 ONSC 3824, 30 C.B.R. (6th) 1	903
Tsilhqot'in Nation v. British Columbia	2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257	127
U		
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 S.C.R. 316	62
United Food and Commercial Workers, Local 503 v. Wal-Mart Canada Corp.	2014 SCC 45, [2014] 2 S.C.R. 323	48
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)	[1992] 1 S.C.R. 901	418
Université du Québec à Trois-Rivières v. Larocque	[1993] 1 S.C.R. 471	47
V		
Vancouver (City) v. Ward	2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28	578
Vist v. Best Theratronics Ltd.	2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038 ...	825
Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1085	834
W		
Walker v. The King	[1939] S.C.R. 214	421
Wallace v. Toronto-Dominion Bank	(1983), 41 O.R. (2d) 161	825
Wallace v. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 701	842
Wallingford v. Mutual Society	(1880), 5 App. Cas. 685	287
Ward v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569	510
Ward v. Shell-Mex	[1952] 1 K.B. 280	57
Weber v. Ontario Hydro	[1995] 2 S.C.R. 929	47
Wells v. Newfoundland	[1999] 3 S.C.R. 199	44
Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.	2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1	321
White v. Jones	[1995] 2 A.C. 207	889
Whiten v. Pilot Insurance Co.	2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595	74
Whittingham v. Crease & Co.	(1978), 88 D.L.R. (3d) 353	889
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada	2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915	420
Wilson v. Sliammon First Nation	2002 BCSC 190	825
Wolf Lake First Nation v. Young	(1997), 130 F.T.R. 115	800
Wyllie v. Larche Communications Inc.	2015 ONSC 4747	828
Y		
York Ventures Ltd. v. 0775740 B.C. Ltd.	2015 BCSC 1105	302
Yue v. Bank of Montreal	2016 FCA 107, 483 N.R. 375	788

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241	483, 501
A		
A. (L.L.) c. B. (A.)	[1995] 4 R.C.S. 536	226, 373
A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)	2007 CSC 42, [2007] 3 R.C.S. 217	420
Abdoulrab c. Ontario Labour Relations Board	2009 ONCA 491, 95 O.R. (3d) 641	813
Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd.	2011 CSC 33, [2011] 2 R.C.S. 560	75
Affiliated FM Insurance Company c. Hafner Inc.	2006 QCCA 465, [2006] R.R.A. 268	1066, 1106
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559	796
Air Canada c. Colombie-Britannique	[1989] 1 R.C.S. 1161	301
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567	201, 942, 970
Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham	2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670	122
Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)	2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345	793
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 2 R.C.S. 225	487
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	47
Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College	2004 CSC 28, [2004] 1 R.C.S. 727	63
Altus Group Ltd. c. Calgary (City)	2015 ABCA 86, 599 A.R. 223	813
Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest ...	2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866	218
Amberwood Investments Ltd. c. Durham Condominium Corp. ...	(2002), 58 O.R. (3d) 481	321
Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.	2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389	301
Armstrong c. L.H. & Co.	[2005] C.L.A.D. No. 161 (QL)	817
Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3	972
Association des enseignants de Le Royer c. Commission scolaire régionale Le Royer	(1975), S.A. 513, 6 R.S.E. 43	56
Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)	2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139	878
Austerberry c. Corporation of Oldham	(1885), 29 Ch. D. 750	320

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
B		
Ballard Estate c. Ballard Estate	C.S.C., n° 22499, 2 juillet 1991 (reproduit dans Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada, 1991, p. 1998)	76
Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur general) ...	2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535	120
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146	485, 503
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 ...	126, 483, 502
Banque de Montréal c. Marcotte	2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725	515
Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris	[1990] 2 R.C.S. 1029	1066
Beatty c. Best Theratronics Ltd.	2014 ONSC 3376, 18 C.C.E.L. (4th) 64	826
Beauchamp c. Timberland Investments Ltd.	(1983), 44 O.R. (2d) 512	290
Beavers c. Haubert	198 U.S. 77 (1905)	724
Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks	2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103	119
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	322, 828
Berardinelli c. Ontario Housing Corp.	[1979] 1 R.C.S. 275	825
BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority	[1993] 1 R.C.S. 12	888
Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.	[1975] A.C. 591	823, 925
Blass c. University of Regina Faculty Assn.	2007 SKQB 470, 76 Admin. L.R. (4th) 262	66
Borowski c. Canada (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 342	110
Boucher c. The Queen	[1955] R.C.S. 16	1016
Breeden c. Black	2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666	866, 894
Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft m.b.H.	[1983] 2 A.C. 34	884
Brissette c. Financière agricole	2006 QCCS 1620	1057
Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 R.C.S. 87	1066, 1106
Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533	301
British Columbia Telephone Co. c. Shaw Cable Systems (B.C.) Ltd.	[1995] 2 R.C.S. 739	815
C		
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	791, 810, 815
Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health	2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574	352, 393
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	49, 793
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	611
Canada (Premier ministre) c. Khadr	2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	109
Canada (Procureur général) c. Bedford	2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101	191
Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec	2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336	386
Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada	2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401 ...	351, 391, 681
Canada (Procureur général) c. Hislop	2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429	672

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Canada (Procureur général) c. Mavi	2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504	1057
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134	485
Canada (Procureur général) c. Whaling	2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392	931, 962
Canada (Revenu national) c. Thompson	2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381	368
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76	994
Canadian National Railway Co. c. Benson	2004 MBQB 210, 188 Man. R. (2d) 218	829
Canadian Nuclear Laboratories c. Int'l Union of Operating Engineers, Local 772	2015 ONSC 3436	66
CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)	[1999] 1 R.C.S. 743	823
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne	[1978] 2 R.C.S. 141	483, 515
Carter c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 ...	201, 375, 938
Caswell c. Powell Duffryn Associated Collieries, Ltd.	[1940] A.C. 152	623
Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)	2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5	791, 810
Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3	813
Chadee c. Norway House First Nation	(1996), 113 Man. R. (2d) 110	826
Chalifoux c. Driftpile First Nation	[2000] C.L.A.D. No. 368 (QL)	817
Champagne c. Atomic Energy of Canada Ltd.	2012 CanLII 97650	815
Chandler c. Alberta Association of Architects	[1989] 2 R.C.S. 848	604
Chandran c. National Bank of Canada	2011 ONSC 777, 89 C.C.E.L. (3d) 256	825
Cherubini Metal Works Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)	2007 NSCA 37, 253 N.S.R. (2d) 134	59
Chevron Corp. c. Yaiguaje	2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69	894
Christmas c. Fort McKay First Nation	2014 ONSC 373, 119 O.R. (3d) 21	884
Cie minière Québec Cartier c. Québec (arbitre des griefs)	[1995] 2 R.C.S. 1095	62
Clements c. Clements	2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181	607
Cloutier c. Langlois	[1990] 1 R.C.S. 158	558
Club Resorts Ltd. c. Van Breda	2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572	861, 879
Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. c. Windsor (City) ...	(1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258	1060
Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield c. Gauthier Cashman	[1984] R.D.J. 385	66
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie	2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873	814
Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola ...	2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422	793
Comité de révision de l'aide juridique c. Denis	2007 QCCA 126	59
Commission scolaire des Grandes-Seigneuries et Association des professeurs de Lignery (Vishwanee Joyejob)	2015 QCTA 663, [2015] AZ-51203453	64
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procu- reur général)	2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135	320
Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général) ...	2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511	1054
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15 ...	[1997] 1 R.C.S. 487	63, 601, 613
Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)	[1998] 3 R.C.S. 3	43, 67
Cooper c. Exalta Transport Services Ltd.	[2002] C.L.A.D. No. 612 (QL)	817
Cornelson c. Alliance Pipeline Ltd.	2014 ABQB 436	825
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail) ...	[1991] 2 R.C.S. 5	146
Cunningham c. Canada	[1993] 2 R.C.S. 143	932
Currie c. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.	(2005), 74 O.R. (3d) 321	877

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
D		
D. McCool Transport Ltd. and Bosma	[1998] C.L.A.D. No. 315 (QL)	817
Dagenais c. Société Radio Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	226, 945
Daniels c. Whitecap Dakota First Nation	[2008] C.L.A.D. No. 135 (QL)	817
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	126
Descôteaux c. Mierzwinski	[1982] 1 R.C.S. 860	352, 391
Dillingham Construction Ltd. c. Patrician Land Corp.	(1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193	285
Dominic c. TI'azt'en Nation	2011 CarswellNat 3085 (WL Can.)	817
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College	[1990] 3 R.C.S. 570	146
Duke of Buccleuch c. Metropolitan Board of Works	(1872), L.R. 5 H.L. 418	57
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	44, 67, 602, 613, 788, 810, 813
E		
Earl c. Wilhelm	2000 SKCA 1, 183 D.L.R. (4th) 45	889
Eastern Power Ltd. c. Azienda Comunale Energia & Ambiente	(1999), 178 D.L.R. (4th) 409	884
Eco-Tec Inc. c. Lu	2015 ONCA 818, 343 O.A.C. 140	870
Ediger c. Johnston	2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98	605
Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.	2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636	876, 904
Excellence (L'), compagnie d'assurance vie c. Desjardins	2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085 ...	1066, 1106
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 R.C.S. 888	1073
F		
F.H. c. McDougall	2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41	606
Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.	[2002] UKHL 22, [2003] 1 A.C. 32	623
Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431	231
Ferme Vi Ber inc. c. Financière agricole du Québec	2016 CSC 34, [2016] 1 R.C.S. 1032	1098
Financière agricole du Québec c. Coddington	2013 QCCQ 6238	1064
Financière agricole du Québec c. Forand	2009 QCCQ 10263	1059
Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.	[1991] 3 R.C.S. 388	300
Fraser c. The King	[1936] R.C.S. 1	1018
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316	62
Frey c. Fedoruk	[1950] R.C.S. 517	432
G		
G & R Contracting Ltd. and Sandhu, Re	2015 CarswellNat 7465 (WL Can.)	805, 816
Galambos c. Perez	2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247	888
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057	[1990] 1 R.C.S. 1298	825
General Motors of Canada Ltd. c. Brunet	[1977] 2 R.C.S. 537	47
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing	[1989] 1 R.C.S. 641	486, 502
George A. Demeyere Tobacco Farms Ltd. c. Continental Insurance Co.	(1984), 46 O.R. (2d) 423	1057

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494	503
Glykis c. Hydro Québec	2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285	1059
Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)	2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32	352, 392
Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)	2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250	484
Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.	[1956] R.C.S. 610	287, 834
Gouchev c. Sturgeon Lake Cree Nation	2011 CarswellNat 3430 (WL Can.)	817
Gralewicz c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 493	435
GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.	2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401	896

H

Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)	2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108	793
Halkowich and Fairford First Nation	[1998] C.L.A.D. No. 486 (QL)	817
Harper c. Canada (Procureur général)	2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827	973
Henry c. Henry	[1953] O.J. No. 347 (QL)	429, 459
Hodge c. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	490, 514
Hodge's Case	(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136	1009
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	1109
Hryniak c. Mauldin	2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87	878
Hunt c. T&N plc	[1993] 4 R.C.S. 289	868
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	355, 568
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	502

I

Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée	[1975] 2 R.C.S. 2	289
In re Income Tax Act	[1963] C.T.C. 1	396
In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada....	[1932] A.C. 304	483, 515
Indian Resource Council of Canada and Whitecap (Re)	2003 CarswellNat 7342 (WL Can.)	817
Industrielle, Compagnie d'Assurance sur la Vie c. Bolduc	[1979] 1 R.C.S. 481	1073
Inland Revenue Commissioners c. Hinchy	[1960] A.C. 748	300
Inukshuk Wireless Partnership c. 4253311 Canada Inc.	2013 ONSC 5631, 117 O.R. (3d) 206	884
Iraq c. Vinci Constructions	(2002), 127 I.L.R. 101	245

J

Jackson c. Gitksan Treaty Society	2005 BCSC 1112, 43 C.C.E.L. (3d) 179	826
Jacobs c. Office de stabilisation des prix agricoles	[1982] 1 R.C.S. 125	1056
Jalbert and Westcan Bulk Transport Ltd.	[1996] C.L.A.D. No. 631 (QL)	817
Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk	2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679	872
Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada	2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744	1066
John c. La Reine	[1971] R.C.S. 781	1015
Jory c. Cox	(1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77	304

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
K		
Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909	797
Kelso c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 199	841
King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.	2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63	320
Kirzner c. La Reine	[1978] 2 R.C.S. 487	436
Klein c. Royal Canadian Mint	2013 CLLC ¶210-013	816
Knopp c. Westcan Bulk Transport Ltd.	[1994] C.L.A.D. No. 172 (QL)	805, 817
Kovach, Re	(1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98	606
Kozak c. Funk	(1997), 158 Sask. R. 283	623
Krayzel Corp. c. Équitable, Cie de fiducie.....	2016 CSC 18, [2016] 1 R.C.S. 273	335
Krieger c. Law Society of Alberta	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372	992
Kuchma c. Rural Municipality of Tache	[1945] R.C.S. 234	501
L		
Lafortune c. Financière agricole du Québec	2016 CSC 35, [2016] 1 R.C.S. 1091	1065
Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.	2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182 ...	293, 302
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209	343, 391, 681
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	1053
Law Society of British Columbia c. Mangat	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113 ...	485, 502
Law Society of British Columbia c. Mangat	C.S.C., n° 27108, 31 août 2000 (Bulletin des procédures, 29 septembre 2000, p. 1542) ...	229
Lazarus c. Information Communication Services (ICS) Inc.	[2015] O.J. No. 5304 (QL)	826
Lemieux Bélanger c. Commissaires d'Écoles pour la Municipalité de St-Gervais	[1970] R.C.S. 948	841
Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et ap- prentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740	[1990] 3 R.C.S. 644	613
Lethbridge Regional Police Service c. Lethbridge Police Association ...	2013 ABCA 47, 542 A.R. 252	66
Liang c. Canada (Attorney General)	2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159	963
Lizotte c. The King	[1951] R.C.S. 115	1018
Logan c. Progressive Air Service Ltd.	[1997] B.C.J. No. 129 (QL)	826
Lovelace c. Ontario	2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950	111
Lum c. Shaw Communications Inc.	2004 NBCA 35, 270 R.N.-B. (2 ^e) 141	825
M		
M. v. H.	[1999] 2 R.C.S. 3	972
M.M. c. États-Unis d'Amérique	2015 CSC 62, [2015] 3 R.C.S. 973	797
Machtinger c. HOJ Industries Ltd.	[1992] 1 R.C.S. 986	808, 834
MacKeigan c. Hickman	[1989] 2 R.C.S. 796	58
Madill c. Spruce Hollow Heavy Haul Ltd.	[2015] C.L.A.D. No. 114 (QL)	805, 816
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)	2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623	119
Maranda c. Richer	2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193 ...	349, 391
Marcotte c. Sous-procureur général du Canada	[1976] 1 R.C.S. 108	432, 459
Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)	2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53	484, 502
Martel Building Ltd. c. Canada	2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860 ...	1060, 1105

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Martin c. Osborne	(1936), 55 C.L.R. 367	1020
Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1977] 2 R.C.S. 996	1054
McCloud c. Samson Cree Nation	[2011] C.L.A.D. No. 119 (QL)	817
McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake	2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846	301
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	950
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895	49
McLean c. The King	[1933] R.C.S. 688	1011
Medwid c. Ontario	(1988), 63 O.R. (2d) 578	606
Meringolo c. Oshawa General Hospital	(1991), 46 O.A.C. 260	623
Mezzo c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 802	1015
Miazga c. Kvello (Succession)	2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339	992
Miller c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 680	149, 170
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863	675, 689
Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand	[1979] 1 R.C.S. 495	60
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)...	2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152	812
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.	2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141	301
Montréal (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)	2008 CSC 48, [2008] 2 R.C.S. 698	39
Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 R.C.S. 368	501
Moore c. Castlegar & District Hospital	(1998), 49 B.C.L.R. (3d) 100	601
Morguard Investments Ltd. c. De Savoye	[1990] 3 R.C.S. 1077	868
Morrisseau c. Tootinaowaziibeeng First Nation	(2004), 39 C.C.E.L. (3d) 134	842
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	490, 502
Muscutt c. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	897
Mustapha c. Culligan du Canada Ltée	2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114	593
N		
Nadeau c. Gareau	[1967] R.C.S. 209	421
Nardocchio c. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1979), 41 N.S.R. (2d) 26	825
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511	127
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique	2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257	127
Nelson c. Champion Feed Services Inc.	2010 ABQB 409, 30 Alta. L.R. (5th) 162 ..	825
Neophytou c. Fraser	2015 ONCA 45, 63 C.P.C. (7th) 13	870
New Jersey c. T.L.O.	469 U.S. 325 (1985)	980
Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et- Labrador (Conseil du Trésor)	2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708	48
Newman c. Northern Thunderbird Air Inc.	[2014] C.L.A.D. No. 248 (QL)	806, 816
Ng c. Bank of Montreal	2010 ONSC 5692, 87 C.C.E.L. (3d) 86	829
NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union	2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696	126
Noble China Inc. c. Lei	(1998), 42 O.R. (3d) 69	59
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616	48, 70, 788
North Island Laurentian Teachers' Union P.A.P.T. c. Commission sco- laire Laurenlal	(1985), S.A.E. 3964, 33 R.S.E. 1262	64
North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.	(1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376	295, 302
Nova Scotia Board of Censors c. McNeil	[1978] 2 R.C.S. 662	500

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
O		
O'Brien c. Mushuau Innu First Nation	2015 CanLII 20942	806, 816
O'Rourke c. Commissioner for Railways	(1890), 15 App. Cas. 371	57
Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.	2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147	797
Ontario (Procureur général) c. Fraser	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3	657
Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.	1998 CanLII 13001	902
Organic Research Inc. c. Minister of National Revenue	(1990), 111 A.R. 336	370
Owens, Re Application for Judicial Review	[2015] NIQB 29	245
P		
P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva	2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108 ...	288, 302
Page c. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)	2009 BCSC 493	615
Palmer c. Dempsey Laird Trucking Ltd.	2012 CarswellNat 1620 (WL Can.)	817
Paquette c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 189	436
Paquette c. TeraGo Networks Inc.	2015 ONSC 4189, 2015 CLLC ¶1210-056 ...	825
Pare c. Corus Entertainment Inc.	[2015] C.L.A.D. No. 103 (QL)	805, 816
Parrish & Heinbecker, Ltd. and Knight, Re	2006 CarswellNat 6950 (WL Can.)	842
Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157	63, 286, 322, 834
Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 R.C.S. 890	606
Paul c. National Centre for First Nations Governance	2012 CanLII 85154	816
Payne and Bank of Montreal, Re	(2014), 16 C.C.E.L. (4th) 114	806, 816
Pereira c. Bank of Nova Scotia	(2007), 60 C.C.E.L. (3d) 267	828
Perka c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 232	434
Perley c. Maliseet First Nation at Tobique	2010 CarswellNat 4618 (WL Can.)	817
Peters c. Canada (Procureur général)	2009 CF 400	1054
Pierre c. Conseil tribal de Roseau River	[1993] 3 C.F. 756	814
Pixiu Solutions Inc. v. Canadian General-Tower Ltd.	2016 ONSC 906	873
Poulter c. Gull Bay First Nation	2011 CarswellNat 3466 (WL Can.)	842
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine cana- dien)	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388	120
Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)	2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 ...	371, 394
Procureur général du Canada c. Canard	[1976] 1 R.C.S. 170	121
Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 R.C.S. 831	327, 397, 462
Promutuel Dorchester, société mutuelle d'assurance générale c. Ferland ...	[2001] R.J.Q. 2882	61
Prosper c. PPADC Management Co.	[2010] C.L.A.D. No. 430 (QL)	817
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général) ...	2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44	971
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[1998] 1 R.C.S. 982	150, 168, 231
Q		
Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)	2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693	485
Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Associa- tion	2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 ...	484, 515
Québec (Procureur général) c. Lacombe	2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453 ...	485, 508

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R		
R. c. A. (R.K.)	2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74	934
R. c. A.D.H.	2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269	419
R. c. Abbey	[1982] 2 R.C.S. 24	614
R. c. Abbey	2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330	614
R. c. Ahmed	2012 ONSC 4893, [2012] O.J. No. 6643 (QL)	257
R. c. Ali	2013 ONSC 2629	260
R. c. Alizadeh	2013 ONSC 5417	260
R. c. Anderson	2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167	204
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	256
R. c. Askov	[1990] 2 R.C.S. 1199	650, 689
R. c. Auclair	2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83	628, 667
R. c. Backhouse	(2005), 194 C.C.C. (3d) 1	549
R. c. Bagshaw	[1972] R.C.S. 2	1020
R. c. Baigent	2013 BCCA 28, 335 B.C.A.C. 11	1020
R. c. Beason	(1983), 36 C.R. (3d) 73	694
R. c. Bernath	2015 BCSC 632	260
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	145, 931
R. c. Biniaris	2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381	1024
R. c. Black	2007 SKPC 46, 296 Sask. R. 289	465
R. c. Blais	2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236	123
R. c. Bourne	(1952), 36 Cr. App. R. 125	426
R. c. Brassard	[1993] 4 R.C.S. 287	705
R. c. Brown	2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185	352
R. c. Bryan	2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527	973
R. c. Bryan	2010 NWTSC 41	166
R. c. Brydges	[1990] 1 R.C.S. 190	672
R. c. Budreo	(2000), 46 O.R. (3d) 481	941
R. c. Buhay	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631	574
R. c. Bui	2014 ONCA 614, 14 C.R. (7th) 149	1019
R. c. Butler	[1992] 1 R.C.S. 452	973
R. c. C.L.Y.	2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5	1010
R. c. Cardinal	(1990), 106 A.R. 91	1024
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	538, 558
R. c. Chaplin	[1995] 1 R.C.S. 727	260
R. c. Chartrand	[1994] 2 R.C.S. 864	460
R. c. Chuhaniuk	2010 BCCA 403, 292 B.C.A.C. 89	574
R. c. Cole	2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34	570
R. c. Comba	[1938] O.R. 200	1020
R. c. Conway	[1989] 1 R.C.S. 1659	662, 689
R. c. Coombs	2003 ABQB 818, 343 A.R. 212	85
R. c. Cooper	[1978] 1 R.C.S. 860	1011
R. c. Côté	2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215	570, 580
R. c. Cozins	(1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272	425
R. c. Croft	2013 ABQB 705, 576 A.R. 333	259
R. c. Cross	2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163	930
R. c. Cuerrier	[1998] 2 R.C.S. 371	434

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Cunningham	2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331	357
R. c. D. (R.)	2008 BCCA 339, 235 C.C.C. (3d) 28	755
R. c. Daniels	2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290 ...	1008
R. c. Defaveri	2014 BCCA 370, 361 B.C.A.C. 301	1019
R. c. Delorme	2010 NWTSC 42	166
R. c. Desmond	2010 BCPC 127	166
R. c. Dhillon	2012 BCCA 254, 93 C.R. (6th) 260	574
R. c. Dineley	2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272	924
R. c. Dipnarine	2014 ABCA 328, 584 A.R. 138	1021
R. c. Draskoczi	2008 NWTTC 12	166
R. c. Duarte	[1990] 1 R.C.S. 30	255
R. c. Dunbar	(1982), 68 C.C.C. (2d) 13	373
R. c. Dymont	[1988] 2 R.C.S. 417	541, 561
R. c. E. (A.W.)	[1993] 3 R.C.S. 155	448
R. c. Ebanks	2009 ONCA 851, 97 O.R. (3d) 721	257
R. c. Edwards	[1996] 1 R.C.S. 128	351
R. c. Edwardsen	2015 BCSC 705, 338 C.R.R. (2d) 191	260
R. c. Elliott	(2003), 114 C.R.R. (2d) 1	663
R. c. Fearon	2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621	538, 681
R. c. Feeney	[1997] 2 R.C.S. 117	672
R. c. Ferguson	2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96	149, 163
R. c. Fleet	(1997), 120 C.C.C. (3d) 457	1012
R. c. G. (B.)	[1999] 2 R.C.S. 475	825
R. c. G.D.B.	2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520	24
R. c. Gardiner	(1987), 35 C.C.C. (3d) 461	171
R. c. Garofoli	[1990] 2 R.C.S. 1421	219
R. c. Ghavami	2010 BCCA 126, 253 C.C.C. (3d) 74 ...	686, 711
R. c. Godin	2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3	627, 654, 689, 755
R. c. Golden	2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679	536, 558, 575
R. c. Goltz	[1991] 3 R.C.S. 485	148, 160
R. c. Grant	[1993] 3 R.C.S. 223	256
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	537, 570, 573
R. c. Greyeyes	[1997] 2 R.C.S. 825	150
R. c. Griffin	2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42	1011
R. c. Gruenke	[1991] 3 R.C.S. 263	392
R. c. Guiller	(1985), 48 C.R. (3d) 226	156, 160
R. c. Guimont	(1999), 33 C.R. (5th) 160	87
R. c. H. (T.G.)	2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581	550
R. c. H.-G.	2005 QCCA 1160	550
R. c. Harrison	2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494	578, 755
R. c. Henry	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609	657
R. c. Heywood	(1992), 20 B.C.A.C. 166	933
R. c. Heywood	[1994] 3 R.C.S. 761	934
R. c. Hibbert	[1995] 2 R.C.S. 973	436
R. c. Hibbert	2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445	272

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Hooyer	2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81	929
R. c. Ipeelee	2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433	155, 176, 204, 928
R. c. J.J.B.B.	2007 BCPC 426	465
R. c. Jacobs	(1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830	443
R. c. Jaw	2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26	460
R. c. Jewitt	[1985] 2 R.C.S. 128	993
R. c. Jobidon	[1991] 2 R.C.S. 714	418
R. c. Johnson	2011 ONCJ 77, 227 C.R.R. (2d) 41	166
R. c. Jordan	2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631	745, 756, 757
R. c. K.D.H.	2012 ABQB 471, 546 A.R. 248	465
R. c. Kaysaywaysemat	(1992), 97 Sask. R. 66	1024
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	967
R. c. Kelly	[1992] 2 R.C.S. 170	462, 926
R. c. Khan	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823	997
R. c. Khela	2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104	1019
R. c. Kitaitchik	(2002), 166 C.C.C. (3d) 14	573
R. c. Kokesch	[1990] 3 R.C.S. 3	575
R. c. Kotsabasakis	2008 NBBR 266, 334 R.N.-B. (2 ^e) 396	166
R. c. L.B.	(2008), 237 C.C.C. (3d) 215	92
R. c. L.B.	2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365	86, 445
R. c. La	[1997] 2 R.C.S. 680	265
R. c. Laboucan	2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397	1010
R. c. Lacasse	2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089	158, 159, 928
R. c. Laporte	2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9	560
R. c. Laporte	2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL)	546
R. c. Latimer	2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3	162, 436
R. c. Legere	(1988), 89 R.N.-B. (2 ^e) 361	542
R. c. Leipert	[1997] 1 R.C.S. 281	259
R. c. Lemke	2015 ABQB 444	260
R. c. Leung	2014 BCSC 558	92
R. c. Levin	2015 ONCJ 290	934
R. c. Lifchus	[1997] 3 R.C.S. 320	1008
R. c. Liu	(1989), 95 A.R. 201	1024
R. c. Luxton	[1990] 2 R.C.S. 711	161
R. c. Lyons	[1987] 2 R.C.S. 309	148, 170, 929
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	159
R. c. M.G.	2002 CanLII 45200	416
R. c. Mabior	2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584	433
R. c. MacDougall	[1998] 3 R.C.S. 45	658
R. c. MacMunn	2008 ONCA 520, 173 C.R.R. (2d) 242	755
R. c. MacPherson	2015 ABCA 139, 323 C.C.C. (3d) 428	755
R. c. Malmo-Levine	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	155, 205, 994
R. c. Mars	(2006), 205 C.C.C. (3d) 376	1024
R. c. Mayuran	2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162	1012

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. McClure	2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445	352
R. c. McDonnell	[1997] 1 R.C.S. 948	434
R. c. McIntosh	[1995] 1 R.C.S. 686	433, 975
R. c. McIver	[1965] 2 O.R. 475	1019
R. c. McKinlay Transport Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 627	351, 397
R. c. McKinnon	2013 BCSC 2212	257
R. c. McLaughlin	[1980] 2 R.C.S. 331	433
R. c. McNeil	2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66	254
R. c. Meunier	2011 QCCQ 1588	166
R. c. Mitchell	[1964] R.C.S. 471	1011
R. c. Mitchell	[2008] QCA 394	1020
R. c. Monney	[1999] 1 R.C.S. 652	541
R. c. Morelli	2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253	257, 574, 1025
R. c. Morgentaler	[1993] 3 R.C.S. 463	486, 503
R. c. Moriarity	2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485	192, 940
R. c. Morin	(1990), 55 C.C.C. (3d) 209	732
R. c. Morin	[1992] 1 R.C.S. 771	627, 647, 689, 750, 756, 761
R. c. Morrisey	2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90	148, 162
R. c. Morrissey	(1995), 22 O.R. (3d) 514	1010
R. c. Murrins	2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288	927
R. c. Nasogaluak	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206	160
R. c. National Post	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477	352
R. c. Nuosci	[1993] 4 R.C.S. 283	705
R. c. Nur	2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773	140, 160
R. c. O'Connor	1975 CarswellBC 842 (WL Can.)	172
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	219, 993
R. c. O'Connor	(2002), 62 O.R. (3d) 263	271
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	157, 201, 938, 967
R. c. Omar	2007 ONCA 117, 84 O.R. (3d) 493	681
R. c. Orbanski	2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3	977
R. c. Otchere-Badu	2010 ONSC 5271	166
R. c. Parchment	2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146	546
R. c. Paré	[1987] 2 R.C.S. 618	459
R. c. Parks	[1992] 2 R.C.S. 871	89
R. c. Paul	[1977] 1 R.C.S. 181	1023
R. c. Perron	2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369	934
R. c. Pidskalny	2013 SKCA 74, 299 C.C.C. (3d) 396	653
R. c. Pires	2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343	227
R. c. Pohoretsky	[1987] 1 R.C.S. 945	561
R. c. Poirier	C.Q. Chicoutimi, n ^{os} 150-01-001993-923 et 150-01-002026-921, 2 février 1993	456
R. c. Power	[1994] 1 R.C.S. 601	993
R. c. Powley	2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207	109
R. c. Proulx	2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61 ...	327, 462, 936
R. c. R.E.M.	2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3	1010
R. c. R.R.B.	2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106	934

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Rahey	[1987] 1 R.C.S. 588	689
R. c. Rainville	2010 ABCA 288, 490 A.R. 150	166
R. c. Ralph	2014 ONCA 3, 299 C.R.R. (2d) 1	762
R. c. Regan	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297	992
R. c. Rodgers	2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554	922
R. c. Rodgerson	2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760	667
R. c. Ruvinsky	[1998] O.J. No. 3621 (QL)	456
R. c. Ruzic	2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687	436
R. c. S.L.R.	2003 ABCA 148	1024
R. c. Scheer	(1932), 26 Alta. L.R. 489	166
R. c. Schertzer	2009 ONCA 742, 248 C.C.C. (3d) 270	628
R. c. Schledermann	2014 ONSC 674	934
R. c. Scott	2015 SKCA 144, 333 C.C.C. (3d) 310	755
R. c. Seaboyer	[1991] 2 R.C.S. 577	373
R. c. Sharma	[1992] 1 R.C.S. 814	702
R. c. Sharpe	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45	939, 973
R. c. Sipes	2009 BCSC 612	257
R. c. Smith	[1987] 1 R.C.S. 1045	148, 160
R. c. Smith	[1989] 2 R.C.S. 1120	689
R. c. Smyth	[2006] O.J. No. 5527 (QL)	549
R. c. Sparrow	[1990] 1 R.C.S. 1075	119
R. c. Spencer	2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212	573
R. c. St-Onge Lamoureux	2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187	977
R. c. Steele	2012 ONCA 383, 288 C.C.C. (3d) 255	762
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	537, 558, 572
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	254
R. c. Summers	2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575	185, 420, 458
R. c. T. (V.)	[1992] 1 R.C.S. 749	421
R. c. Tabujara	2010 BCSC 1568	166
R. c. Taylor	2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495	573
R. c. Tessier	(1997), 113 C.C.C. (3d) 538	272
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	561
R. c. Tombran	(2000), 142 C.C.C. (3d) 380	1013
R. c. Tracey	2008 CanLII 68168	166
R. c. Tremblay	[1987] 2 R.C.S. 435	670
R. c. Trochym	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239	272
R. c. Vassell	2016 CSC 26, [2016] 1 R.C.S. 625	666
R. c. Voong	2013 BCCA 527, 347 B.C.A.C. 278	574
R. c. Vu	2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657	570
R. c. Washington	2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65	574
R. c. Way	2014 NSSC 180, 345 N.S.R. (2d) 258	260
R. c. Weiler	(1975), 23 C.C.C. (2d) 556	171
R. c. White	2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433	460
R. c. Wigglesworth	[1987] 2 R.C.S. 541	924
R. c. Williamson	2016 CSC 28, [2016] 1 R.C.S. 741	657
R. c. Wishart	(1954), 110 C.C.C. 129	429, 459
R. c. Yebes	[1987] 2 R.C.S. 168	1024

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Yonis	2011 ABPC 20	166
R. c. Young	2010 NWTSC 18	166
R. (Bancoult) c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No. 3)	[2014] EWCA Civ 708, [2014] 1 W.L.R. 2921	245
Re Knight Lumber Co.	(1959), 22 D.L.R. (2d) 92	57
Re Shewchuk and Ricard	(1986), 28 D.L.R. (4th) 429	146
Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce	(1981), 32 O.R. (2d) 183	284
Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)	2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643	397
Redlon Agencies Ltd. c. Norgren	2005 CF 804	788
Reece c. Edmonton (City)	2011 ABCA 238, 513 A.R. 199	461
Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec	[1939] R.C.S. 104	120
Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 R.C.S. 252	1066, 1106
Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.	2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717	287, 301
Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23 ...	2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669	502
Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée	2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457	490
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.).....	2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783	503
Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières	2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837	485
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	814
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe	2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698	123
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	814
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	159
Rhone c. Stephens	[1994] 2 A.C. 310	321
Ridley c. Gitxaala Nation	[2009] C.L.A.D. No. 267 (QL)	841
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)	[1987] 2 R.C.S. 59	490
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	231, 286, 464, 808, 823
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	192, 941, 967
Roberts c. Bank of Nova Scotia	(1979), 1 L.A.C. (3d) 259	803
Rodgers c. Sun Radio Ltd.	(1991), 109 N.S.R. (2d) 415	826
Rollo Bay Holdings Ltd. c. Prince Edward Island Agricultural Development Corp.	(1993), 110 D.L.R. (4th) 132	1062
Ryder c. Carry The Kettle First Nation	2002 SKQB 32, 215 Sask. R. 239	825
S		
Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.	2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623	878
Sam c. Wilson	2007 BCCA 622, 78 B.C.L.R. (4th) 199	601
Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.	2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419	486
Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.	2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633	319
Schimanski c. B & D Walter Trucking Ltd.	2014 ABPC 288	826
Schuldt c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 592	1016
Scimet c. African Development Bank	(1997), 128 I.L.R. 582	237
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	502
Serra c. Serra	2009 ONCA 105, 93 O.R. (3d) 161	881

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Sharma c. Maple Star Transport Ltd.	2015 CanLII 43356	805, 816
Sharma and Beacon Transit Lines Inc., Re	2013 CarswellNat 4148 (WL Can.)	806, 816
Shearson Lehman Bros. Inc. c. Maclaine Watson & Co. (No. 2)	[1988] 1 All E.R. 116	242
Siemens c. Manitoba (Procureur général)	2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6	490
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	834
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	47, 789
Smith c. Jones	[1999] 1 R.C.S. 455	352
Snell c. Farrell	[1990] 2 R.C.S. 311	599, 615
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet	2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427	868
Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.	2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456	353, 391
Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.	2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615	293
Solosky c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 821	110, 352, 391
Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.	2012 QCCA 1376	1066, 1106
Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)	[1988] 2 R.C.S. 1015	225
Speckling c. Workers' Compensation Board (B.C.)	2005 BCCA 80, 209 B.C.A.C. 86	605
Spilberg c. Total Transportation Solutions Inc.	[2014] O.J. No. 2903 (QL)	826
Stark c. TI'azt'en Nation	2011 CarswellNat 3074 (WL Can.)	817
Steele c. Établissement Mountain	[1990] 2 R.C.S. 1385	160
Strode c. Parker	(1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804	304
Stuart Investments Ltd. c. La Reine	[1984] 1 R.C.S. 536	398
Sûreté du Québec c. Lussier	[1994] R.D.J. 470	66
Swanson and Qualicum First Nation, Re	(2015), 26 C.C.E.L. (4th) 139	805, 816
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. So- ciété des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	624
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, sec- tion locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée	2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458 ...	48, 789, 810
Syndicat de l'enseignement du Grand-Portage c. Morency	2000 CSC 62, [2000] 2 R.C.S. 913	48
Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur gé- néral)	2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61	808
Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer c. Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île	(2000), S.A.E. 7006, 47 R.S.E. 1049	56
Syndicat des professionnelles et professionnels de l'éducation du Bas- St-Laurent c. Commission scolaire des Monts-et-Marées	(2006), S.A.E. 7953, 54 R.S.E. 481	56
Syndicat des salariés de Béton St-Hubert — CSN c. Béton St-Hubert inc.	2010 QCCA 2270, [2011] R.J.D.T. 19	66
Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'enseignement de Portneuf C.E.Q. c. Commission scolaire de Portneuf	(1988), S.A.E. 4674, 35 R.S.E. 1722	56
T		
Taiwan c. United States District Court for the Northern District of California	128 F.3d 712 (1997)	245
Taub c. Investment Dealers Assn. of Canada	2009 ONCA 628, 98 O.R. (3d) 169	813
Taypotat c. Muscowpetung First Nation	[2014] C.L.A.D. No. 53 (QL)	806, 816
Taypotat c. Taypotat	C.S.C., n° 35518, 7 août 2014 (Bulletin des pro- cédures, 29 août 2014, p. 1292)	229

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
TD Trust Co. c. Guinness	(1995), 12 B.C.L.R. (3d) 102	293
Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters	2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321	894
Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)	[1994] 1 R.C.S. 878	487
Telus Communications Co. c. Toronto (City)	(2007), 84 O.R. (3d) 656	496
Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)	2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161	47, 797
Thibodeau c. Air Canada	2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340	231
Thompson c. Hudson	(1869), L.R. 4 H.L. 1	287
Thomson c. Thomson	[1994] 3 R.C.S. 551	231
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	945, 973
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)	[1990] 1 R.C.S. 425	353
Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 106	53
Tolofson c. Jensen	[1994] 3 R.C.S. 1022	868, 899
Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.	[1978] 1 R.C.S. 974	289
Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada	[1905] A.C. 52	483, 516
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada	2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721	939
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77	68, 789
Townsend c. Kroppmanns	2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315	420
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2014 CSC 45, [2014] 2 R.C.S. 323	48
Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)	[1992] 1 R.C.S. 952	43, 67
Trépanier c. Financière agricole du Québec	2011 QCCS 1802	1056
Trillium Motor World Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.	2015 ONSC 3824, 30 C.B.R. (6th) 1	903
U		
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[1992] 1 R.C.S. 901	418
Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque	[1993] 1 R.C.S. 471	47
Untel c. Ontario (Finances)	2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3	322
V		
Vancouver (Ville) c. Ward	2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28	578
Vist c. Best Theratronics Ltd.	2014 ONSC 2867, 2014 CLLC ¶210-038 ...	825
Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia.....	[1989] 1 R.C.S. 1085	834
W		
Walker c. The King	[1939] R.C.S. 214	421
Wallace c. Toronto-Dominion Bank	(1983), 41 O.R. (2d) 161	825
Wallace c. United Grain Growers Ltd.	[1997] 3 R.C.S. 701	842
Wallingford c. Mutual Society	(1880), 5 App. Cas. 685	287
Ward c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569	510
Ward c. Shell-Mex	[1952] 1 K.B. 280	57
Weber c. Ontario Hydro	[1995] 2 R.C.S. 929	47
Wells c. Terre-Neuve	[1999] 3 R.C.S. 199	44
Westbank Holdings Ltd. c. Westgate Shopping Centre Ltd.	2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1	321

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
White c. Jones	[1995] 2 A.C. 207	889
Whiten c. Pilot Insurance Co.	2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595	74
Whittingham c. Crease & Co.	(1978), 88 D.L.R. (3d) 353	889
Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada	2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915	420
Wilson c. Sliammon First Nation	2002 BCSC 190	826
Wolf Lake First Nation c. Young	1997 CanLII 5057	800
Wyllie c. Larche Communications Inc.	2015 ONSC 4747	828
Y		
York Ventures Ltd. c. 0775740 B.C. Ltd.	2015 BCSC 1105	302
Yue c. Banque de Montréal	2016 CAF 107, 483 N.R. 375	788

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		C	
<i>Act respecting end-of-life care</i> , CQLR, c. S-32.0001		<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>	
s. 4	13	s. 1	130, 180, 336, 906
ss. 26 to 32	13	s. 7	180, 983
<i>Bretton Woods and Related Agreements Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-7		s. 8	336, 518
Sch. II	207	s. 9	25
art. I	207	s. 11(b)	625, 631, 741
art. III	207	s. 11(d)	983
s. 5(b)	207	s. 11(i)	906
art. VII	207	s. 24(2)	25, 518
s. 1	207	<i>Constitution Act, 1867</i>	
s. 3	207	s. 91(24)	99
s. 5	207	s. 91(29)	467
s. 6	207	s. 92(10)(a)	467
s. 8	207	s. 92(13)	467
Sch. III	207	s. 92(16)	467
art. I	207	<i>Canada Labour Code</i> , R.S.C. 1985, c. L-2	
art. V	207	s. 240	770
s. 1(g)	207	<i>Constitution Act, 1982</i>	
s. 1(h)	207	s. 35	99
art. VIII	207	<i>Controlled Drugs and Substances Act</i> , S.C. 1996, c. 19	
s. 1	207	s. 5(3)(a)(i)(D)	130
s. 3	207	<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 5	207	s. 160	402
s. 6	207	s. 161(1)(c)	906
s. 8	207	s. 161(1)(d)	906
		s. 231(5)(e)	27
		s. 233	80
		s. 515(9.1)	180
		s. 686(1)(b)(iii)	270
		s. 719(3.1)	180

	PAGE		PAGE
H		R	
<i>Historical Resources Act</i> , R.S.A. 2000, c. H-9		<i>Radiocommunication Act</i> , R.S.C. 1985, c. R-2	
s. 29	306	s. 5(1)(f)	467
I		<i>Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations</i> , SOR/2014-193	6
<i>Income Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)		<i>Rules of the Supreme Court of Canada</i> , SOR/2002-156	
s. 231.2(1)	336, 381	r. 8(2)	3
s. 231.7	336, 381	r. 19(2)(a)	3
s. 232(1) "solicitor-client privilege"	336, 381	r. 89	72
<i>Interest Act</i> , R.S.C. 1985, c. I-15		W	
s. 2	273	<i>Workers Compensation Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 492	
s. 8	273	s. 6	587
P		s. 250(4)	587
<i>Personal Property Security Act</i> , R.S.A. 2000, c. P-7	306		
<i>Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles</i> , (2001) 133 G.O. 1, 1336			
art. 86	1091		
art. 87	1091		
art. 88	1032		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	
art. 1	130, 180, 336, 906	art. 91(24)	99
art. 7	180, 983	art. 91(29)	467
art. 8	336, 518	art. 92(10)a)	467
art. 9	25	art. 92(13)	467
art. 11b)	625, 631, 741	art. 92(16)	467
art. 11d)	983	<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
art. 11i)	906	art. 35	99
art. 24(2)	25, 518	<i>Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1</i> (5 ^e suppl.)	
<i>Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2</i>		art. 231.2(1)	336, 381
art. 240	770	art. 231.7	336, 381
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46</i>		art. 232(1) « privilège des communi- cations entre client et avocat »	336, 381
art. 160	402	<i>Loi réglementant certaines drogues et autres</i> <i>substances, L.C. 1996, c. 19</i>	
art. 161(1)c)	906	art. 5(3)a)(i)(D)	130
art. 161(1)d)	906	<i>Loi sur l'intérêt, L.R.C. 1985, c. I-15</i>	
art. 231(5)e)	27	art. 2	273
art. 233	80	art. 8	273
art. 515(9.1)	180	<i>Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985,</i> <i>c. R-2</i>	
art. 686(1)b)(iii)	270	art. 5(1)f)	467
art. 719(3.1)	180	<i>Loi sur les accords de Bretton Woods et des</i> <i>accords connexes, L.R.C. 1985, c. B-7</i>	
H			
<i>Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9</i>		ann. II	207
art. 29	306	art. I	207
L			
<i>Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ,</i> <i>c. S-32.0001</i>		art. III	207
art. 4	13	s. 5b)	207
art. 26 à 32	13	art. VII	207
		s. 1	207
		s. 3	207
		s. 5	207
		s. 6	207
		s. 8	207
		ann. III	207
		art. I	207
		art. V	207
		s. 1g)	207

	PAGE		PAGE
s. 1h)	207		
art. VIII	207		
s. 1	207		
s. 3	207		
s. 5	207		
s. 6	207		
s. 8	207		
P			
<i>Personal Property Security Act</i> , R.S.A. 2000, c. P-7	306		
<i>Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles</i> , (2001) 133 G.O. 1, 1336			
art. 86	1091		
art. 87	1091		
art. 88	1032		
R			
<i>Règlement modifiant le Règlement sur l'inter- connexion du trafic ferroviaire</i> , DORS/ 2014-193	6		
<i>Règles de la Cour suprême du Canada</i> , DORS/2002-156			
règle 8(2)	3		
règle 19(2)a)	3		
règle 89	72		
		W	
		<i>Workers Compensation Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 492	
		art. 6	587
		art. 250(4)	587

AUTHORS CITED

DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS CITÉS

	PAGE
<i>2015 Annotated Tremear's Criminal Code</i> , by David Watt and Michelle Fuerst. Toronto: Carswell, 2014. ...	455
Ahluwalia, Kuljit. <i>The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations</i> . The Hague: Martinus Nijhoff, 1964.	241
Alberta Justice and Solicitor General. Criminal Justice Division. "Injecting a Sense of Urgency: A new approach to delivering justice in serious and violent criminal cases", report by Greg Lepp, April 2013 (online).	655
Amsterdam, Anthony G. "Speedy Criminal Trial: Rights and Remedies" (1975), 27 <i>Stan. L. Rev.</i> 525.	693
Anderson, Glenn R. <i>Expert Evidence</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	615
Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. "Integrating the Internet" (2015), 83 <i>Geo. Wash. L. Rev.</i> 449.	936
Arthurs, Harry W. <i>Équité au travail : Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle</i> , rapport final de l'Examen des normes du travail fédérales, Gatineau (Qc), Ressources humaines et Développement des compétences Canada, 2006.	786
Arthurs, Harry W. <i>Fairness at Work: Federal Labour Standards for the 21st Century</i> , final report of the Federal Labour Standards Review. Gatineau, Que.: Human Resources and Skills Development Canada, 2006.	786
B.C. Justice Reform Initiative. <i>A Criminal Justice System for the 21st Century: Final Report to the Minister of Justice and Attorney General Honourable Shirley Bond</i> , report by D. Geoffrey Cowper, Q.C., Chair. Victoria: The Initiative, 2012.	651, 730
Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylem. "Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children" (2015), 44 <i>Arch. Sex. Behav.</i> 45.	956
Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 <i>U.T.L.J.</i> 369.	945
Barak, Aharon. "Proportionality and Principled Balancing" (2010), 4 <i>L. & Ethics Hum. Rts.</i> 1.	980
Beatty, David M. <i>The Ultimate Rule of Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 2004.	980
Bell, Catherine. "Who Are The Metis People in Section 35(2)?" (1991), 29 <i>Alta. L. Rev.</i> 351.	112
Ben-Atar, Doron S., and Richard D. Brown. <i>Taming Lust: Crimes Against Nature in the Early Republic</i> . Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.	458
Berger, Benjamin L. "The Rule in Hodge's Case: Rumours of its Death are Greatly Exaggerated" (2005), 84 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 47.	1016
Bergeron, Jean-Guy. <i>Les contrats d'assurance (terrestre) : lignes et entre-lignes</i> , t. 1. Sherbrooke: SEM Inc., 1989.	1054

	PAGE
Bingham, Tom. <i>The Rule of Law</i> . London: Allen Lane, 2010.	814
Black, Vaughan. “Simplifying Court Jurisdiction in Canada” (2012), 8 <i>J. Priv. Int. Law</i> 411.	887
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, “archive”.	240
Blom, Joost. “New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The <i>Van Breda</i> Quartet” (2012), 53 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 1.	869
Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. “The Chimera of the Real and Substantial Connection Test” (2005), 38 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 373.	897
Borrows, John. <i>Canada’s Indigenous Constitution</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2010.	115
Boyle, Christine L. M. <i>Sexual Assault</i> . Toronto: Carswell Co., 1984.	450
British Columbia. Provincial Court. “Justice Delayed: A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources”, September 14, 2010 (online).	730
British Columbia. Provincial Court. “The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015” (online).	736
British Columbia. Workers’ Compensation Board. <i>Rehabilitation Services & Claims Manual</i> , vol. II (online).	595, 612
Brown, Desmond H. <i>The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892</i> . Toronto: Osgoode Society, 1989.	414
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. <i>Canadian Labour Arbitration</i> , 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 48).	47
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 6 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.	61
Burbidge, George Wheelock. <i>A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)</i> . Toronto: Carswell & Co., 1890.	428
Cambridge Department of Criminal Science. <i>Sexual Offences: A Report of the Cambridge Department of Criminal Science</i> . London: MacMillan & Co., 1957.	425
Cameron, Jamie. “The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the <i>Charter</i> ” (1997), 35 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 1.	946
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n ^o 20, 2 ^e sess., 40 ^e lég., 6 mai 2009, p. 11-12 et 15.	195
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n ^o 44, 3 ^e sess., 40 ^e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6.	956
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n ^o 46, 3 ^e sess., 40 ^e lég., 7 février 2011, p. 5-6.	956
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n ^o 49, 3 ^e sess., 40 ^e lég., 16 février 2011, p. 7.	955
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n ^o 50, 3 ^e sess., 40 ^e lég., 28 février 2011, p. 4.	955
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 3 ^e sess., 30 ^e lég., 13 décembre 1977, p. 1832.	798, 832
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 3 ^e sess., 26 ^e lég., 25 juin 1965, p. 2875.	396

Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. V, 4 ^e sess., 20 ^e lég., 14 juin 1948, p. 5329-5332.	92
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VIII, 2 ^e sess., 4 ^e lég., 31 mars 1880, p. 972.	302
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XVII, 1 ^{re} sess., 32 ^e lég., 4 août 1982, p. 20041.	450
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 144, n ^o 41, 2 ^e sess., 40 ^e lég., 20 avril 2009, p. 2417-2418 et 2432.	195
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 145, n ^o 110, 3 ^e sess., 40 ^e lég., 3 décembre 2010, p. 6787.	940
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 145, n ^o 144, 3 ^e sess., 40 ^e lég., 11 mars 2011, p. 8967.	933
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada</i> , n ^o 1, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 27 novembre 1986, p. 18-19.	452
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada</i> , n ^o 9, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 17 février 1987, p. 66-67.	454
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent du Travail, de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, concernant Bill C-8, Loi modifiant le Code canadien du travail</i> , n ^o 11, 3 ^e sess., 30 ^e lég., 16 mars 1978, p. 46.	798
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 10, <i>Rapport sur les infractions sexuelles</i> , Ottawa, La Commission, 1978.	438
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 22, <i>Droit pénal : infractions sexuelles</i> , Ottawa, La Commission, 1978.	444
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 67. <i>La tenue du procès dans un délai raisonnable : un document de travail préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada</i> , Ottawa, Groupe Communication Canada, 1994.	727
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31, <i>Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal</i> , édition révisée et augmentée du rapport n ^o 30, Ottawa, La Commission, 1987.	418
Canada. Commission de vérité et réconciliation. <i>Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada</i> , Winnipeg, La Commission, 2015.	120
Canada. Commission de vérité et réconciliation. <i>Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada</i> , vol. 3, <i>Pensionnats du Canada : L'expérience métisse</i> , Montréal, McGill-Queen's University Press, 2015.	116
Canada. Commission royale pour la révision du Code criminel. <i>Rapport de la Commission royale pour la révision du Code criminel : Rapports du Comité spécial chargé de l'étude du Bill n^o 93 (Lettre O du Sénat) « Loi concernant le droit criminel » (Session de 1952-1953)</i> , Ottawa, Edmond Cloutier, 1954.	433
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> , vol. 2, <i>Une relation à redéfinir</i> , Ottawa, La Commission, 1996.	120
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> , vol. 3, <i>Vers un ressourcement</i> , Ottawa, La Commission, 1996.	120

	PAGE
Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. <i>Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act</i> , August 7, 1944 (online).	118
Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy. <i>Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper</i> . August 1980.	118
Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. <i>Mandatory Sentences of Imprisonment in Common Law Jurisdictions: Some Representative Models</i> , report by Julian V. Roberts with the assistance of Rafal Morek and Mihael Cole, November 2005 (online).	153
Canada. Department of Justice. “The Final Report on Early Case Consideration of the Steering Committee on Justice Efficiencies and Access to the Justice System”, 2006 (online).	655
Canada. Health Canada. Consumer and Clinical Radiation Protection Bureau. <i>Limits of Human Exposure to Radiofrequency Electromagnetic Energy in the Frequency Range from 3 kHz to 300 GHz (Safety Code 6)</i> . Ottawa: Health Canada, 2009.	478
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 3rd Sess., 30th Parl., December 13, 1977, p. 1831.	798, 832
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 3rd Sess., 26th Parl., June 25, 1965, p. 2875.	396
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. V, 4th Sess., 20th Parl., June 14, 1948, pp. 5184-87.	92
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VIII, 2nd Sess., 4th Parl., March 31, 1880, p. 963.	302
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XVII, 1st Sess., 32nd Parl., August 4, 1982, p. 20041.	450
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 144, No. 41, 2nd Sess., 40th Parl., April 20, 2009, pp. 2417-18 and 2432.	195
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, p. 6787.	940
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, p. 8967.	933
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act</i> , No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, pp. 18-19.	452
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act</i> , No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., February 17, 1987, pp. 66-67.	454
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Labour, Manpower and Immigration, Respecting Bill C-8, An Act to amend the Canada Labour Code</i> , No. 11, 3rd Sess., 30th Parl., March 16, 1978, p. 46.	798
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 20, 2nd Sess., 40th Parl., May 6, 2009, pp. 11-12 and 15.	195
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, pp. 5-6.	956
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, pp. 5-6.	956

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, p. 7.	955
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, p. 4.	955
Canada. Industrie Canada. Gestion du spectre et télécommunications. <i>CPC-2-0-03 — Systèmes d’antennes de radiocommunications et de radiodiffusion</i> , 4 ^e éd., juin 2007.	477
Canada. Industry Canada. Spectrum Management and Telecommunications. <i>CPC-2-0-03 — Radiocommunication and Broadcasting Antenna Systems</i> , issue 4, June 2007.	477
Canada. Law Reform Commission. Report 31. <i>Report on Recodifying Criminal Law</i> , revised and enlarged edition of Report 30. Ottawa: The Commission, 1987.	418
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 10. <i>Report on Sexual Offences</i> . Ottawa: The Commission, 1978.	438
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 22. <i>Criminal Law: Sexual Offences</i> . Ottawa: The Commission, 1978.	444
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 67. <i>Trial Within a Reasonable Time: A Working Paper Prepared for the Law Reform Commission of Canada</i> . Ottawa: Canada Communication Group, 1994.....	727
Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. <i>Peines d’emprisonnement obligatoires dans les pays de common law : Quelques modèles représentatifs</i> , rapport par Julian V. Roberts avec le concours de Rafal Morek et Mihael Cole, novembre 2005 (en ligne).	153
Canada. Ministère de la Justice. « Rapport final sur l’examen prioritaire des dossiers du comité directeur sur l’efficacité et l’accès en matière de justice », 2006 (en ligne).	655
Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. “Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis”, by R. Karl Hanson and Kelly Morton-Bourgon, February 2004 (online).	948
Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. “Sex Offender Recidivism: A Simple Question”, by Andrew J. R. Harris and R. Karl Hanson, March 2004 (online).	948
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vol. 2, <i>Restructuring the Relationship</i> . Ottawa: The Commission, 1996.	120
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vol. 3, <i>Gathering Strength</i> . Ottawa: The Commission, 1996.	120
Canada. Royal Commission on the Revision of Criminal Code. <i>Report of Royal Commission on the Revision of Criminal Code: Reports of Special Committee (Session 1952-53) on the Bill No. 93 (Letter O of the Senate) “An Act Respecting the Criminal Law”</i> . Ottawa: Edmond Cloutier, 1954.	433
Canada. Santé Canada. Bureau de la protection contre les rayonnements des produits cliniques et de consommation. <i>Limites d’exposition humaine à l’énergie électromagnétique radioélectrique dans la gamme de fréquences de 3 kHz à 300 GHz (Code de sécurité 6)</i> , Ottawa, Santé Canada, 2009.	478
Canada. Sécurité publique et Protection civile. « La récidive sexuelle : d’une simplicité trompeuse », par Andrew J. R. Harris et R. Karl Hanson, mars 2004 (en ligne).	948
Canada. Sécurité publique et Protection civile. « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. Karl Hanson et Kelly Morton-Bourgon, février 2004 (en ligne).	948
Canada. Truth and Reconciliation Commission. <i>Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada</i> . Winnipeg: The Commission, 2015.	120

	PAGE
Canada. Truth and Reconciliation Commission. <i>The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada</i> , vol. 3, <i>Canada's Residential Schools: The Métis Experience</i> . Montréal: McGill-Queen's University Press, 2015.	116
Canadian Judicial Council. <i>Model Jury Instructions</i> , 10.2 Direct and Circumstantial Evidence (online).	1014
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "archive".	239
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "rational", "reasonable".	1018
Casey, James T., ed. <i>Remedies In Labour, Employment and Human Rights Law</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2016, release 1).	841
Castel, Jean-Gabriel. "The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law" (2007), 52 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 555.	897
Chartier, Clem. "'Indian': An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867" (1978-79), 43 <i>Sask. L. Rev.</i> 37.	114
Cheifetz, David. "The Snell Inference and Material Contribution: Defining the Indefinable and Hunting the Causative Snark" (2005), 30 <i>Advocates' Q.</i> 1.	623
Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of <i>Oakes</i> ? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian <i>Charter</i> 's Section 1" (2006), 34 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 501.	950
Christie, Innis. <i>Employment Law in Canada</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.	800
City of Châteauguay. Conseil municipal. Résolution n° 2010-904, adoptée lors de la séance ordinaire du 4 octobre 2010 (en ligne).	480, 503
Code, Michael A. <i>Trial Within a Reasonable Time: A Short History of Recent Controversies Surrounding Speedy Trial Rights in Canada and the United States</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.	653, 724
Coke, Edward. <i>The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes</i> . London: E. and R. Brooke, 1797 (first published 1644).	423
<i>Collins Canadian Dictionary</i> . Toronto: HarperCollins, 2010, "archives".	240
Colombie-Britannique. Provincial Court. « Justice Delayed : A Report of the Provincial Court of British Columbia Concerning Judicial Resources », September 14, 2010 (online).	731
Colombie-Britannique. Provincial Court. « The Semi-Annual Time to Trial Report of the Provincial Court of British Columbia to March 31, 2015 » (online).	736
Colombie-Britannique. Workers' Compensation Board. <i>Rehabilitation Services & Claims Manual</i> , vol. II (online).	595, 612
Commission de Venise (Commission européenne pour la démocratie par le droit). <i>Can excessive length of proceedings be remedied?</i> Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007.	725
Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. <i>Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances</i> (en ligne).	894
Conseil canadien de la magistrature. <i>Modèles de directives au jury</i> , 10.2 Preuve directe et circonstancielle (en ligne).	1014
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e éd., Montréal, Thémis, 2009.	322, 421
Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	322

<i>Crankshaw's Criminal Code of Canada</i> , 7th ed., by A. E. Popple. Toronto: Carswell Co., 1959.	444
Cromwell, Thomas. "Appellate Review: Policy and Pragmatism", in <i>2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice</i> . Winnipeg: Law Society of Manitoba, 2006.	794
Daly, Paul. "Dunsmuir's Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review" (2012), 58 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 483.	793
Davies, D. Seaborne. "Child-Killing in English Law" (1937), 1 <i>Mod. L. Rev.</i> 203.	90
de Villers, Marie-Éva. <i>Multidictionnaire de la langue française</i> , 5 ^e éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, « archives ».	240
Denza, Eileen. <i>Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.	243
Di Castri, Victor. <i>Registration of Title to Land</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1987 (loose-leaf updated 2010, release 6).	321
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	88, 397, 823
Dufraimont, Lisa. "R. v. Griffin and the Legacy of Hodge's Case" (2009), 67 C.R. (6th) 74.	1011
Dussault, René, and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.	1053
Dussault, René, et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. I, 2 ^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1984.	1053
East, Edward Hyde. <i>A Treatise of the Pleas of the Crown</i> , vol. I. London: A. Strahan, 1803 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1972).	423
England, G. "Unjust Dismissal in the Federal Jurisdiction: The First Three Years" (1982), 12 <i>Man. L.J.</i> 9.	800, 833
Eskridge, William N., Jr. <i>Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003</i> . New York: Viking, 2008.	458
Evans, John M. "Triumph of Reasonableness: But How Much Does It Really Matter?" (2014), 27 <i>C.J.A.L.P./R.C.D.A.P.</i> 101.	790, 813
Fawcett, J. J., and J. M. Carruthers. <i>Cheshire, North & Fawcett Private International Law</i> , 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.	894
Fedder, Edwin H. "The Functional Basis of International Privileges and Immunities: A New Concept in International Law and Organization" (1960), 9 <i>Am. U.L. Rev.</i> 60.	243
Fox, James R. <i>Dictionary of International and Comparative Law</i> , 3rd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 2003, "diplomatic archives", "inviolability".	241
Fuller, Lon L. <i>The Morality of Law</i> , rev. ed. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969.	926, 978
Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. <i>Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences</i> . Fredericton: New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.	112
Gans, Arthur M. "Hodge's Case Revisited" (1972-73), 15 <i>C.L.Q.</i> 127.	1018
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. <i>Droit administratif</i> , 6 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.	1058, 1105
Gardner, John. "Introduction", in H. L. A. Hart, <i>Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, xiii.	925
Geddes, Gloria. "The Fragile Privilege: Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege" (1999), 47 <i>Can. Tax J./Rev. fisc. can.</i> 799.	370

	PAGE
Gigeroff, Alex K. <i>Sexual Deviations in the Criminal Law: Homosexual, Exhibitionistic, and Pedophilic Offences in Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1968.	441
Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. <i>Droit international privé</i> , t. I, <i>Théorie générale</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.	896
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd., Paris, Le Robert, 2001, « déséquilibré ».	88
<i>Grand Robert de la langue française</i> (version électronique), « rationnel », « raisonnable »	1018
Grande-Bretagne. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. <i>Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index</i> , London, HMSO, 1858.	121
Grande-Bretagne. Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences. <i>Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences : with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners</i> , London, George Edward Eyre and William Spottiswoode, 1879.	424
Grant, John P., and J. Craig Barker, eds. <i>Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law</i> , 2nd ed. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 2004, "archives, diplomatic and consular".	240
Great Britain. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. <i>Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index</i> . London: HMSO, 1858.	121
Great Britain. Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences. <i>Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences: with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners</i> . London: George Edward Eyre and William Spottiswoode, 1879.	424
Grimm, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 <i>U.T.L.J.</i> 383.	946
Haack, Susan. <i>Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law</i> . New York: Cambridge University Press, 2014.	607
Hale, Matthew. <i>Historia Placitorum Coronae: The History of the Pleas of the Crown</i> , vol. I. London: E. and R. Nutt and R. Gosling, 1736 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1971).	423
Hale, Matthew. <i>Pleas of the Crown: A Methodical Summary</i> . London: Assigns of Richard and Edward Atkyns, 1678 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1972).	423
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	329
<i>Halsbury's Laws of Canada: Mortgages/Motor Vehicles</i> , "Mortgages", contributed by Joseph E. Roach. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.	290
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 36, 3rd ed. London: Butterworth & Co., 1961.	323
Harris, David. <i>Wrongful Dismissal</i> . Toronto: Carswell, 1989 (loose-leaf updated 2013, release 2).	822
Hill, Austin Bradford. "The Environment and Disease: Association or Causation?" (1965), 58 <i>Proc. R. Soc. Med.</i> 295.	599
Hill, Casey, and Jeremy Tatum. "Re-Chartering an Old Course Rather than Staying Anew in Remediating Unreasonable Delay under the Charter", paper presented at the Crown Defence Conference, Winnipeg, September 2012 (online).	689
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).	114, 177, 501, 727

Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown in Australia, New Zealand and the United Kingdom</i> . Melbourne: Law Book Co., 1971.	250
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. <i>Liability of the Crown</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	55
Hopwood, Shon. “The Not So Speedy Trial Act” (2014), 89 <i>Wash. L. Rev.</i> 709.	737
Hubbard, Robert W., Peter M. Brauti and Scott K. Fenton. <i>Wiretapping and Other Electronic Surveillance: Law and Procedure</i> , vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2000 (loose-leaf updated February 2016, release 41).	259
Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. <i>L’action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.	1053
Jenks, C. Wilfred. <i>International Immunities</i> . London: Stevens & Sons, 1961.	238
Jenks, C. Wilfred. “Some Problems of an International Civil Service” (1943), 3 <i>P.A.R.</i> 93.	248
Jenks, C. Wilfred. <i>The Proper Law of International Organisations</i> . London: Stevens & Sons, 1962.	244
Jones, David Phillip. “The Year in Review: Recent Developments in Administrative Law”, prepared for the Canadian Bar Association’s 2015 National Administrative Law, Labour and Employment Law Conference, held in Ottawa on November 27-28, 2015 (online).	793
<i>Kenny’s Outlines of Criminal Law</i> , 19th ed., by J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966.	430
King, Thomas. <i>L’Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d’Amérique du Nord</i> , trad. par Daniel Poliquin, Montréal, Éditions du Boréal, 2014.	114
King, Thomas. <i>The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America</i> . Toronto: Anchor Canada, 2013.	114
Klabbers, Jan. <i>An Introduction to International Organizations Law</i> , 3rd ed. Cambridge: University Press, 2015.	238
Kunz, Josef L. “Privileges and Immunities of International Organizations” (1947), 41 <i>A.J.I.L.</i> 828.	243
LaFave, Wayne R., et al. <i>Criminal Procedure</i> , 5th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009.	737
Lagarde, Irénée. <i>Droit pénal canadien</i> , Montréal, Wilson et Lafleur, 1962.	444
Lagarde, Irénée. <i>Nouveau Code Criminel Annoté</i> , Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.	443
Lamer, Antonio. “The Role of Judges”, address to the Empire Club of Canada, 1995 (online).	656
League of Nations. Secretary-General. “Communications from the Swiss Federal Council Concerning the Diplomatic Immunities to be Accorded to the Staff of the League of Nations and of the International Labour Office” (1926), 7 <i>League of Nations O.J.</i> 1422.	244
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	357
Lederman, W. R. “Classification of Laws and the British North America Act”, in W. R. Lederman, ed., <i>The Courts and the Canadian Constitution</i> . Toronto: McClelland and Stewart, 1964, 177.	490
Lederman, W. R. <i>Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1981.	490, 504
LeSage, Patrick J., and Michael Code. <i>Report of the Review of Large and Complex Criminal Case Procedures</i> . Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 2008.	259, 655
LeSage, Patrick J., et Michael Code. <i>Rapport sur l’examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes</i> , Toronto, ministère du Procureur général de l’Ontario, 2008.	259, 655

	PAGE
Levitt, Howard A. <i>The Law of Dismissal in Canada</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated March 2016, release 43).	822
Lewans, Matthew. “Deference and Reasonableness Since <i>Dunsmuir</i> ” (2012), 38 <i>Queen’s L.J.</i> 59.	793
<i>Lexis : le dictionnaire érudit de la langue française</i> , Paris, Larousse, 2009, « archives ».	240
Lluelles, Didier. <i>Précis des assurances terrestres</i> , 5 ^e éd. Montréal: Thémis, 2009.	1054
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> , 2 ^e éd. Montréal: Thémis, 2012.	1066
Lyon, Noel. “Constitutional Issues in Native Law”, in Bradford W. Morse, ed., <i>Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada</i> , rev. 1st ed. Ottawa: Carleton University Press, 1989, 408.	114
Lyons, David. <i>Ethics and the rule of law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1984.	978
Madden, Mike. “Marshalling the Data: An Empirical Analysis of Canada’s Section 24(2) Case Law in the Wake of <i>R. v. Grant</i> ” (2011), 15 <i>Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.</i> 229.	582
Magnet, Joseph Eliot. “Who are the Aboriginal People of Canada?”, in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., <i>Aboriginal Rights Litigation</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2003, 23.	114
<i>Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law</i> , 4th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	455
Martin, J. C. <i>The Criminal Code of Canada: With Annotations and Notes</i> . Toronto: Cartwright & Sons, Ltd., 1955.	442
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.	872
McLachlin, Beverley. “The Challenges We Face” (2007), 40 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 819.	651
Meredith, Arthur C. “A Nicety in the Law of Mortgage” (1916), 32 <i>L.Q.R.</i> 420.	287
<i>Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary</i> , 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “archive”	240
Miletski, Hani. “A history of bestiality”, in Andrea M. Beetz and Anthony L. Podberscek, eds., <i>Bestiality and Zoophilia: Sexual Relations with Animals</i> . West Lafayette, Indiana: Purdue University Press, 2005, 1.	422
Miller, Anthony J. “The Privileges and Immunities of the United Nations” (2009), 6 <i>I.O.L.R.</i> 7.	238
Milne, Justin. “Exclusion of Evidence Trends post <i>Grant</i> : Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges?” (2015), 19 <i>Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.</i> 373.	582
Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. <i>Constitutional Law</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.	503
Monestier, Tanya J. “A ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2007), 33 <i>Queen’s L.J.</i> 179.	899
Monestier, Tanya J. “(Still) a ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2013), 36 <i>Fordham Int’l L.J.</i> 396.	869, 887
Morin, Fernand, et autres. <i>Le droit de l’emploi au Québec</i> , 4 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.	64
Morin, Fernand, et Rodrigue Blouin, avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi. <i>Droit de l’arbitrage de grief</i> , 6 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012.	47
Morton, Charles. <i>Les privilèges et immunités diplomatiques : étude théorique suivie d’un bref exposé des usages de la Suisse dans ce domaine</i> , Lausanne, Imprimerie La Concorde, 1927.	243
Mullan, David. “Unresolved Issues on Standard of Review in Canadian Judicial Review of Administrative Action — The Top Fifteen!” (2013), 42 <i>Adv. Q.</i> 1.	793
Muller, A. S. <i>International Organizations and their Host States: Aspects of their Legal Relationship</i> . The Hague: Kluwer Law International, 1995.	244

Munro, John. “A better deal for Canada’s unorganized workers” (1977), 77 <i>The Labour Gazette</i> 347.	799, 832
Munro, John. « Les 14 points Munro : l’amélioration de la situation des travailleurs non syndiqués » (1977), 77 <i>La gazette du travail</i> 418.	799, 833
Murrin, John M. “‘Things Fearful to Name’: Bestiality in Colonial America” (1998), 65:Supp. <i>Pennsylvania History</i> 8.	458
Nations Unies. Commission du droit international. « Cinquième rapport sur les relations entre les États et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) », par Leonardo Díaz González, Doc. N.U. A/CN.4/438, dans <i>Annuaire de la Commission du droit international 1991</i> , vol. II, première partie, New York, Nations Unies, 1994, 93.	245
Niemoeller, A. F. <i>Bestiality and the Law: A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present</i> . Girard, Kansas: Haldeman-Julius Publications, 1946.	422
Occupational Health and Safety Agency for Healthcare in British Columbia. <i>Cancer Cluster Investigation within the Mission Memorial Hospital Laboratory</i> , Final Report by George Astrakianakis et al. March 31, 2006 (online).	614
Osborn, P. G. <i>A Concise Law Dictionary</i> , 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1954, “buggery”.	430
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “disturbed”.	88
Paciocco, David M. “Section 24(2): Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning” (2011), 58 <i>C.L.Q.</i> 15.	581
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.	574
Parker, Graham. “Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime”, in Louis A. Knafla, ed., <i>Crime, Police and the Courts in British History</i> . Westport, CT: Meckler, 1990, 285.	458
<i>Phipson on Evidence</i> , 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.	881
Pound, Roscoe. “Mechanical Jurisprudence” (1908), 8 <i>Colum. L. Rev.</i> 605.	967
Preuss, Lawrence. “Diplomatic Privileges and Immunities of Agents Invested with Functions of an International Interest” (1931), 25 <i>A.J.I.L.</i> 694.	243
Québec. Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport. <i>La vérification des antécédents judiciaires : Guide à l’intention des commissions scolaires et des établissements d’enseignement privés du Québec</i> , Québec, Le ministère, 2011.	39
Reinisch, August. <i>International Organizations Before National Courts</i> . Cambridge: University Press, 2000. ...	238
Reinisch, August. “Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International Organizations — An Introduction”, in August Reinisch, ed., <i>The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts</i> . Oxford: University Press, 2013, 1.	237
Reinisch, August, and Jakob Wurm. “International Financial Institutions before National Courts”, in Daniel D. Bradlow and David B. Hunter, eds., <i>International Financial Institutions and International Law</i> . Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, 103.	236
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 26).	146
Rosenberg, Marc. “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 <i>Queen’s L.J.</i> 813.	993
Royaume-Uni. House of Lords. <i>Hansard</i> , series 5, vol. 50, May 25, 1922, pp. 758-59, 761-62, 765 and 768 (en ligne).	90
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. <i>La preuve civile</i> , 4 ^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.	64

	PAGE
Ruby, Clayton C. “Trial Within a Reasonable Time under Section 11(b): the Ontario Court of Appeal Disconnects from the Supreme Court” (2013), 2 C.R. (7th) 91.	702
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	166
Ruslim, Reagan. “Unjust Dismissal Under the <i>Canada Labour Code</i> : New Law, Old Statute” (2014), 5:2 <i>U.W.O. J. Leg. Stud.</i> 3 (online).	805, 827
Russell, William Oldnall. <i>A Treatise on Crimes and Misdemeanors</i> , 5th ed., by Samuel Prentice. London: Stevens & Sons, 1877.	424
Ryan, Michael H. “Telecommunications and the Constitution: Re-Setting the Bounds of Federal Authority” (2010), 89 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 695.	496
Salmon, Jean, dir. <i>Dictionnaire de droit international public</i> , Bruxelles, Bruylant, 2001, « archives d’une organisation internationale ».	241
Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. <i>Retrospectivity and the Rule of Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 2006.	958, 978
Sands, Philippe, and Pierre Klein. <i>Bowett’s Law of International Institutions</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.	236
Schauer, Frederick. “Proportionality and the Question of Weight”, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., <i>Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning</i> . New York: Cambridge University Press, 2014, 173.	946
Scott, Eric. “Hodge’s Case: A Reconsideration” (1965-66), 8 <i>C.L.Q.</i> 17.	1018
Scott, Ian. “Law, Policy, and the Role of the Attorney General: Constancy and Change in the 1980s” (1989), 39 <i>U.T.L.J.</i> 109.	993
Secretan, Jacques. <i>Les immunités diplomatiques des représentants des états membres et des agents de la Société des nations</i> , Lausanne, Librairie Payot, 1928.	243
Sen, B. <i>A Diplomat’s Handbook of International Law and Practice</i> , 3rd rev. ed. The Hague: Martinus Nijhoff, 1980.	244
Simmons, C. Gordon. <i>Le congédiement : Le congédiement, aux termes de la division V.7 de la partie III du Code canadien du travail</i> , Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1979.	805
Simmons, C. Gordon. <i>Meaning of Dismissal: The Meaning of Dismissals Under Division V.7 of Part III of the Canada Labour Code</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services, 1979.	805
Smith, J. C., and Brian Hogan. <i>Criminal Law</i> . London: Butterworths, 1965.	426
Société des Nations. Secrétaire général. « Communications du Conseil fédéral suisse concernant le régime des immunités diplomatiques du personnel de la Société des Nations et du Bureau international du travail » (1926), 7 <i>Société des Nations J.O.</i> 1422.	244
<i>Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada</i> , 4th ed. by Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	64
Sossin, Lorne. “The Complexity of Coherence: Justice LeBel’s Administrative Law” (2015), 70 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 145.	793
Stephen, James Fitzjames. <i>A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)</i> . St. Louis: F. H. Thomas and Co., 1878 (reprinted Littleton, Colorado: Fred B. Rothman & Co., 1991).	428
Stephen, James Fitzjames. <i>A General View of the Criminal Law of England</i> , 2nd ed. London: MacMillan and Co., 1890.	428

Stephen, James Fitzjames. <i>A History of the Criminal Law of England</i> , vol. II. London: MacMillan and Co., 1883 (reprinted Buffalo, N.Y.: William S. Hein & Co., 1983).	419
Sterling, Lori, and Heather Mackay. “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: <i>Krieger v. Law Society of Alberta</i> ” (2003), 20 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 169.	995
Stevenson, Mark. “Section 91(24) and Canada’s Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis” (2002), 1 <i>Indigenous L.J.</i> 237.	114
Stewart, Hamish. “Punitive in Effect: Reflections on <i>Canada v. Whaling</i> ” (2015), 71 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 263.	931
Stewart, Hamish. “Section 24(2): Before and After <i>Grant</i> ” (2011), 15 <i>Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.</i> 253.	579
Stratas, David. “The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency”, February 17, 2016 (online).	793
Stuart, Don. <i>Charter Justice in Canadian Criminal Law</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.	962
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.....	300, 321, 397, 459, 834, 926
Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. <i>Canadian Contract Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.	889
Taschereau, Henri Elzéar. <i>The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c., &c.</i> Toronto: Carswell Co., 1893.	428
Taschereau, Henri Elzéar. <i>The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, as amended and in force on the 1st day of November, 1874, in the Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, and, on the 1st day of January, 1875, in British Columbia, with Notes, Commentaries, Precedents of Indictments, &c., &c., &c.</i> Montréal: Lovell Printing and Publishing Co., 1874.	427
Telfer, Thomas G. W. « Document d’information sur la Loi canadienne sur l’intérêt », rapport préparé pour la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, réunion annuelle de Charlottetown, septembre 2007 (en ligne).	302
Telfer, Thomas G. W. “Preliminary Background Paper on the Canada Interest Act”, report prepared for the Uniform Law Conference of Canada Annual Conference, Charlottetown, September 2007 (online).	302
Thomas, Courtney. “‘Not Having God Before his Eyes’: Bestiality in Early Modern England” (2011), 26 <i>The Seventeenth Century</i> 149.	422
Thouin, Marie-Chantal. “La théorie de l’attente raisonnable de l’assuré” (1997), 64 <i>Assurances</i> 545.	1066
<i>Tremear’s Annotated Criminal Code: Canada</i> , 6th ed., by Leonard J. Ryan. Toronto: Carswell Co., 1964.	444
Trudeau, Gilles. “Is Reinstatement a Remedy Suitable to At-Will Employees?” (1991), 30 <i>Indus. Rel.</i> 302.	801
Uniform Law Conference of Canada. <i>Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act</i> (online). ...	894
United Kingdom. House of Lords. <i>Hansard</i> , series 5, vol. 50, May 25, 1922, pp. 758-59, 761-62, 765 and 768 (online).	90
United Nations. International Law Commission. “Fifth report on relations between States and international organizations (second part of the topic)”, by Leonardo Díaz González, U.N. Doc. A/CN.4/438, in <i>Yearbook of the International Law Commission 1991</i> , vol. II, Part One. New York: United Nations, 1994, 91.	245
Venice Commission (European Commission for Democracy through Law). <i>Can excessive length of proceedings be remedied?</i> Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2007.	725
Ville de Châteauguay. Conseil municipal. Résolution n° 2010-904, adoptée lors de la séance ordinaire du 4 octobre 2010 (en ligne).	480, 503

	PAGE
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 2010.	872, 882
Waldron, Mary Anne. “The Federal Interest Act: It Sure is Broke, But is it Worth Fixin’?” (1997), 29 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 161.	302
Waldron, Mary Anne. <i>The Law of Interest in Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.	288
Waldron, Mary Anne. “The ‘Legitimate Commercial Purpose’ Test Revisited — Case Comment on <i>Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation</i> ” (2008), 41 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 101.	292
Walker, Janet. <i>Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2016, release 55).	887
Watson, Garry D., and Frank Au. “Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from <i>Morguard</i> ” (2000), 23 <i>Adv. Q.</i> 167.	899
Watt, David. <i>The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127</i> . Toronto: Butterworths, 1984.	451
Webber, Grégoire C. N. <i>The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 2009.	967
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8., revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.	369
Wihak, Lauren J. “Wither the correctness standard of review? <i>Dunsmuir</i> , six years later” (2014), 27 <i>C.J.A.L.P./R.C.D.A.P.</i> 173.	793, 816
Wills, William. <i>Wills’ Principles of Circumstantial Evidence</i> , 7th ed. London: Butterworth & Co., 1937.	1015
Wouters, Jan, Sanderijn Duquet and Katrien Meuwissen. “The Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations”, in Andrew F. Cooper, Jorge Heine and Ramesh Thakur, eds., <i>The Oxford Handbook of Modern Diplomacy</i> . Oxford: University Press, 2013, 510.	245
Wright, Richard W. “Proving Causation: Probability versus Belief”, in Richard Goldberg, ed., <i>Perspectives On Causation</i> . Oxford: Hart, 2011, 195.	607
Zion, Mark. “Effecting Balance: <i>Oakes</i> Analysis Restaged” (2012-2013), 43 <i>Ottawa L. Rev.</i> 431.	946

**Lapointe Rosenstein
 Marchand Melançon LLP,
 Cabinet juridique Panneton inc.,
 Heenan Blaikie LLP,
 Cain Lamarre Casgrain Wells S.E.N.C.R.L.,
 Dunton Rainville S.E.N.C.R.L.,
 Jean-Pierre Barrette,
 Prévost Fortin D'Aoust S.E.N.C.R.L.,
 Dominique Zaurrini, Francis Carrier
 Avocat inc., Parent, Doyon, Rancourt &
 Associés S.E.N.C.R.L., Claude Caron,
 Gérard Desjardins, Claude Cormier,
 Guertin Lazure Crack S.E.N.C.R.L.,
 Luc Boulais avocat inc.,
 Lavery, de Billy, LLP,
 Grenier Verbauwhede Avocats inc.,
 Zaurrini Avocats, Louis Riverin,
 Paul Langevin, Roy Laporte inc.,
 Norton Rose OR LLP,
 Girard Allard Guimond Avocats,
 Langlois Kronström Desjardins
 avocats S.E.N.C.R.L., Perreault Avocat,
 Cliche Lortie Ladouceur inc.,
 Gilles Lavallée, Lévesque Gravel &
 Associés S.E.N.C., Michel Paquin,
 Sylvestre & Associés avocats S.E.N.C.R.L.**

and

Nolet Ethier, avocats, S.E.N.C.R.L.
Appellants

v.

Cassels Brock & Blackwell LLP *Respondent*

**INDEXED AS: LAPOINTE ROSENSTEIN MARCHAND
 MELANÇON LLP v. CASSELS BROCK
 & BLACKWELL LLP**

2016 SCC 30

File No.: 36087.

2015: December 3; 2016: July 15.

**Lapointe Rosenstein
 Marchand Melançon S.E.N.C.R.L.,
 Cabinet juridique Panneton inc.,
 Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L.,
 Cain Lamarre Casgrain Wells S.E.N.C.R.L.,
 Dunton Rainville S.E.N.C.R.L.,
 Jean-Pierre Barrette,
 Prévost Fortin D'Aoust S.E.N.C.R.L.,
 Dominique Zaurrini, Francis Carrier
 Avocat inc., Parent, Doyon, Rancourt &
 Associés S.E.N.C.R.L., Claude Caron,
 Gérard Desjardins, Claude Cormier,
 Guertin Lazure Crack S.E.N.C.R.L.,
 Luc Boulais avocat inc.,
 Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L.,
 Grenier Verbauwhede Avocats inc.,
 Zaurrini Avocats, Louis Riverin,
 Paul Langevin, Roy Laporte inc.,
 Norton Rose OR S.E.N.C.R.L., s.r.l.,
 Girard Allard Guimond Avocats,
 Langlois Kronström Desjardins
 avocats S.E.N.C.R.L., Perreault Avocat,
 Cliche Lortie Ladouceur inc.,
 Gilles Lavallée, Lévesque Gravel &
 Associés S.E.N.C., Michel Paquin,
 Sylvestre & Associés avocats S.E.N.C.R.L.**

et

Nolet Ethier, avocats, S.E.N.C.R.L.
Appelants

c.

Cassels Brock & Blackwell LLP *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : LAPOINTE ROSENSTEIN MARCHAND
 MELANÇON S.E.N.C.R.L. c. CASSELS BROCK
 & BLACKWELL LLP**

2016 CSC 30

N° du greffe : 36087.

2015 : 3 décembre; 2016 : 15 juillet.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Whether Ontario courts should assume jurisdiction over third party claim brought by Ontario law firm against several law firms located in Quebec in the context of national class action certified in Ontario — If so, whether Ontario courts ought to decline to exercise jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for disposing of litigation.

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Les tribunaux ontariens devraient-ils se déclarer compétents à l'égard d'une demande de mise en cause qu'un cabinet d'avocats de l'Ontario présente contre plusieurs cabinets d'avocats du Québec dans le cadre d'un recours collectif national certifié en Ontario? — Dans l'affirmative, les tribunaux ontariens devraient-ils refuser d'exercer leur compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour trancher le litige?

One of the casualties of the financial crisis in 2008 was the Canadian automotive sector. To assist, the federal government bailed out some of the country's auto manufacturers in 2009, including General Motors of Canada Ltd. (GM). A term of the government's bailout of GM was that it close dealerships across the country. Over 200 Canadian dealerships were closed. GM offered compensation to each dealer pursuant to Wind-Down Agreements. Two hundred and seven GM dealers who had been closed down started a class action in Ontario, alleging that GM had forced them to sign Wind-Down Agreements, and that the law firm of Cassels Brock & Blackwell LLP (Cassels Brock) was negligent in failing to provide appropriate legal advice. Cassels Brock added 150 law firms from across the country as third party defendants, seeking contribution and indemnity from the law firms who gave the individual dealers the independent legal advice required under the Agreements. Eighty-three non-Ontario law firms challenged Ontario's jurisdiction, including 32 based in Quebec. The motions judge dismissed the challenge. Only the 32 Quebec law firms appealed. The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal.

Le secteur canadien de l'automobile a été l'une des victimes de la crise financière de 2008. Pour lui venir en aide, le gouvernement fédéral a renfloué en 2009 certains constructeurs automobiles du pays, dont General Motors du Canada Ltée (GM). Le gouvernement a exigé en retour que GM ferme des concessions au pays. Plus de 200 concessionnaires canadiens ont ainsi fermé leurs portes. GM a offert à chacun d'eux une compensation selon les modalités prévues dans des contrats de retrait progressif. Deux cent sept concessionnaires de GM qui avaient fermé leurs portes ont intenté un recours collectif en Ontario, alléguant que GM les avait forcés à signer le contrat de retrait progressif et que le cabinet d'avocats Cassels Brock & Blackwell LLP (Cassels Brock) avait donné des avis juridiques entachés de négligence. Cassels Brock a mis en cause comme défendeurs 150 cabinets d'avocats de partout au pays, cherchant à obtenir une contribution et une indemnité des cabinets d'avocats qui avaient fourni aux concessionnaires les avis juridiques indépendants exigés par les contrats. Quarante-trois cabinets d'avocats non ontariens ont contesté la compétence des tribunaux de l'Ontario, dont 32 ayant un siège au Québec. Le juge des requêtes a rejeté la contestation. Seuls les 32 cabinets d'avocats du Québec ont interjeté appel. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel.

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

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: Before a court can assume jurisdiction over a claim, a real and substantial connection must be shown between the circumstances giving rise to the claim and the jurisdiction where the claim is brought. This Court's decision in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572,

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Avant qu'une cour puisse se déclarer compétente à l'égard d'une demande, il faut lui démontrer l'existence d'un « lien réel et substantiel » entre les circonstances à l'origine de la demande et le ressort où la demande est présentée. Dans l'arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012

sets out the test for establishing the requisite connection in tort claims, and identified four presumptive connecting factors. All presumptive connecting factors generally point to a relationship between the subject matter of the litigation and the forum where jurisdiction is proposed to be assumed.

This case engages the fourth factor: whether a contract connected with the dispute was made in the province. The fourth factor premises the determination of when a contract will be made in a given jurisdiction on the traditional rules of contract formation. All that is required is a connection between the claim and a contract that was made where jurisdiction is sought to be assumed. A connection does not necessarily require that an alleged tortfeasor be a party to the contract. Nothing in *Van Breda* suggests that the fourth factor is unavailable when more than one contract is involved, or that a different inquiry applies in these circumstances. Nor does *Van Breda* limit this factor to situations where the defendant's liability flows immediately from his or her contractual obligations. It is sufficient that the dispute be connected to a contract made in the province or territory where jurisdiction is proposed to be assumed. This merely requires that a defendant's conduct brings him or her within the scope of the contractual relationship and that the events that give rise to the claim flow from the relationship created by the contract. The fact that another forum may also be connected with the dispute does not undermine the existence of a real and substantial connection.

The first step is identifying the dispute. The nucleus of the claim against Cassels Brock, as well as that of Cassels Brock's third party claim against the local lawyers who signed certificates of independent legal advice, relates to the claims that there was negligent legal advice about the Wind-Down Agreements. The dispute is therefore a tort claim for professional negligence.

The next question is whether a contract connected with this dispute was made in Ontario. The contract connected with this dispute is the Wind-Down Agreement, which is clearly connected to Cassels Brock's third party claims against the local lawyers. Valid acceptance of GM's offer required that each individual dealer obtain independent legal advice. The local lawyers' provision of legal advice brought them within the scope of the contractual relationship between GM and the dealers.

CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, la Cour précise le critère servant à établir l'existence du lien requis dans les actions en responsabilité délictuelle et relève quatre facteurs de rattachement créant une présomption. Tous les facteurs de rattachement créant une présomption révèlent généralement un rapport entre l'objet du litige et le tribunal qui entend se déclarer compétent.

La présente affaire fait intervenir le quatrième facteur, à savoir si un contrat lié au litige a été conclu dans la province. Le quatrième facteur fait reposer sur les règles traditionnelles régissant la formation du contrat la détermination du moment de la conclusion du contrat dans un ressort donné. Il suffit qu'il existe un lien entre la demande et le contrat conclu dans la province où le tribunal est prié de se déclarer compétent. Pour qu'il y ait un lien, il n'est pas nécessaire que le prétendu auteur du délit soit une partie au contrat. Rien dans *Van Breda* ne laisse croire que l'on ne peut se prévaloir du quatrième facteur lorsque plus d'un contrat est en cause, ou qu'une analyse différente s'applique dans ces circonstances. Cet arrêt ne limite pas non plus l'application de ce facteur aux situations où la responsabilité du défendeur découle immédiatement de ses obligations contractuelles. Il suffit qu'il existe un lien entre le litige et un contrat conclu dans la province ou le territoire où un tribunal entend se déclarer compétent. Il faut simplement que la relation contractuelle s'étende à la conduite d'un défendeur et que les faits qui donnent ouverture à la demande découlent de la relation créée par le contrat. Le fait qu'un autre ressort puisse aussi avoir un lien avec le litige n'affaiblit pas l'existence d'un lien réel et substantiel.

La première étape consiste à identifier le litige. Tout comme les demandes de mise en cause introduites par Cassels Brock contre les avocats locaux qui ont signé les attestations d'avis juridique indépendant, la réclamation contre Cassels Brock repose essentiellement sur la prétention que les professionnels qui ont donné les avis juridiques sur les contrats de retrait progressif ont fait preuve de négligence. Le litige consiste donc en une action en responsabilité délictuelle fondée sur la négligence professionnelle.

Il s'agit ensuite de déterminer si un contrat lié à ce litige a été conclu en Ontario. Le contrat lié à ce litige est le contrat de retrait progressif, qui se rattache clairement aux demandes de mise en cause déposées par Cassels Brock contre les avocats locaux. Pour que l'acceptation de l'offre de GM soit valide, chacun des concessionnaires devait obtenir un avis juridique indépendant. La prestation de conseils juridiques par les avocats locaux a amené ces derniers à participer à la relation contractuelle entre GM et les concessionnaires.

In Ontario, a contract is formed based on an offer by one party, accepted by the other, or an exchange of promises, supported by consideration. Where the contracting parties are located in different jurisdictions, the contract will be formed in the jurisdiction where the last essential act of contract formation, such as acceptance, took place. Here, the contract in question was made in Ontario. The last act essential to contract formation occurred at GM's office in Ontario, where its Vice President of Sales, Service & Marketing accepted and signed the Wind-Down Agreements that had been signed and returned by the dealers. Other contextual factors demonstrate that the Agreement was made in Ontario: the Agreement expressly provides that it is governed by Ontario law, GM's head office and the bulk of the affected dealers were located in Ontario, and the business relationships and the litigation are deeply related to Ontario.

Cassels Brock has therefore demonstrated a real and substantial connection between a contract made in the province (the Wind-Down Agreement) and the dispute (the third party negligence claim). The strength of this connection was not rebutted by the Quebec lawyers. The Ontario courts, therefore, properly assumed jurisdiction over the claim.

Once jurisdiction is established, the party contesting jurisdiction may raise the doctrine of *forum non conveniens*. The burden is on the defendant to demonstrate that a court of another jurisdiction has a real and substantial connection to the claim and that this alternative forum is clearly more appropriate than the one where jurisdiction may be assumed. This threshold will be met where the alternative forum would be fairer and more efficient for disposing of the litigation. It is not sufficient that the alternative forum merely be comparable to the forum where jurisdiction has been found to exist. *Forum non conveniens* is not concerned only with fairness to the party contesting jurisdiction, it is also concerned with efficiency and convenience for the proceedings themselves.

In this case, the third party claims against the other 118 law firms will be heard in Ontario. This strongly weighs against finding that the Quebec courts are a clearly more appropriate forum for the 32 Quebec firms. Allowing the Quebec third party claims to proceed in Ontario along with the 118 other law firms, would clearly be a more efficient and effective solution. Because the third party claims involve a significant number of parties and require the mobilization of significant judicial resources, those resources should be allocated and expended with a view to making the litigation quicker, more

En Ontario, un contrat est formé lorsqu'une offre d'une partie est acceptée par une autre partie, ou lorsqu'il y a échange de promesses avec contrepartie. Lorsque les parties contractantes ne se trouvent pas dans le même ressort, le contrat est formé dans le ressort où est accompli le dernier acte essentiel à sa formation, par exemple son acceptation. En l'espèce, le contrat en question a été conclu en Ontario. Le dernier acte essentiel à la formation du contrat a été accompli aux bureaux de GM en Ontario, où son vice-président des Ventes, des Services et du Marketing a accepté et signé les contrats de retrait progressif qu'avaient signés et retournés les concessionnaires. D'autres facteurs contextuels démontrent que le contrat a été conclu en Ontario : le contrat prévoit expressément qu'il est régi par les lois de l'Ontario. Le siège social de GM et la plupart des concessionnaires touchés se trouvent en Ontario et les relations d'affaires et le litige sont intimement liés à l'Ontario.

Cassels Brock a donc démontré l'existence d'un lien réel et substantiel entre un contrat conclu dans la province (le contrat de retrait progressif) et le litige (la demande de mise en cause pour négligence). Les avocats du Québec n'ont pas réfuté la force de ce lien. Ainsi, c'est à juste titre que les tribunaux ontariens se sont déclarés compétents à l'égard de la demande.

Une fois la compétence établie, la partie qui la conteste peut invoquer la doctrine du *forum non conveniens*. Il incombe au défendeur de démontrer que le tribunal d'un autre ressort a un lien réel et substantiel avec la demande et que cet autre tribunal est nettement plus approprié que celui pouvant se déclarer compétent. Le défendeur s'acquitte de ce fardeau si l'autre tribunal serait plus juste et plus efficace pour trancher le litige. Il ne suffit pas que l'autre tribunal soit simplement comparable à celui dont la compétence a été établie. La doctrine du *forum non conveniens* ne vise pas uniquement l'équité envers la partie qui conteste la compétence; elle vise également l'efficacité et la facilitation de l'instance elle-même.

En l'espèce, les demandes de mise en cause déposées contre les 118 autres cabinets d'avocats seront instruites en Ontario. Cette réalité milite fortement contre une conclusion suivant laquelle les tribunaux québécois sont nettement plus appropriés dans le cas des 32 cabinets d'avocats québécois. Le fait de permettre que les demandes de mise en cause des avocats du Québec soient instruites en Ontario en même temps que les demandes visant les 118 autres cabinets d'avocats constituerait clairement une solution plus efficiente et plus efficace. Puisque les demandes de mise en cause impliquent un

economical and less complicated. Adjudicating all the third party claims in the same forum avoids the possibility of conflicting judgments and duplication in fact-finding and legal analysis, and will ensure that they are resolved in a timelier and more affordable manner. All of this leads to the conclusion that Ontario should assume jurisdiction over all the third party claims, including those involving the Quebec law firms.

Per Côté J. (dissenting): At the heart of this dispute is the fourth connecting factor set out in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, which provides Ontario with presumptive jurisdiction when a contract connected with the dispute was made in the province.

In this case, the relevant Wind-Down Agreements were simply not made in Ontario. Under the law of Ontario, a contract will be considered formed where the last essential act of contract formation takes place — in other words, where final acceptance is notified. Here, GM's notice of final acceptance was itself an essential condition for the Wind-Down Agreements to become binding, and was clearly the last essential formative act. In Ontario, acceptance of a contract will be considered notified in the place where it is received. In this case, GM's notice of final acceptance was transmitted to its Quebec dealers in Quebec. As such, the relevant Wind-Down Agreements in respect of the Quebec dealers would have been formed in Quebec. Contextual considerations, like the choice of law clause, and the fact that the bulk of the terminated dealers, as well as GM's head office, are located in Ontario, have nothing to do with where the Quebec dealers' Agreements were formed. Furthermore, if these considerations are given weight, the parties' own desires regarding where their contract is formed risk becoming irrelevant.

Even if the Agreements had been concluded in Ontario, they are not connected with these claims in the manner required by *Van Breda's* fourth connecting factor. This fourth connecting factor only provides jurisdiction over claims where the defendant's liability in tort flows immediately from the defendant's own contractual

grand nombre de parties et requièrent la mobilisation de ressources judiciaires considérables, il convient d'allouer et de consacrer ces ressources dans le but de rendre le processus plus rapide, plus économique et moins compliqué. Faire trancher toutes les demandes de mise en cause par le même tribunal évite la possibilité de jugements contradictoires et de duplication de la recherche des faits et de l'analyse juridique et fera en sorte qu'elles soient réglées plus rapidement et de façon moins onéreuse. Tout cela mène à la conclusion que les tribunaux de l'Ontario peuvent se déclarer compétents à l'égard de toutes les demandes de mise en cause, y compris celles visant les cabinets d'avocats québécois.

La juge Côté (dissidente) : Au cœur du présent litige se trouve le quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, lequel établit une présomption de compétence des tribunaux ontariens si un contrat lié au litige a été conclu dans la province.

Dans la présente affaire, les contrats de retrait progressif pertinents n'ont tout simplement pas été conclus en Ontario. Selon les règles de droit de l'Ontario, on considère qu'un contrat est formé là où survient le dernier acte essentiel à sa formation, en d'autres termes l'endroit où l'acceptation définitive est communiquée. En l'espèce, l'avis d'acceptation définitive de GM constituait en soi une condition essentielle pour que les contrats de retrait progressif prennent effet et il s'agissait clairement du dernier acte essentiel à la formation du contrat. En Ontario, l'acceptation d'un contrat est considérée avoir été notifiée à l'endroit où elle a été reçue. En l'espèce, l'avis d'acceptation définitive de GM a été transmis à ses concessionnaires du Québec dans cette province. Les contrats de retrait progressif pertinents relatifs aux concessionnaires du Québec ont donc été formés au Québec. Des considérations contextuelles comme la clause d'élection de for et le fait que la majeure partie des concessionnaires non retenus et le siège social de GM sont situés en Ontario n'ont rien à voir avec l'endroit où les Contrats des concessionnaires québécois ont été formés. Qui plus est, accorder quelque poids à ces considérations pourrait faire en sorte que le souhait des parties concernant le lieu de formation de leur contrat risque de devenir non pertinent.

Même si les contrats avaient été conclus en Ontario, ils ne sont pas liés aux présentes réclamations de la façon exigée par le quatrième facteur de rattachement énoncé dans l'arrêt *Van Breda*. Ce quatrième facteur de rattachement ne confère compétence que sur les réclamations où la responsabilité délictuelle du défendeur découle

obligations. Indeed, in these kinds of cases, the claim in tort will often resemble a claim in contract. This may occur in cases of concurrent liability, where a defendant's failure to exercise reasonable skill and care may constitute, at once, both a breach of contract and a tort. This may also occur in cases where a third party beneficiary to a contract has a claim in tort for acts which occurred in the performance — and potential breach — of that contract. In these cases, the defendant's breach of contract and his tort are indissociable. Indeed, the duty of care the defendant owes stems from his contract. Establishing jurisdiction over these kinds of claims in tort represents the underlying rationale of *Van Breda's* fourth connecting factor. It is what makes this factor both a defensible and a desirable conflicts rule. This may represent a narrow interpretation, but it reflects the way the fourth connecting factor was described, justified and applied in *Van Breda*.

On this narrow interpretation of *Van Breda's* fourth factor, the courts of Ontario clearly do not have jurisdiction over Cassels Brock's third party claims. The only contracts that could possibly be close enough to the dispute are the retainer agreements concluded between the Quebec lawyers and their clients. The Wind-Down Agreements — the subject of the Quebec lawyers' legal advice — are simply too remote. The Quebec lawyers were never brought within the scope of the contractual relationship between GM and the dealers. They were not parties to the Agreements, never owed any obligations under them, were never owed any benefit under them, and are not being sued in tort for actions committed in their performance. Instead, their obligations flow entirely from their retainer agreements. The most that can be said is that the Wind-Down Agreements contributed to the factual circumstances following which an entirely separate fault or breach occurred.

The majority's approach to *Van Breda's* fourth factor misconstrues what it means for a contract to be connected with a claim in tort. The broad scope given to *Van Breda's* fourth connecting factor by the majority divorces it from its specific and limited foundations. In doing so, this broader approach will lead to jurisdictional overreach. In this case, the requirement of independent legal

immédiatement de ses propres obligations contractuelles. En fait, dans les cas de ce genre, l'action en responsabilité délictuelle ressemble souvent à une action en responsabilité contractuelle. Cela peut se produire dans les cas de responsabilité concurrente, où l'omission du défendeur de faire preuve d'une compétence et d'une diligence raisonnables peut constituer à la fois tant une violation de contrat qu'un délit. Cela peut également se produire dans des cas où un tiers bénéficiaire du contrat dispose d'un droit d'action en responsabilité délictuelle pour des actes accomplis dans l'exécution — et possiblement en violation — de ce contrat. Dans ces cas, la violation du contrat par le défendeur et son délit sont indissociables. En fait, le devoir de diligence du défendeur découle de son contrat. Établir la compétence sur les actions en responsabilité délictuelle de ce genre constitue la raison d'être du quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda*. C'est ce qui fait de ce facteur une règle de droit international privé à la fois défendable et désirable. Il s'agit là d'une interprétation restreinte, mais elle reflète la façon dont le quatrième facteur de rattachement est décrit, justifié et appliqué dans *Van Breda*.

Selon cette interprétation restreinte du quatrième facteur énoncé dans *Van Breda*, les tribunaux ontariens n'ont manifestement pas juridiction à l'égard des demandes de mise en cause déposées par Cassels Brock. Les seuls contrats susceptibles d'avoir un lien suffisamment étroit avec le litige sont les contrats pour services juridiques conclus entre les avocats du Québec et leurs clients. Les contrats de retrait progressif, l'objet des avis juridiques donnés par les avocats du Québec, sont tout simplement trop éloignés de ce litige. Les avocats du Québec n'ont jamais participé à la relation contractuelle entre GM et les concessionnaires. Ils n'étaient pas parties aux Contrats et ceux-ci ne leur ont jamais imposé d'obligation ni conféré d'avantage et ils ne font pas l'objet de poursuites en responsabilité délictuelle pour des actes accomplis dans l'exécution de ces Contrats. Les obligations des avocats du Québec découlent plutôt entièrement de leurs mandats. Tout au plus peut-on affirmer que les contrats de retrait progressif ont contribué à ce que surviennent des circonstances factuelles dans lesquelles une faute ou violation entièrement distincte aurait été commise.

Dans la conception qu'elle se fait du quatrième facteur énoncé dans *Van Breda*, la majorité ne saisit pas ce qu'il faut pour qu'un contrat soit lié à une action en responsabilité délictuelle. La large portée attribuée par la majorité au quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda* le dissocie de ses assises précises et limitées. Ce faisant, cette approche plus large entraînera

advice is entirely unrelated to the quality of the legal advice that was obtained in Quebec, and that forms the basis of each claim. Nor can this requirement bring the Quebec lawyers within the scope of the dealers' contractual relationship with GM. There is also nothing real or substantial about the fact that the allegedly negligent legal advice was about the Wind-Down Agreement. Every day, lawyers advise clients on contracts that will eventually be formed in another province. If these contracts are a fount of jurisdiction, then such lawyers could be sued for negligence wherever the contracts are entered into.

The majority's approach also muddies an area of the law that should be kept clear and jeopardizes the certainty and predictability that was promised by *Van Breda's* purposefully specific connecting factors. On a more restrained approach, it should always be clear when the fourth connecting factor can serve as a basis for jurisdiction. By contrast, the majority's approach amounts to an open invitation for litigants to engage in long-winded jurisdictional debates, since the words "connected with" and "connection" are notoriously flexible and fact-specific.

There may also be harmful commercial implications that flow from the majority's broader approach to the fourth connecting factor, as well as negative repercussions on the practice of law itself. The majority's holding means that whenever a lawyer's advice is required before his client can accept an offer, that lawyer may later be sued for professional negligence wherever the resulting contract is formed, regardless of where his services were provided. Such lawyers may feel conflicted, since they will likely have a personal stake in where their client's contract is entered into.

With respect to the claims against the two national law firms which have offices both in Quebec and in Ontario, whatever jurisdiction the courts of Ontario have over these claims should be declined on the basis of *forum non conveniens*. It is clear that Quebec is the more appropriate forum for the third party claims against the two national law firms. If these claims were heard in Ontario, the lawyers and witnesses involved, who are all residents of Quebec, would all have to travel to testify, incurring significant costs. Furthermore, since Quebec law will

un excès de juridiction. En l'espèce, l'obligation d'obtenir un avis juridique indépendant n'a absolument rien à voir avec la qualité de l'avis juridique qui a été obtenu au Québec et qui constitue le fondement de chaque réclamation. Cette obligation ne peut faire non plus des avocats québécois des participants à la relation contractuelle entre les concessionnaires et GM. Le fait que l'avis juridique taxé de négligence portait sur le contrat de retrait progressif n'a rien non plus de réel ou de substantiel. Chaque jour, des avocats conseillent des clients sur des contrats qui seront éventuellement formés dans une autre province. Si ces contrats sont des sources de compétence, ces avocats pourraient être poursuivis pour négligence professionnelle à l'endroit, quel qu'il soit, où les contrats se trouvent à avoir été conclus.

En outre, l'approche de la majorité embrouille un domaine du droit qui devrait rester clair et elle compromet la certitude et la prévisibilité qui avaient été promises par les facteurs de rattachement énoncés dans *Van Breda* qui se voulaient précis. Selon une approche plus restreinte, la question de savoir quand le quatrième facteur de rattachement peut servir de fondement à la compétence devrait toujours être claire. À l'inverse, l'approche de la majorité revient à inviter de façon générale les plaideurs à se lancer dans des débats de longue haleine sur la juridiction, puisque les mots « lié » et « lien » sont notoirement souples et tributaires des faits.

L'interprétation plus large que la majorité donne au quatrième facteur de rattachement peut aussi avoir des conséquences néfastes sur le plan commercial ainsi que des répercussions négatives sur l'exercice du droit lui-même. La conclusion de la majorité signifie que, chaque fois qu'un client doit obtenir l'avis d'un avocat avant d'accepter une offre, ce dernier peut plus tard être poursuivi pour négligence professionnelle à l'endroit, quel qu'il soit, où le contrat qui en résulte est formé, et ce, peu importe le lieu où l'avocat a fourni ses services. Ces avocats auront peut-être des réserves, car ils auront vraisemblablement un intérêt personnel quant au lieu où le contrat de leurs clients est conclu.

Pour ce qui est des réclamations déposées contre les deux cabinets d'avocats nationaux qui ont des bureaux à la fois au Québec et en Ontario, les tribunaux ontariens devraient décliner, en raison de la doctrine du *forum non conveniens*, toute compétence qu'ils pourraient avoir à l'égard de ces recours. Il est clair que le Québec est le ressort le plus approprié pour l'instruction des demandes de mise en cause introduites contre les deux cabinets d'avocats nationaux. Si ces demandes étaient instruites en Ontario, les avocats et témoins concernés, qui résident

govern the claims against the national law firms with offices in Quebec, additional costs would be incurred to provide an Ontario court with expertise on Quebec law. Finally, if the claims against the Quebec law firms were to be divided between Quebec and Ontario, there is a risk of conflicting decisions.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; **referred to:** *Breedon v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Neophytou v. Fraser*, 2015 ONCA 45, 63 C.P.C. (7th) 13; *Eco-Tec Inc. v. Lu*, 2015 ONCA 818, 343 O.A.C. 140, leave to appeal refused, May 5, 2016, file no. 36825; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk*, 2007 SCC 55, [2007] 3 S.C.R. 679; *Pixiu Solutions Inc. v. Canadian General-Tower Ltd.*, 2016 ONSC 906; *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; *Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 321; *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, 2013 SCC 37, [2013] 2 S.C.R. 623; *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87.

By Côté J. (dissenting)

Club Resorts Ltd. v. Van Breda, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Serra v. Serra*, 2009 ONCA 105, 93 O.R. (3d) 161; *Eastern Power Ltd. v. Azienda Comunale Energia & Ambiente* (1999), 178 D.L.R. (4th) 409, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xi; *Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft m.b.H.*, [1983] 2 A.C. 34; *Inukshuk Wireless Partnership v. 4253311 Canada Inc.*, 2013 ONSC 5631, 117 O.R. (3d) 206; *Christmas v. Fort McKay First Nation*, 2014 ONSC 373, 119 O.R. (3d) 21; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247;

tous au Québec, seraient tous obligés de se déplacer pour témoigner et engageraient pour ce faire des frais importants. De plus, comme les lois du Québec s'appliqueraient aux réclamations déposées contre les cabinets d'avocats nationaux ayant des bureaux dans cette province, il faudrait engager des frais additionnels pour fournir à un tribunal ontarien une expertise sur le droit québécois. Enfin, si les réclamations déposées contre les cabinets d'avocats québécois devaient être divisées entre le Québec et l'Ontario, il risque d'y avoir des décisions contradictoires.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; **arrêts mentionnés :** *Breedon c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Neophytou c. Fraser*, 2015 ONCA 45, 63 C.P.C. (7th) 13; *Eco-Tec Inc. c. Lu*, 2015 ONCA 818, 343 O.A.C. 140, autorisation d'appel refusée, 5 mai 2016, n° du greffe 36825; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk*, 2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679; *Pixiu Solutions Inc. v. Canadian General-Tower Ltd.*, 2016 ONSC 906; *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; *Currie c. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 321; *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, 2013 CSC 37, [2013] 2 R.C.S. 623; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Club Resorts Ltd. c. Van Breda, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *Serra c. Serra*, 2009 ONCA 105, 93 O.R. (3d) 161; *Eastern Power Ltd. c. Azienda Comunale Energia & Ambiente* (1999), 178 D.L.R. (4th) 409, autorisation d'appel refusée, [2000] 1 R.C.S. xi; *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft m.b.H.*, [1983] 2 A.C. 34; *Inukshuk Wireless Partnership c. 4253311 Canada Inc.*, 2013 ONSC 5631, 117 O.R. (3d) 206; *Christmas c. Fort McKay First Nation*, 2014 ONSC 373, 119 O.R. (3d) 21; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3

Earl v. Wilhelm, 2000 SKCA 1, 183 D.L.R. (4th) 45; *White v. Jones*, [1995] 2 A.C. 207; *Whittingham v. Crease & Co.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 353; *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69; *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd's Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001; *Trillium Motor World Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2015 ONSC 3824, 30 C.B.R. (6th) 1; *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, arts. 3139, 3148.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), c. 2.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.S. 1997, c. C-41.1.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.Y. 2000, c. 7 (not yet in force).
 European Communities. *Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, [2001] O.J. L. 12/1, art. 5(1), (3).
Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 17.02(f)(i), 29.

Authors Cited

Black, Vaughan. "Simplifying Court Jurisdiction in Canada" (2012), 8 *J. Priv. Int. Law* 411.
 Blom, Joost. "New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The *Van Breda* Quartet" (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 1.
 Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. "The Chimera of the Real and Substantial Connection Test" (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373.
 Castel, Jean-Gabriel. "The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law" (2007), 52 *McGill L.J.* 555.
 Fawcett, J. J., and J. M. Carruthers. *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

R.C.S. 247; *Earl c. Wilhelm*, 2000 SKCA 1, 183 D.L.R. (4th) 45; *White c. Jones*, [1995] 2 A.C. 207; *Whittingham c. Crease & Co.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 353; *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001; *Trillium Motor World Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.*, 2015 ONSC 3824, 30 C.B.R. (6th) 1; *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 3139, 3148.
 Communautés européennes. *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [2001] J.O. L. 12/1, art. 5(1), (3).
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.B.C. 2003, c. 28.
Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), c. 2.
Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances, L.S. 1997, c. C-41,1.
Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances, L.Y. 2000, c. 7 (non en vigueur).
Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990, c. N.1.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 17.02(f)(i), 29.

Doctrine et autres documents cités

Black, Vaughan. « Simplifying Court Jurisdiction in Canada » (2012), 8 *J. Priv. Int. Law* 411.
 Blom, Joost. « New Ground Rules for Jurisdictional Disputes : The *Van Breda* Quartet » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 1.
 Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373.
 Castel, Jean-Gabriel. « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007), 52 *R.D. McGill* 555.
 Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (en ligne : www.ulcc.ca)

- Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Monestier, Tanya J. “A ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2007), 33 *Queen’s L.J.* 179.
- Monestier, Tanya J. “(Still) a ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396.
- Phipson on Evidence*, 15th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.
- Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (online: www.ulcc.ca/en/uniform-acts-new-order/current-uniform-acts/739-jurisdiction/civil-jurisdiction/1730-court-jurisdiction-proceedings-transfer-act).
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 2010.
- Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2016, release 55).
- Watson, Garry D., and Frank Au. “Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from Morguard” (2000), 23 *Adv. Q.* 167.
- fr/lois-uniformes-nouvelle-structure/lois-uniformes-courantes/184-josetta-1-fr-fr/lois-uniformes/competence-des-tribunaux-et-transfert-des-causes-loi-sur-la/1093-loi-uniforme-sur-la-competence-des-tribunaux-et-le-transfert-des-causes-1994).
- Fawcett, J. J., and J. M. Carruthers. *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Monestier, Tanya J. « A “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2007), 33 *Queen’s L.J.* 179.
- Monestier, Tanya J. « (Still) a “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396.
- Phipson on Evidence*, 15th ed., London, Sweet & Maxwell, 2000.
- Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2009.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed., Toronto, Canada Law Book, 2010.
- Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated 2016, release 55).
- Watson, Garry D., and Frank Au. « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from Morguard » (2000), 23 *Adv. Q.* 167.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, LaForme and Lauwers JJ.A.), 2014 ONCA 497, 120 O.R. (3d) 598, 53 C.P.C. (7th) 1, 374 D.L.R. (4th) 411, 322 O.A.C. 161, [2014] O.J. No. 3096 (QL), 2014 CarswellOnt 8775 (WL Can.), affirming a decision of Belobaba J., 2013 ONSC 2289, 51 C.P.C. (7th) 419, [2013] O.J. No. 2358 (QL), 2013 CarswellOnt 6666 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Jo-Anne Demers and Jean-Olivier Lessard, for the appellants.

Peter H. Griffin and Jon Laxer, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, LaForme et Lauwers), 2014 ONCA 497, 120 O.R. (3d) 598, 53 C.P.C. (7th) 1, 374 D.L.R. (4th) 411, 322 O.A.C. 161, [2014] O.J. No. 3096 (QL), 2014 CarswellOnt 8775 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Belobaba, 2013 ONSC 2289, 51 C.P.C. (7th) 419, [2013] O.J. No. 2358 (QL), 2013 CarswellOnt 6666 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Jo-Anne Demers et Jean-Olivier Lessard, pour les appelants.

Peter H. Griffin et Jon Laxer, pour l’intimée.

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

[1] ABELLA J. — Even if the underlying facts involve another jurisdiction, a Canadian court can, if there is a sufficient connection, assume jurisdiction over a tort claim. In *Van Breda*,¹ this Court identified four “presumptive connecting factors” to assist in making this determination. This appeal focuses on the fourth factor, whereby jurisdiction can be assumed if a contract connected with the dispute was made in the province where the tort claim is brought.

[2] The specific question in this appeal is whether the Ontario courts should assume jurisdiction over a third party claim brought by an Ontario law firm against several law firms located in Quebec in the context of a national class action.

Background

[3] One of the casualties of the financial crisis in 2008 was the Canadian automotive sector. To assist, the federal government bailed out some of the country’s auto manufacturers in 2009, including General Motors of Canada Ltd. A term of the bailout was the requirement that GM Canada close dealerships across the country.

[4] Over 200 Canadian dealerships were closed. GM Canada offered compensation to each dealer pursuant to Wind-Down Agreements. The Agreements contained the following provisions of particular relevance:

Article 13: “This Agreement is governed by the laws of the Province of Ontario.”

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

[1] LA JUGE ABELLA — Même si les faits sous-jacents à une demande concernent un autre ressort, une cour canadienne peut, s’il existe un lien suffisant, se déclarer compétente à l’égard d’une action en responsabilité délictuelle. Pour guider les tribunaux dans leur décision, notre Cour a reconnu, dans l’arrêt *Van Breda*¹, quatre « facteurs de rattachement créant une présomption ». Le présent pourvoi porte sur le quatrième facteur, en vertu duquel un tribunal peut se déclarer compétent si un contrat lié au litige a été conclu dans la province où est intentée l’action en responsabilité délictuelle.

[2] La question précise posée dans ce pourvoi est de savoir si les tribunaux de l’Ontario devraient se déclarer compétents à l’égard d’une demande de mise en cause qu’un cabinet d’avocats de l’Ontario présente contre plusieurs cabinets d’avocats du Québec dans le cadre d’un recours collectif national.

Contexte

[3] Le secteur canadien de l’automobile a été l’une des victimes de la crise financière de 2008. Pour lui venir en aide, le gouvernement fédéral a renfloué en 2009 certains constructeurs automobiles du pays, dont General Motors du Canada Ltée. Le gouvernement a exigé en retour que GM Canada ferme des concessions au pays.

[4] Plus de 200 concessionnaires canadiens ont ainsi fermé leurs portes. GM Canada a offert à chacun d’eux une compensation selon les modalités prévues dans des contrats de retrait progressif. Les dispositions suivantes du contrat sont particulièrement pertinentes :

Clause 13 : « Le présent contrat est régi par les lois de la province d’Ontario. »

¹ *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, [2012] 1 S.C.R. 572.

¹ *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, [2012] 1 R.C.S. 572.

Article 19: “The parties consent and agree that the courts of the Province of Ontario have exclusive jurisdiction to hear and determine claims or disputes between the parties hereto pertaining to this Agreement.”

[5] All dealers also had to agree to waive their rights under any and all applicable statutes, regulation or other law, including rights under provincial franchise laws.²

[6] Attached to each Agreement was a letter dated May 20, 2009, from Marc Comeau, GM Canada’s Vice President of Sales, Service & Marketing, sent from his office in Oshawa, Ontario. It states, in part:

Our offer, as set out in the Wind-Down Agreement, is conditional upon all of the Non-Retained Dealers accepting the offer (the “Acceptance Threshold Condition”) and executing and delivering their respective Wind-Down Agreements to GM Canada on or before May 26, 2009 at 6:00 pm EST (the “End of the Offer Period”). *GM Canada reserves the right, in its discretion, to waive*

² 5. Release; Covenant Not to Sue; Indemnity.

(a) Each Dealer and Dealer Operator on their own behalf and on behalf of any of their respective Affiliates, members, partners, venturers, shareholders, Dealer Owners, officers, directors, employees, agents, spouses, legal representatives, heirs, administrators, executors, successors, and assigns (collectively, the “Dealer Parties”), hereby absolutely and irrevocably . . . releases, settles, cancels, discharges, and acknowledges to be fully satisfied any and all claims, demands, complaints, damages, debts, liabilities, obligations, costs, expenses, liens, actions, and causes of action of every kind and nature whatsoever (including without limiting the generality of the foregoing, negligence), whether known or unknown, foreseen or unforeseen, suspected or unsuspected, in law or in equity (“Claims”), which any of the Dealer Parties may have as of the Effective Date or may thereafter have or acquire at any time against GM, its Affiliates, or any of its or their members, partners, venturers, shareholders, officers, directors, employees, agents, spouses, legal representatives, heirs, administrators, executors, successors, or assigns (collectively, the “GM Entities”), arising out of or relating to:

Clause 19 : « Les parties reconnaissent que les réclamations ou litiges entre les parties aux présentes au sujet du présent contrat relèvent de la compétence exclusive des tribunaux de la province d’Ontario. »

[5] Tous les concessionnaires devaient aussi accepter de renoncer à tous les droits que pourraient leur conférer les lois, règlements ou autres dispositions législatives applicables, y compris les droits qu’ils pourraient avoir en vertu des lois provinciales sur les franchises².

[6] Une lettre de Marc Comeau, le vice-président des Ventes, des Services et du Marketing, datée du 20 mai 2009 et expédiée de son bureau à Oshawa (Ontario), était jointe à chaque contrat. En voici un extrait :

[TRADUCTION] Notre offre, énoncée dans le contrat de retrait progressif, est conditionnelle à son acceptation par tous les concessionnaires non retenus (la « condition relative au seuil d’acceptation ») et à la signature et à la remise des contrats de retrait progressif de tous les concessionnaires à GM Canada au plus tard le 26 mai 2009 à 18 h, HNE (la « fin de la période de l’offre »).

² 5. Libération; engagement de ne pas poursuivre; indemnisation.

a) Le Concessionnaire et le Concessionnaire-exploitant pour leur propre compte et pour le compte de leurs sociétés affiliées, membres, partenaires, associés, actionnaires, concessionnaires-proprétaires, dirigeants, administrateurs, employés, mandataires, conjoints, héritiers, administrateurs successoraux, exécuteurs testamentaires, liquidateurs de succession, successeurs et ayants droit (collectivement, les « parties concessionnaires »), conviennent par les présentes de façon absolue et irrévocable [. . .] de libérer, de régler, d’annuler, d’acquitter, à leur pleine satisfaction, toutes les réclamations, demandes, plaintes, dommages, dettes, responsabilités, obligations, coûts, dépenses, privilèges, priorités, actions et causes d’action de quelque nature que ce soit (y compris, sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, la négligence), connus ou inconnus, prévus ou imprévus, soupçonnés ou insoupçonnés, en droit ou en equity (« réclamation(s) »), que l’une ou l’autre des parties concessionnaires pourraient avoir à la date de prise d’effet ou pourrait avoir par la suite ou acquérir à tout moment contre GM, ses sociétés affiliées et l’un ou l’autre de leurs membres, partenaires, associés, actionnaires, dirigeants, administrateurs, employés, mandataires, conjoints, héritiers, administrateurs successoraux, exécuteurs testamentaires, liquidateurs de succession, successeurs et ayants droit (collectivement, les « entités de GM »), découlant de ce qui suit ou relié à ce qui suit :

the Acceptance Threshold Condition. Any Wind-Down Agreement signed and returned to GM Canada by the End of the Offer Period will not become effective unless and until GM Canada provides written notice to those dealers that the Acceptance Threshold Condition and any other required conditions have been met or have been waived by GM Canada. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[7] The letter also included a requirement that each dealer get independent legal advice and a certificate signed by the retained lawyer. The signed certificate was to be attached as an Exhibit to the Wind-Down Agreement:

(v) . . . *any and all applicable statute, regulation, or other law, including Ontario's Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000, Alberta's Franchises Act, Prince Edward Island's Franchises Act and/or any other similar franchise legislation which may be enacted or proclaimed in force in the future (collectively, the "Acts").* Dealer and Dealer Operator acknowledge that it has always been and continues to be GM's position that the Acts are not applicable to the Dealer Agreement or the relations between GM and Dealer and/or Dealer Operator. However, if a court were to conclude otherwise, Dealer and Dealer Operator specifically acknowledge that it and they are hereby waiving any and all rights given to it or them under the Acts and are hereby releasing GM and the other GM Entities from any obligation or requirement imposed on GM and/or any of the other GM Entities by the Acts and further acknowledge that they are doing so with full awareness of such rights, obligations and requirements, and intend to waive its and their rights to: (1) any Claim for a breach of the duty of fair dealing in the performance or enforcement of or exercise of any right under the Dealer Agreement; (2) any Claim for GM and/or any of the other GM Entities penalizing, attempting to penalize or threatening to penalize the Dealer and/or the Dealer Operator for associating with other GM dealers or retailers; (3) any Claim for damages for a misrepresentation contained in a disclosure document or a statement of material change; (4) any Claim for rescission for failure to provide a disclosure document or a statement of material change as required by the Acts; (5) any Claim for rescission for failure to provide a disclosure document or a statement of material change within the time required by the Acts; (6) any Claim for rescission for providing a deficient disclosure document or statement of material change as required by the Acts; and (7) any other Claims arising under one or more or all of the Acts; . . . [Italics added.]

GM Canada se réserve le droit de renoncer, à sa discrétion, à la condition relative au seuil d'acceptation. Les contrats de retrait progressif signés et retournés à GM Canada avant la fin de la période de l'offre ne prendront pas effet tant que GM Canada n'aura pas donné avis par écrit aux concessionnaires visés que la condition relative au seuil d'acceptation et toute autre condition requise ont été respectées ou que GM Canada n'aura pas renoncé à ces conditions. [Italiques ajoutés; soulignement dans l'original omis.]

[7] La lettre indiquait aussi que chaque concessionnaire devait impérativement obtenir un avis juridique indépendant et une attestation signée par l'avocat retenu. L'attestation signée devait être jointe au contrat de retrait progressif :

(v) . . . *l'ensemble des lois et règlements applicables, notamment la Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises de l'Ontario, la Franchise Act de l'Alberta, la Franchise Act de l'Île-du-Prince-Édouard et/ou toute autre loi similaire sur le franchisage qui peut être adoptée ou proclamée en vigueur à l'avenir (collectivement, les « Lois »).* Le Concessionnaire et le Concessionnaire-exploitant reconnaissent que GM a toujours pensé et continue de penser que les Lois ne s'appliquent pas au contrat de concession et aux relations établies entre GM et le Concessionnaire et/ou le Concessionnaire-exploitant. Toutefois, si un tribunal devait en conclure autrement, le Concessionnaire et le Concessionnaire-exploitant reconnaissent expressément qu'ils renoncent à tous les droits qui pourraient leur être accordés aux termes des Lois et elle libère par les présentes GM et les autres entités de GM de toute obligation ou exigence imposée à GM et/ou à toute autre entité de GM par les Lois; le Concessionnaire et le Concessionnaire-exploitant reconnaissent de plus qu'ils accordent cette renonciation en ayant pleinement connaissance de leurs droits, obligations et exigences, et qu'ils ont l'intention de renoncer à leurs droits relativement à : 1) toute réclamation à l'égard d'un manquement à l'obligation d'agir équitablement dans l'exécution ou l'exercice de tout droit aux termes du contrat de concession; 2) toute réclamation liée au fait que GM et/ou toute autre entité de GM ont pénalisé, tenté de pénaliser ou menacer de pénaliser le Concessionnaire et/ou le Concessionnaire-exploitant pour s'être associé avec d'autres concessionnaires ou détaillants GM; 3) toute réclamation en dommages découlant de toute déclaration inexacte contenue dans un document d'information ou une déclaration de changement important; 4) toute réclamation en annulation pour avoir omis de fournir un document d'information ou une déclaration de changement important requis par les Lois; 5) toute réclamation en annulation pour avoir omis de fournir un document d'information ou une déclaration de changement important dans le délai exigé par les Lois; 6) toute réclamation en annulation pour avoir fourni un document d'information insuffisant ou une déclaration de changement important insuffisante comme l'exigent les Lois; et 7) toute autre réclamation permise aux termes de l'une ou l'autre des Lois; . . . [Italiques ajoutés.]

If you are interested in entering into the Wind-Down Agreement, you should review the Wind-Down Agreement with legal, tax and any other advisors of your choosing. To accept, please request your counsel to complete a certificate of independent legal advice (attached as an Exhibit to the Wind-Down Agreement). Please send the signed certificate together with the executed Wind-Down Agreement by the End of the Offer Period by pdf or fax to your Regional Zone Office Manager . . . with two original signed copies of the Agreement, each with an original signed Certificate, to follow by courier.

[8] The signed certificate of independent legal advice had to acknowledge that the lawyer had been retained by the dealer, had read the Wind-Down Agreement, and had fully explained the nature and effect of the Agreement to the dealer, including an explanation of the waivers, releases and indemnification obligations contained in the Agreement. Each dealer, in turn, had to acknowledge on the certificate that he or she had carefully read it.

[9] Mr. Comeau sent another letter to the affected dealers 10 days later advising them that because of the high acceptance rate of dealers, GM Canada was waiving the threshold condition that *all* dealers sign the Wind-Down Agreements.

[10] Two hundred and seven GM Canada dealers started a class action against GM Canada in Ontario, alleging that GM Canada had forced them to sign the Wind-Down Agreements in breach of provincial franchise laws. They also alleged that the law firm of Cassels Brock & Blackwell LLP, counsel for the Canadian Automobile Dealers Association, was negligent in the legal advice it gave to the General Motors dealers who were members of the Canadian Automobile Dealers Association and therefore had access to that legal advice.

[11] Additionally, the dealers claimed that because Cassels Brock was on retainer to Industry Canada — from whom GM Canada needed funding — at the

[TRADUCTION] Si vous êtes intéressé à conclure le contrat de retrait progressif, vous devez le faire examiner par un conseiller juridique, fiscal ou autre de votre choix. Pour accepter le contrat, veuillez demander à votre avocat de remplir l'attestation d'avis juridique indépendant (jointe au contrat de retrait progressif). Veuillez faire parvenir au directeur de votre bureau régional, avant la fin de la période de l'offre, le fichier pdf ou une télécopie de l'attestation signée et du contrat de retrait progressif signé [. . .] [D]eux copies originales signées du contrat, accompagnées chacune d'une attestation originale signée, doivent suivre par messagerie.

[8] Par la signature de l'attestation d'avis juridique indépendant, l'avocat reconnaissait que le concessionnaire avait retenu ses services, qu'il avait lu le contrat de retrait progressif et qu'il avait donné des explications complètes au concessionnaire quant à la nature et aux effets du contrat, notamment en ce qui a trait aux renonciations, libérations et obligations en matière d'indemnisation contenues dans le contrat. Le concessionnaire reconnaissait quant à lui dans l'attestation qu'il avait lu attentivement cet avis.

[9] Dix jours plus tard, M. Comeau a envoyé une autre lettre aux concessionnaires visés pour les aviser qu'en raison du haut taux d'acceptation de la part des concessionnaires, GM Canada renonçait à la condition relative au seuil d'acceptation prévoyant que *tous* les concessionnaires devaient signer le contrat de retrait progressif.

[10] Deux cent sept concessionnaires ont intenté un recours collectif contre GM Canada en Ontario, alléguant que GM Canada les avait forcés à signer le contrat de retrait progressif en violation des lois provinciales sur les franchises. Ils alléguaient aussi que le cabinet d'avocats Cassels Brock & Blackwell LLP — retenu par la Corporation des associations de détaillants d'automobiles — avait donné des avis juridiques entachés de négligence aux concessionnaires de General Motors qui, en tant que membres de cette corporation, avaient accès à ces avis.

[11] De plus, les concessionnaires soutenaient que le cabinet Cassels Brock était en situation de conflit d'intérêts parce qu'il dispensait ses services

time it was retained by the Canadian Automobile Dealers Association, it had a conflict of interest.

[12] The total amount of damages claimed was \$750 million.

[13] The class action was certified by Strathy J. in 2011. The Ontario Court of Appeal refused leave to appeal the certification in 2012.

[14] Relying on rule 29 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, and the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1, Cassels Brock added 150 law firms as third party defendants. Sixty-seven were based in Ontario, 32 in Quebec, and 51 in the 8 remaining provinces — 19 in Alberta, 7 in Nova Scotia, 6 in each of British Columbia, Saskatchewan and Manitoba, 5 in New Brunswick, and 1 in each of Newfoundland and Labrador and Prince Edward Island. Six of these firms were national and had offices in Ontario.

[15] The basis for the third party claims was that if Cassels Brock was found to be negligent in failing to provide appropriate legal advice, it was seeking contribution and indemnity from the third party law firms who gave the individual dealers independent legal advice.

[16] The 32 law firms based in Quebec, and, separately, the other 51 non-Ontario law firms, claimed in two motions that because they were not domiciled or resident in Ontario and did not carry on business there, there was an insufficient connection between the third party claims and the Ontario courts. Nor did they give any legal advice in Ontario. Alternatively, they argued that even if the Ontario courts had jurisdiction, they ought to decline to exercise it based on *forum non conveniens*.

à Industrie Canada — dont dépendait le financement de GM Canada — au moment où la Corporation des associations de détaillants d'automobiles a retenu ses services.

[12] Le montant total des dommages-intérêts réclamés s'élevait à 750 millions de dollars.

[13] Le recours collectif a été certifié par le juge Strathy en 2011. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté en 2012 la demande d'autorisation d'appel de la certification.

[14] Se fondant sur la règle 29 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, et sur la *Loi sur le partage de la responsabilité* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. N.1, Cassels Brock a mis en cause comme défendeurs 150 cabinets d'avocats, dont 67 avaient leur siège en Ontario, 32 au Québec et 51 dans les 8 autres provinces — 19 en Alberta, 7 en Nouvelle-Écosse, 6 dans chacune des provinces de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et du Manitoba, 5 au Nouveau-Brunswick, 1 à Terre-Neuve-et-Labrador et 1 à l'Île-du-Prince-Édouard. Parmi ces cabinets d'avocats, 6 menaient leurs activités à l'échelle nationale et avaient des bureaux en Ontario.

[15] Par ces demandes de mise en cause, Cassels Brock cherchait à obtenir une contribution et une indemnité des cabinets d'avocats tiers qui avaient fourni des avis juridiques indépendants aux concessionnaires, advenant qu'elle soit tenue responsable pour avoir donné des avis juridiques entachés de négligence.

[16] Les 32 cabinets d'avocats ayant un siège au Québec, et, de façon séparée, les 51 autres cabinets d'avocats non ontariens, ont fait valoir, dans deux requêtes distinctes, qu'il n'y avait pas un lien suffisant entre les demandes de mise en cause et les tribunaux de l'Ontario étant donné qu'ils n'étaient ni domiciliés en Ontario ni résidents de cette province et qu'ils n'y faisaient pas affaire. Ils affirmaient aussi qu'ils n'avaient donné aucun avis juridique en Ontario. Subsidiairement, ils ont soutenu que même si les tribunaux ontariens avaient compétence, ils devaient refuser de l'exercer en raison de la doctrine du *forum non conveniens*.

[17] Belobaba J. dismissed the motions.³ In his view, the fourth *Van Breda* factor was met because there was a “real and substantial connection” between a contract made in the province (the Wind-Down Agreement) and the dispute (between Cassels Brock and the local lawyers).

[18] Belobaba J. based this conclusion on the fact that the Wind-Down Agreement expressly addressed the issue of the provision of legal advice. Any lawyer reviewing the Agreement would have known from the Agreement that it was governed by Ontario law and that all disputes were to be litigated in Ontario. More importantly, the Wind-Down Agreement itself contemplated and required the involvement of local lawyers: it required each dealer to obtain independent legal advice about the Agreement, and obliged the lawyer providing the advice to sign a certificate confirming the lawyer had read the Agreement and explained its nature and effect to the dealer. As a result, while the lawyers were not parties to the Wind-Down Agreement, they were brought within the scope of this contractual relationship by providing legal advice to the dealers. Finally, the third party tort claim deals squarely with the provision and adequacy of the local lawyers’ legal advice. It should not, as a result, “surprise the local lawyers if they were added as third parties to the Ontario class action that was brought by their clients. Indeed it would be crazy for [Cassels Brock] not to do so.”

[19] Belobaba J. also refused to accede to the invitation to decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens*. Thirty-two law firms were based in Quebec and the 51 remaining firms were “scattered” across the other 8 provinces.

[20] He relied on *Breeden v. Black*, [2012] 1 S.C.R. 666, released the same day as *Van Breda*, and summarized the test as follows:

[17] Le juge Belobaba a rejeté les requêtes³. À son avis, le quatrième facteur énoncé dans l’arrêt *Van Breda* avait été respecté parce qu’il existait un « lien réel et substantiel » entre un contrat conclu dans la province (le contrat de retrait progressif) et le litige (entre Cassels Brock et les avocats locaux).

[18] Le juge Belobaba a fondé cette conclusion sur le fait que le contrat de retrait progressif traitait expressément de la question de la prestation d’avis juridiques. Tout avocat ayant examiné le contrat aurait compris qu’il était régi par les lois de l’Ontario et que tous les litiges devaient être instruits devant les tribunaux de l’Ontario. Plus important encore, le contrat de retrait progressif lui-même envisageait et exigeait la participation d’avocats locaux : il obligeait chaque concessionnaire à obtenir un avis juridique indépendant au sujet du contrat et obligeait l’avocat donnant l’avis à signer un certificat attestant qu’il avait lu le contrat et en avait expliqué la nature et l’effet au concessionnaire. Par conséquent, même si les avocats n’étaient pas des parties aux contrats de retrait progressif, ils ont été amenés à participer à la relation contractuelle en fournissant des conseils juridiques aux concessionnaires. Enfin, la demande de mise en cause porte justement sur la prestation d’avis juridiques par les avocats locaux et sur le caractère adéquat des avis donnés. Par conséquent, [TRADUCTION] « les avocats locaux ne devraient pas être surpris d’être mis en cause dans le recours collectif intenté par leurs clients en Ontario. En fait, il aurait été anormal que [Cassels Brock] ne le fasse pas. »

[19] Le juge Belobaba a aussi refusé l’invitation qui lui a été faite de décliner compétence sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens*. Trente-deux cabinets d’avocats avaient leurs bureaux au Québec et les 51 autres étaient « dispersés » dans les 8 autres provinces.

[20] Se fondant sur l’arrêt *Breeden c. Black*, [2012] 1 R.C.S. 666, rendu le même jour que *Van Breda*, il a résumé le critère comme suit :

³ *Trillium Motor World Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.* (2013), 51 C.P.C. (7th) 419 (Ont. S.C.J.).

³ *Trillium Motor World Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.* (2013), 51 C.P.C. (7th) 419 (C.S.J. Ont.).

When defendants are scattered over a number of jurisdictions and only one forum can be selected, the forum selected by the plaintiff can only be displaced if the defendants can point to an alternative forum that is “clearly more appropriate”. [para. 48]

[21] Since Cassels Brock’s third party action against the 67 Ontario-based law firms was already proceeding in Ontario, Belobaba J. concluded that it “cannot be seriously maintained” that Quebec, with only 32 firms, or Alberta, with only 19, were “clearly more appropriate” forums.

[22] Only the 32 Quebec law firms appealed Belobaba J.’s judgment. Lauwers J.A. agreed with Belobaba J.⁴ He confirmed that the Wind-Down Agreement is the relevant contract in applying the fourth *Van Breda* factor to these third party actions. He also agreed that the Agreement was formed in Ontario and was governed by Ontario law. The real and substantial connection between the third party actions and the Agreement was also clear. While recognizing that satisfying the procedural requirements for third party claims does not necessarily give rise to a real and substantial connection for the purpose of jurisdiction, in this case there was an “integral relationship” between the Wind-Down Agreements, the retainers between the local lawyers and the Quebec class members, the advice the local lawyers gave, and the certificates of independent legal advice they were obliged to sign.

[23] The Court of Appeal also agreed that jurisdiction should not be declined on the basis of *forum non conveniens*. Because only the 32 Quebec law firms appealed, almost 120 law firms were going to have their cases determined in Ontario. This made it hard to accept that Quebec was a “clearly more appropriate” forum than Ontario, where all the

[TRADUCTION] Lorsque les défendeurs sont éparpillés dans de nombreux ressorts et qu’un seul tribunal peut être choisi, le litige ne peut être renvoyé dans un autre ressort que celui choisi par le demandeur que si les défendeurs peuvent démontrer qu’un autre ressort serait « nettement plus approprié ». [par. 48]

[21] Comme la demande de mise en cause introduite par Cassels Brock contre les 67 cabinets d’avocats ayant leur siège en Ontario était déjà en instance dans cette province, le juge Belobaba a conclu qu’on [TRADUCTION] « ne pouvait pas sérieusement soutenir » que le Québec, dont seulement 32 cabinets d’avocats étaient visés, ou l’Alberta, qui en avait uniquement 19, constituaient des ressorts « nettement plus appropriés ».

[22] Seuls les 32 cabinets d’avocats du Québec ont interjeté appel de la décision du juge Belobaba. Le juge Lauwers de la Cour d’appel a souscrit à l’opinion du juge Belobaba⁴. Il a confirmé que le contrat de retrait progressif est le contrat pertinent pour l’application, à ces demandes de mise en cause, du quatrième facteur énoncé dans *Van Breda*. Il estimait lui aussi que le contrat avait été formé en Ontario et qu’il était régi par les lois de cette province. Le lien réel et substantiel entre les demandes de mise en cause et le contrat était également clair. Tout en reconnaissant que le respect des exigences procédurales relatives aux demandes de mise en cause ne fait pas nécessairement naître un lien réel et substantiel aux fins d’établissement de la compétence, il a jugé qu’il y avait en l’espèce un [TRADUCTION] « lien intégral » entre les contrats de retrait progressif, les mandats liant les avocats locaux et les membres québécois du groupe, les avis donnés par les avocats locaux et les attestations d’avis juridique indépendant qu’ils étaient tenus de signer.

[23] La Cour d’appel a aussi reconnu que la compétence ne devrait pas être déclinée sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens*. Comme seuls les 32 cabinets d’avocats du Québec ont interjeté appel, presque 120 cabinets d’avocats verront leur cause tranchée en Ontario. Il devenait donc difficile d’accepter que le Québec soit un

⁴ *Trillium Motor World Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.* (2014), 120 O.R. (3d) 598 (C.A.).

⁴ *Trillium Motor World Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.* (2014), 120 O.R. (3d) 598 (C.A.).

other third party defendants were going to litigate what were essentially common defences.

[24] For the following reasons, I would dismiss the appeal.

Analysis

[25] Before a court can assume jurisdiction over a claim, a “real and substantial connection” must be shown between the circumstances giving rise to the claim and the jurisdiction where the claim is brought: *Van Breda*, at paras. 22-24; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, at para. 60; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1049; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pp. 325-26 and 328; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1108-10.

[26] This Court’s decision in *Van Breda* sets out the refined and revised test for establishing the requisite connection in tort claims. Writing for a unanimous Court, LeBel J. identified four non-exhaustive presumptive connecting factors:

1. The defendant is domiciled or resident in the province;
2. The defendant carries on business in the province;
3. The tort was committed in the province; or
4. A contract connected with the dispute was made in the province.

[27] As LeBel J. noted, “[a]ll presumptive connecting factors generally point to a relationship between the subject matter of the litigation and the forum” where jurisdiction is proposed to be assumed: para. 92. The existence of this relationship makes it “reasonable to expect that the defendant would be called to answer legal proceedings in that

ressort « nettement plus approprié » que l’Ontario, où tous les autres défendeurs mis en cause vont présenter des défenses essentiellement communes.

[24] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Analyse

[25] Avant qu’une cour puisse se déclarer compétente à l’égard d’une demande, il faut lui démontrer l’existence d’un « lien réel et substantiel » entre les circonstances à l’origine de la demande et le ressort où la demande est présentée : *Van Breda*, par. 22-24; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, par. 60; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1049; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 325-326 et 328; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1108-1110.

[26] Dans l’arrêt *Van Breda*, notre Cour a précisé et révisé le critère servant à établir l’existence du lien requis dans les actions en responsabilité délictuelle. S’exprimant au nom de la Cour à l’unanimité, le juge LeBel a relevé de manière non exhaustive quatre facteurs de rattachement créant une présomption :

1. le défendeur a son domicile dans la province ou y réside;
2. le défendeur exploite une entreprise dans la province;
3. le délit a été commis dans la province;
4. un contrat lié au litige a été conclu dans la province.

[27] Comme l’a fait remarquer le juge LeBel, lorsque le tribunal entend se déclarer compétent, « [t]ous les facteurs de rattachement créant une présomption [. . .] révèlent généralement, entre l’objet du litige et le tribunal, un rapport » : par. 92. En raison de l’existence de ce rapport, il est « raisonnable de s’attendre à ce que le défendeur soit

forum”: para. 92. The burden of establishing the application of a presumptive factor in a given case lies with the party asserting jurisdiction. There is no requirement that more than one factor be shown to apply in a given case. The presumption arising from each of these factors may be rebutted by the party resisting jurisdiction by showing that there is no real relationship — or only a weak relationship — between the subject matter of the litigation and the proposed forum: paras. 95-100; Joost Blom, “New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The *Van Breda* Quartet” (2012), 53 *Can. Bus. L.J.* 1, at pp. 9-10 and 14.

[28] As *Van Breda* makes clear, the underlying objective of *all* presumptive connecting factors is to pacify the tension between flexibility and predictability, a “constant theme” in the Canadian law of jurisdiction: para. 66; Tanya J. Monestier, “(Still) a ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396, at p. 411.

[29] Under *Van Breda*, predictability is ensured by premising the assumption of jurisdiction on objective, factual connecting factors, giving the parties “reasonable confidence” as to whether jurisdiction will be assumed in a given case: para. 73; Monestier, at pp. 397-98 and 411.

[30] Flexibility is ensured by acknowledging “the need for fairness and justice to all parties engaged in litigation” when selecting and applying the presumptive connecting factors: *Van Breda*, at para. 75. In LeBel J.’s view, the list of presumptive connecting factors must be updated “as the needs of the system evolve”: para. 82. *Van Breda* did not purport to set out “a complete code of private international law”; it specifically foresaw that the principles and factors governing jurisdiction would be “developed as problems arise before the courts”: para. 68.

appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal » : par. 92. La partie qui demande au tribunal de se déclarer compétent a le fardeau d’établir l’application, dans un cas donné, d’un facteur de rattachement créant une présomption. Rien ne l’oblige à démontrer que plus d’un facteur s’applique dans un cas donné. La partie qui s’oppose à la déclaration de compétence peut réfuter la présomption découlant de chacun de ces facteurs en démontrant qu’il n’existe pas de lien réel, ou qu’il existe seulement un lien ténu, entre l’objet du litige et le tribunal proposé : par. 95-100; Joost Blom, « New Ground Rules for Jurisdictional Disputes : The *Van Breda* Quartet » (2012), 53 *Rev. can. dr. comm.* 1, p. 9-10 et 14.

[28] Comme l’indique clairement l’arrêt *Van Breda*, l’objectif sous-jacent à *tous* les facteurs de rattachement créant une présomption consiste à atténuer la tension entre la souplesse et la prévisibilité, un « thème qui revient constamment » dans le droit canadien relatif à l’exercice de la compétence : par. 66; Tanya J. Monestier, « (Still) a “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396, p. 411.

[29] Suivant l’arrêt *Van Breda*, pour assurer la prévisibilité, la déclaration de compétence doit reposer sur des facteurs de rattachements objectifs qui correspondent aux faits et qui permettent aux parties de savoir avec une « certitude raisonnable » si, dans un cas donné, le tribunal se déclarera ou non compétent : par. 73; Monestier, p. 397-398 et 411.

[30] Pour assurer la souplesse, il faut, au moment de choisir et d’appliquer les facteurs de rattachement créant une présomption, reconnaître les « besoins d’équité et de justice envers toutes les parties au litige » : *Van Breda*, par. 75. Selon le juge LeBel, il faut mettre à jour la liste des facteurs de rattachement créant une présomption « en fonction des besoins évolutifs [du système] » : par. 82. La Cour n’entendait pas dans l’arrêt *Van Breda* « codifier exhaustivement le droit international privé »; elle a spécifiquement prévu que les principes et les facteurs régissant l’attribution de compétence « se dégageront à mesure que les problèmes surgiront devant les tribunaux » : par. 68.

[31] The four *Van Breda* factors differ in the way they respectively seek to reconcile flexibility and certainty. The fourth factor promotes certainty by premising the determination of when a contract will be “made” in a given jurisdiction on the traditional rules of contract formation: see Blom, at pp. 16-17; Monestier, at p. 428; *Neophytou v. Fraser* (2015), 63 C.P.C. (7th) 13, at paras. 4-5; *Eco-Tec Inc. v. Lu* (2015), 343 O.A.C. 140, at paras. 16-17.⁵ These rules are well known, as are their exceptions, limitations and governing principles. The parties’ ability to tailor these rules and principles also ensures “reasonable confidence” as to when jurisdiction will or will not be assumed under the fourth factor. They can, in other words, determine how and where a given contract will be formed.

[32] The fourth factor also promotes flexibility and commercial efficiency. As seen in *Van Breda*, all that is required is a connection between the claim and a contract that was made in the province where jurisdiction is sought to be assumed. A “connection” does not necessarily require that an alleged tortfeasor be a party to the contract. To so narrow the fourth presumptive factor would unduly narrow the scope of *Van Breda*, and undermines the flexibility required in private international law.

[33] Flexibility in applying the fourth factor does not amount to jurisdictional overreach. Conflict rules vary from one jurisdiction to another. In Quebec, for example, under art. 3148 of the *Civil Code of Québec*, Quebec authorities have jurisdiction over an action in extra-contractual liability where a fault was committed in Quebec or the injury was suffered there. Nonetheless, under art. 3139, if a Quebec authority has jurisdiction to rule on the principal demand, it would also have jurisdiction to rule on an incidental demand, which could include a third party claim. In a case like the one before us — and subject to any *forum non conveniens* argument

[31] Les quatre facteurs retenus dans *Van Breda* diffèrent dans la façon dont chacun vise à concilier la souplesse et la certitude. Le quatrième facteur favorise la certitude en faisant reposer sur les règles traditionnelles régissant la formation du contrat la détermination du moment de la « conclusion » du contrat dans un ressort donné : voir Blom, p. 16-17; Monestier, p. 428; *Neophytou c. Fraser* (2015), 63 C.P.C. (7th) 13, par. 4-5; *Eco-Tec Inc. c. Lu* (2015), 343 O.A.C. 140, par. 16-17⁵. Ces règles sont bien connues, tout comme les exceptions à ces règles, leurs limites et les principes qui les régissent. L’aptitude des parties à adapter ces règles et ces principes offre également une « certitude raisonnable » quant à savoir si le tribunal se déclarera ou non compétent en vertu du quatrième facteur. Elles peuvent, en d’autres mots, déterminer comment et où un contrat donné sera formé.

[32] Le quatrième facteur favorise également la souplesse et l’efficacité commerciale. Nous avons vu dans *Van Breda* qu’il suffit qu’il existe un lien entre la demande et le contrat conclu dans la province où le tribunal est prié de se déclarer compétent. Pour qu’il y ait un « lien », il n’est pas nécessaire que le prétendu auteur du délit soit une partie au contrat. Le fait de circonscrire ainsi le quatrième facteur de rattachement créant une présomption aurait pour effet de restreindre indûment la portée de l’arrêt *Van Breda* et mine la souplesse qu’exige le droit international privé.

[33] L’application souple du quatrième facteur n’équivaut pas à un excès de compétence. Les règles de droit international privé varient d’une province à l’autre. Au Québec, par exemple, aux termes de l’art. 3148 du *Code civil du Québec*, les autorités québécoises sont compétentes dans le cas d’une action en responsabilité extra-contractuelle lorsqu’une faute a été commise au Québec ou qu’un préjudice y a été subi. Cependant, aux termes de l’art. 3139, l’autorité québécoise compétente pour la demande principale est aussi compétente pour la demande incidente, ce qui inclut une demande de mise en cause. Ainsi, dans un cas comme celui qui

⁵ Leave to appeal in *Eco-Tec Inc.* dismissed (May 5, 2016), file no. 36825 (S.C.C.).

⁵ Autorisation d’appel dans *Eco-Tec Inc.* refusée (5 mai 2016), n° du greffe 36825 (C.S.C.).

— if the main contract had been made in Quebec and governed by the laws of Quebec, Quebec would have jurisdiction not only over Quebec lawyers sued in the principal demand, but also over any Ontario lawyers sued by the Quebec lawyers in third party claims for any professional fault allegedly committed in Ontario by the Ontario lawyers.

[34] Further, the real and substantial connection test has never been concerned with showing “the strongest” possible connection between the claim and the forum where jurisdiction is sought to be assumed: *Van Breda*, at para. 34.

[35] Nor does the fact that another forum may also be connected with the dispute undermine the existence of a real and substantial connection. *Van Breda* expressly recognized that there will be “situations in which more than one court might claim jurisdiction”: para. 15. However, the question of whether another forum is more appropriate plays no part in the analysis for assuming jurisdiction. This issue is only relevant once jurisdiction has *already* been assumed, and where the defendant seeks to convince the court that the other forum is “clearly more appropriate” under the doctrine of *forum non conveniens*: *Van Breda*, at paras. 101-2.

[36] Because this case engages the fourth presumptive connecting factor, namely whether a contract connected with the dispute was made in Ontario, it is necessary to identify the dispute. It must then be determined whether the dispute is connected to a contract “made” in the province where jurisdiction is proposed to be assumed: *Van Breda*, at para. 90.

[37] The first step is identifying the dispute.

[38] The nucleus of the claim against Cassels Brock, as well as that of Cassels Brock’s third party claim against the local lawyers who signed

nous occupe — et sous réserve de tout argument relatif à la doctrine du *forum non conveniens* — si le contrat principal avait été conclu au Québec et était régi par les lois québécoises, les autorités québécoises auraient compétence non seulement sur les avocats québécois poursuivis dans la demande principale, mais aussi sur les avocats de l’Ontario poursuivis par les avocats du Québec dans des demandes de mise en cause pour toute faute professionnelle commise en Ontario par les avocats ontariens.

[34] En outre, le critère du lien réel et substantiel n’a jamais visé la démonstration des liens « les plus déterminants » possible entre la demande et le tribunal prié de se déclarer compétent : *Van Breda*, par. 34.

[35] Le fait qu’un autre ressort puisse aussi avoir un lien avec le litige n’affaiblit pas non plus l’existence d’un lien réel et substantiel. L’arrêt *Van Breda* a reconnu explicitement qu’il y aura « des situations où plus d’un tribunal peut se déclarer compétent » : par. 15. Toutefois, la question de savoir si un autre ressort est plus approprié pour l’instruction de l’affaire ne joue aucun rôle dans l’analyse de l’attribution de compétence. Cette question n’est pertinente que lorsque le tribunal s’est *déjà* attribué compétence, et lorsque le défendeur cherche à convaincre le tribunal que l’autre ressort est « nettement plus approprié » suivant la doctrine du *forum non conveniens* : *Van Breda*, par. 101-102.

[36] Puisque la présente affaire fait intervenir le quatrième facteur de rattachement créant une présomption, à savoir si un contrat lié au litige a été conclu en Ontario, il faut identifier le litige. Il faut alors déterminer s’il est lié à un contrat « conclu » dans la province où le tribunal entend se déclarer compétent : *Van Breda*, par. 90.

[37] La première étape consiste à identifier le litige.

[38] Tout comme les demandes de mise en cause introduites par Cassels Brock contre les avocats locaux qui ont signé les attestations d’avis juridique

certificates of independent legal advice, relates to the claims that there was negligent legal advice about the Wind-Down Agreements. It cannot therefore seriously be contested that the dispute is a tort claim for professional negligence.

[39] The next question is whether a contract connected with this dispute was made in Ontario: *Van Breda*, at para. 90. I agree with the motions judge and with the Court of Appeal that it was. In fact, at the motion stage, the Quebec lawyers conceded that the Wind-Down Agreement was made in Ontario. Only during oral argument before the Court of Appeal did the Quebec lawyers change their position. But even in the absence of this concession, no error was made by the motions judge or by the Court of Appeal which would justify this Court's intervention.

[40] In Ontario, a contract is formed based on an offer by one party, accepted by the other, or an exchange of promises, supported by consideration: *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk*, [2007] 3 S.C.R. 679, at para. 16; John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 31-32. Where the contracting parties are located in different jurisdictions, the contract will be formed in the jurisdiction where the last essential act of contract formation, such as acceptance, took place: see McCamus, at pp. 77-78; see also S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at paras. 108-9.

[41] In this case, the clear conditions of acceptance, as well as the last essential act to contract formation, were set out in the May 20, 2009 letter from Marc Comeau, which was attached to the Wind-Down Agreement:

Any Wind-Down Agreements signed and returned to GM Canada by the End of the Offer Period will not become effective unless and until GM Canada provides written notice to those dealers that the Acceptance Threshold Condition and any other required conditions have been met or have been waived by GM Canada.

indépendant, la réclamation contre Cassels Brock repose essentiellement sur la prétention que les professionnels qui ont donné les avis juridiques sur les contrats de retrait progressif ont fait preuve de négligence. On ne peut donc pas sérieusement contester que le litige consiste en une action en responsabilité délictuelle fondée sur la négligence professionnelle.

[39] Il s'agit ensuite de déterminer si un contrat lié à ce litige a été conclu en Ontario : *Van Breda*, par. 90. Je suis d'accord avec le juge des requêtes et la Cour d'appel pour dire qu'il l'a été. En fait, à l'étape de l'instruction de la requête, les avocats du Québec ont admis que le contrat avait été conclu en Ontario. Ce n'est que lors de leur plaidoyer devant la Cour d'appel que les avocats du Québec ont modifié leur position. Mais même en l'absence de cette admission, aucune erreur du juge des requêtes ou de la Cour d'appel ne justifierait l'intervention de notre Cour.

[40] En Ontario, un contrat est formé lorsqu'une offre d'une partie est acceptée par une autre partie, ou lorsqu'il y a échange de promesses avec contrepartie : *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk*, [2007] 3 R.C.S. 679, par. 16; John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 31-32. Lorsque les parties contractantes ne se trouvent pas dans le même ressort, le contrat est formé dans le ressort où est accompli le dernier acte essentiel à sa formation, par exemple son acceptation : voir McCamus, p. 77-78; voir également S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6^e éd. 2010), par. 108-109.

[41] En l'espèce, les conditions claires de l'acceptation, ainsi que le dernier acte essentiel à la formation du contrat, sont énoncés dans la lettre de Marc Comeau en date du 20 mai 2009 jointe au contrat de retrait progressif :

[TRADUCTION] Les contrats de retrait progressif signés et retournés à GM Canada avant la fin de la période de l'offre ne prendront pas effet tant que GM Canada n'aura pas donné avis par écrit aux concessionnaires visés que la condition relative au seuil d'acceptation et toute autre condition requise ont été respectées ou que GM Canada n'aura pas renoncé à ces conditions.

[42] I agree with the Court of Appeal that the last act essential to contract formation occurred at GM Canada's office in Oshawa, Ontario, where Marc Comeau accepted and signed the Wind-Down Agreements that had been signed and returned by the dealers.

[43] The letter dated May 20, 2009, states that the agreement would take effect when GM Canada "provides written notice" to the terminated dealers who accepted its offer; it did not require that the dealers *receive* the notice for the Agreement to take effect. The notice merely *confirmed* that the conditions for the Agreement to become effective had been met, which means that its receipt in Quebec by the Quebec lawyers does not alter where the Agreement was made. As Lauwers J.A. held, "the stipulated manner in which the [Wind-Down Agreements] would become effective renders inapplicable the general rule that a contract transmitted instantaneously is made in the jurisdiction where acceptance is received": para. 67. The Wind-Down Agreement was, therefore, "made" in Ontario, the province where the claim was brought.

[44] It is worth noting that nothing in *Van Breda* suggests that the fourth factor is unavailable when more than one contract is involved, or that a different inquiry applies in these circumstances. Nor does *Van Breda* limit this factor to situations where the defendant's liability flows immediately from his or her contractual obligations, or require that the defendant be a *party* to the contract: *Pixiu Solutions Inc. v. Canadian General-Tower Ltd.*, 2016 ONSC 906, at para. 28 (CanLII). It is sufficient that the dispute be "connected" to a contract made in the province or territory where jurisdiction is proposed to be assumed: *Van Breda*, at para. 117. This merely requires that a defendant's conduct brings him or her within the scope of the contractual relationship and that the events that give rise to the claim flow from the relationship created by the contract: paras. 116-17.

[42] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le dernier acte essentiel à la formation du contrat a été accompli aux bureaux de GM Canada à Oshawa (Ontario), où Marc Comeau a accepté et signé les contrats de retrait progressif qu'avaient signés et retournés les concessionnaires.

[43] La lettre du 20 mai 2009 précise que le contrat entrerait en vigueur au moment où GM Canada aurait [TRADUCTION] « donné avis par écrit » aux concessionnaires non retenus qui ont accepté son offre; elle n'exigeait pas que les concessionnaires *reçoivent* l'avis pour que le contrat entre en vigueur. L'avis *confirmait* simplement que les conditions préalables à l'entrée en vigueur du contrat avaient été respectées, ce qui signifie que le fait que les avocats québécois aient reçu cet avis au Québec ne modifie pas le lieu de formation du contrat. Comme l'a affirmé le juge Lauwers, [TRADUCTION] « la manière que l'on avait prévue pour que les [contrats de retrait progressif] entrent en vigueur rend inapplicable la règle générale voulant qu'un contrat transmis instantanément est conclu dans le ressort où l'acceptation est reçue » : par. 67. Le contrat de retrait progressif a donc été « conclu » en Ontario, la province où la demande a été présentée.

[44] Il convient de faire remarquer que rien dans *Van Breda* ne laisse croire que l'on ne peut se prévaloir du quatrième facteur lorsque plus d'un contrat est en cause, ou qu'une analyse différente s'applique dans ces circonstances. Cet arrêt ne limite pas non plus l'application de ce facteur aux situations où la responsabilité du défendeur découle immédiatement de ses obligations contractuelles, et il n'exige pas que les défendeurs soient des *parties* au contrat : *Pixiu Solutions Inc. c. Canadian General-Tower Ltd.*, 2016 ONSC 906, par. 28 (CanLII). Il suffit qu'il « existe un lien » entre le litige et un contrat conclu dans la province ou le territoire où un tribunal entend se déclarer compétent : *Van Breda*, par. 117. Il faut simplement que la relation contractuelle s'étende à la conduite d'un défendeur et que les faits qui donnent ouverture à la demande découlent de la relation créée par le contrat : par. 116-117.

[45] The basis of the Ontario courts assuming jurisdiction in *Van Breda* is illustrative. The contract was not made between Ms. Van Breda and the defendant Club Resorts Ltd., it was made between Club Resorts Ltd., an Ottawa travel agent, and Ms. Van Breda's husband. The travel agent's business involved finding racquet sport instructors for Club Resorts. Ms. Van Breda's husband was a squash player. In exchange for a few hours of tennis instruction to hotel guests, he and Ms. Van Breda were given free bed and board at the resort. As a result of serious injuries she suffered during her trip, Ms. Van Breda sued Club Resorts in tort.

[46] This Court concluded that the events giving rise to her claim flowed from the relationship created by the contract between Ms. Van Breda's husband and the Ottawa travel agent. The Court acknowledged that the accident happened at the Cuban hotel managed by Club Resorts, and that Ms. Van Breda's initial injuries were suffered in Cuba. It also recognized that some of the potential defendants resided there, and that a sufficient connection existed between Cuba and the tort claim to support an action in that jurisdiction: *Van Breda*, at para. 118. Nonetheless, the Court held that the existence of the contract concluded in Ontario was sufficient to establish a real and substantial connection between the resort and Ms. Van Breda under the fourth presumptive connecting factor.

[47] Here, the Wind-Down Agreement is clearly connected to Cassels Brock's third party claims against the local lawyers. As noted, the Agreement itself contemplated and required the involvement of the local lawyers. Valid acceptance of GM Canada's offer required that each individual dealer return a signed copy of the certificate of independent legal advice. The certificate required the signature of the local lawyer retained by each dealer. The lawyer's signature attested to his or her having been retained by the dealer, having read the Wind-Down Agreement, and having explained the nature and effect of the Agreement to each dealer. This included an explanation of the releases, waivers and

[45] Les raisons pour lesquelles les cours ontariennes se sont déclarées compétentes dans *Van Breda* illustrent bien ce point. Le contrat n'avait pas été conclu entre M^{me} Van Breda et la défenderesse Club Resorts Ltd., mais entre Club Resorts Ltd., un agent de voyage d'Ottawa et le mari de M^{me} Van Breda. L'agent de voyage se chargeait de trouver des instructeurs de sports de raquette pour Club Resorts. Le mari de M^{me} Van Breda était un joueur de squash. En échange de cours de tennis dispensés durant quelques heures à des clients de l'hôtel, M^{me} Van Breda et lui étaient hébergés et nourris au centre de villégiature. Or, M^{me} Van Breda a subi de graves blessures lors de son voyage et a intenté une poursuite en responsabilité délictuelle contre Club Resorts.

[46] Notre Cour a conclu que les événements à l'origine de la demande de M^{me} Van Breda découlaient de la relation créée par le contrat conclu entre son mari et l'agent de voyage d'Ottawa. La Cour a reconnu que l'accident était survenu à l'hôtel cubain géré par Club Resorts, et que M^{me} Van Breda avait été blessée à Cuba. Elle a également reconnu que certains des défendeurs éventuels résidaient à Cuba et qu'il existait entre Cuba et l'action en responsabilité délictuelle un lien suffisant pour que l'action soit intentée à Cuba : *Van Breda*, par. 118. La Cour a néanmoins conclu que l'existence du contrat conclu en Ontario suffisait, selon le quatrième facteur de rattachement créant une présomption, pour établir un lien réel et substantiel entre le centre de villégiature et M^{me} Van Breda.

[47] En l'espèce, le contrat de retrait progressif se rattache clairement aux demandes de mise en cause déposées par Cassels Brock contre les avocats locaux. Comme je l'ai fait remarquer, le contrat lui-même envisageait et exigeait la participation de ces avocats. Pour que l'acceptation de l'offre de GM Canada soit considérée comme valide, chacun des concessionnaires devait retourner une copie signée de l'attestation d'avis juridique indépendant. Celle-ci devait porter la signature de l'avocat local retenu par le concessionnaire. Par cette signature, l'avocat attestait que ses services avaient été retenus par le concessionnaire, qu'il avait lu le contrat de retrait progressif et qu'il avait expliqué la nature et

indemnification obligations *contained in the Agreement*. Each lawyer was also required to confirm his or her belief that the client dealer was fully advised about all of these matters. This cannot be divorced from the quality of the legal advice provided, and is inextricable from the third party claim. To use the language of *Van Breda*, the local lawyers' provision of legal advice brought them within the scope of the contractual relationship between GM Canada and the dealers.

[48] Finally, Article 13 of the Wind-Down Agreement expressly provides that the Agreement is governed by Ontario law. Along with the facts that General Motors' head office was located in Ontario, that the bulk of the affected dealers were also located in Ontario, and that "[t]he underlying structure of the business relationships and the litigation are deeply related to Ontario" (para. 71), Lauwers J.A. found that this too was a contextual factor in demonstrating that the Agreement is a contract made in Ontario.

[49] Cassels Brock has therefore demonstrated a real and substantial connection between a contract made in the province (the Wind-Down Agreement) and the dispute (the third party negligence claim). The strength of this connection was not rebutted by the Quebec lawyers.

[50] The Ontario courts, therefore, properly assumed jurisdiction over the claim. This makes it unnecessary to accept Cassels Brock's invitation to recognize a new, fifth presumptive connecting factor relating to class actions, or to determine whether jurisdiction could be assumed under the second *Van Breda* factor.

[51] Finding that there is a real and substantial connection does not automatically mean that a court will assume jurisdiction over a claim: *Van Breda*, at paras. 100-102; *Breeden*, at para. 22. Once

l'effet du contrat au concessionnaire. Ces explications devaient notamment porter sur les libérations, renonciations et obligations en matière d'indemnisation *contenues dans le contrat*. Chaque avocat devait aussi confirmer qu'il jugeait que son client, le concessionnaire, avait reçu tous les conseils nécessaires sur ces questions. On ne peut dissocier ces exigences de la qualité des conseils juridiques dispensés ni de la demande de mise en cause. Pour reprendre les termes employés dans *Van Breda*, la prestation de conseils juridiques par les avocats locaux a amené ces derniers à participer à la relation contractuelle entre GM Canada et les concessionnaires.

[48] Enfin, la clause 13 du contrat de retrait progressif prévoit expressément que le contrat est régi par les lois de l'Ontario. Joint aux faits que General Motors avait son siège social en Ontario, que la plupart des concessionnaires touchés se trouvaient aussi en Ontario et que [TRADUCTION] « [l]e cadre sous-jacent aux relations d'affaires et le litige sont intimement liés à l'Ontario » (par. 71), le juge Lauwers a conclu qu'il s'agissait là aussi d'un facteur contextuel démontrant qu'il s'agissait d'un contrat conclu en Ontario.

[49] Cassels Brock a donc démontré l'existence d'un lien réel et substantiel entre un contrat (le contrat de retrait progressif) et le litige (la demande de mise en cause pour négligence). Les avocats du Québec n'ont pas réfuté la force de ce lien.

[50] Ainsi, c'est à juste titre que les tribunaux ontariens se sont déclarés compétents à l'égard de la demande. Il n'est donc pas nécessaire pour la Cour d'accéder à la demande de Cassels Brock de reconnaître à l'égard des recours collectifs un nouveau cinquième facteur de rattachement créant une présomption, ou de déterminer si un tribunal pourrait se déclarer compétent en vertu du deuxième facteur de l'arrêt *Van Breda*.

[51] La conclusion qu'il existe un lien réel et substantiel ne signifie pas nécessairement qu'un tribunal se déclarera compétent à l'égard d'une demande : *Van Breda*, par. 100-102; *Breeden*, par. 22.

jurisdiction is established, the party contesting jurisdiction may raise the doctrine of *forum non conveniens*, and attempt to “show why the court should decline to exercise its jurisdiction and displace the forum chosen by the plaintiff”: *Van Breda*, at para. 103.

[52] The burden is on the defendant to demonstrate that a court of another jurisdiction has a real and substantial connection to the claim and that this alternative forum is “clearly more appropriate” than the one where jurisdiction may be assumed: *Breedon*, at para. 37 (emphasis in original); and *Van Breda*, at para. 109 (emphasis added). This threshold will be met where, based on its “characteristics”, the alternative forum “would be fairer and more efficient” for disposing of the litigation: *Van Breda*, at para. 109. It is not sufficient that the alternative forum merely be “comparable” to the forum where jurisdiction has been found to exist: *ibid.* *Forum non conveniens* is not concerned only with fairness to the party contesting jurisdiction; it is also concerned with efficiency and convenience for the proceedings themselves: para. 104.

[53] Several non-exhaustive factors were set out in *Van Breda* as being relevant to determining whether *forum non conveniens* should be applied. These may vary depending on the context, and include: the location of the parties and the witnesses; the cost of transferring the case to another jurisdiction; the cost of declining to stay the action; the possibility of conflicting judgments; and the impact of declining jurisdiction on the conduct of litigation or on related parallel proceedings (para. 110).

[54] A motions judge’s discretionary decision to refuse to decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* is entitled to considerable deference on appeal: *Van Breda*, at para. 112. As this Court stated in *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, [2012] 1 S.C.R. 636, “an appeal court should intervene only if the motion[s] judge erred in principle, misapprehended or failed to take account of material evidence, or reached an unreasonable decision”: para. 41. Errors of law, as well as “clear and

Une fois la compétence établie, la partie qui la conteste peut invoquer la doctrine du *forum non conveniens* et tenter de « démontrer pourquoi le tribunal devrait décliner sa compétence et renvoyer le litige dans un ressort autre que celui que le demandeur a choisi » : *Van Breda*, par. 103.

[52] Il incombe au défendeur de démontrer que le tribunal d’un autre ressort a un lien réel et substantiel avec la demande et que cet autre tribunal est « nettement plus approprié » que celui pouvant se déclarer compétent : *Breedon*, par. 37 (en italique dans l’original); *Van Breda*, par. 109 (italiques ajoutés). Le défendeur s’acquitte de ce fardeau si, compte tenu des « caractéristiques » de l’autre tribunal, celui-ci « serait plus juste et plus efficace » pour trancher le litige : *Van Breda*, par. 109. Il ne suffit pas que l’autre tribunal soit simplement « comparabl[e] » à celui dont la compétence a été établie : *ibid.* La doctrine du *forum non conveniens* ne vise pas uniquement l’équité envers la partie qui conteste la compétence; elle vise également l’efficacité et la facilitation de l’instance elle-même : par. 104.

[53] L’arrêt *Van Breda* énumère plusieurs facteurs non exhaustifs qui sont pertinents pour déterminer s’il convient d’appliquer la doctrine du *forum non conveniens*. Ces facteurs peuvent varier selon le contexte et ils comprennent l’endroit où se trouvent les parties et les témoins, les frais occasionnés par le renvoi de l’affaire à une autre juridiction, le coût du refus de suspendre l’instance, la possibilité de décisions contradictoires et les répercussions d’un refus d’exercice de la compétence sur le déroulement du litige ou sur les procédures connexes parallèles : par. 110.

[54] La décision discrétionnaire du juge des requêtes de refuser de décliner compétence sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens* commande une grande déférence en appel : *Van Breda*, par. 112. Comme l’a affirmé notre Cour dans *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, [2012] 1 R.C.S. 636, « une cour d’appel ne devrait intervenir que si le juge saisi de la demande a commis une erreur de principe, a mal interprété ou n’a pas pris en considération des éléments de

serious error[s]” of fact may also give grounds for intervention: *Van Breda*, at para. 112. There were no errors in the motions judge’s conclusion here, let alone any warranting intervention.

[55] In my view, the objective facts and factors to be considered in the *forum non conveniens* analysis confirm that the Quebec courts are not a “clearly more appropriate forum” for the third party claims against the 32 Quebec firms. Following the motions judge’s decision, the Ontario Superior Court of Justice already has jurisdiction over 118 other lawyers or firms, including 67 Ontario-based lawyers added by Cassels Brock’s third party action. The third party claims against the remaining 51 law firms located outside Ontario will therefore be heard in Ontario.

[56] This strongly weighs against finding that the Quebec courts are a “clearly” more appropriate forum for the 32 Quebec firms, especially in light of “the importance of having claims finally resolved in one jurisdiction”: *Currie v. McDonald’s Restaurants of Canada Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 321 (C.A.), at para. 15.

[57] Against all this, the key factors on which the Quebec lawyers rely carry, with respect, little weight. Witnesses for the third party claims will, in any event, come from both Ontario and Quebec. Expert evidence on the law applicable to either the contract or the negligence claim will be required no matter where the trial takes place.

[58] Moreover, because the third party claims involve a significant number of parties and require the mobilization of significant judicial resources,

preuve importants, ou a rendu une décision déraisonnable » : par. 41. Les erreurs de droit ainsi que les « erreur[s] [de fait] manifeste[s] et grave[s] » peuvent également justifier une intervention : *Van Breda*, par. 112. La conclusion du juge des requêtes en l’espèce n’était entachée d’aucune erreur, encore moins d’une erreur justifiant une intervention.

[55] À mon avis, les faits et facteurs objectifs qui doivent être examinés dans le cadre d’une analyse relative au *forum non conveniens* confirment que les tribunaux québécois ne constituent pas un « forum nettement plus approprié » pour l’instruction des demandes de mise en cause présentées contre les 32 cabinets d’avocats du Québec. Suivant la décision du juge des requêtes, la Cour supérieure de justice de l’Ontario a déjà compétence à l’égard des 118 autres avocats et cabinets d’avocats visés par la demande de mise en cause introduite par Cassels Brock, dont 67 ont leur siège en Ontario. Les demandes de mise en cause visant les 51 autres cabinets d’avocats dont le siège se trouve ailleurs qu’en Ontario seront donc instruites en Ontario.

[56] Cette réalité milite fortement contre une conclusion suivant laquelle les tribunaux québécois seraient « nettement » plus appropriés à l’égard des 32 cabinets d’avocats du Québec, notamment au regard de [TRADUCTION] « l’importance de voir à ce que les demandes soient finalement tranchées dans une même juridiction » : *Currie c. McDonald’s Restaurants of Canada Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 321 (C.A.), par. 15.

[57] À l’encontre de ces considérations, j’estime avec égards que les principaux facteurs sur lesquels s’appuient les avocats du Québec n’ont que peu de poids. L’instruction de la demande de mise en cause exigera la présence de témoins provenant tant de l’Ontario que du Québec. Peu importe où se tiendra le procès, des experts devront exposer le droit applicable au contrat ou à la demande de mise en cause.

[58] Par ailleurs, puisque les demandes de mise en cause impliquent un grand nombre de parties et requièrent la mobilisation de ressources judiciaires

those resources should be allocated and expended with a view to making the litigation quicker, more economical and less complicated: *Sable Offshore Energy Inc. v. Ameron International Corp.*, [2013] 2 S.C.R. 623, at para. 1; *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, [2015] 2 S.C.R. 139, at para. 78.

[59] Allowing the Quebec third party claims to proceed in Ontario along with the 118 other law firms, would clearly be a more efficient and effective solution. Adjudicating all the third party claims in the same forum avoids the possibility of conflicting judgments and duplication in fact-finding and legal analysis. While the third party claims are not class claims, they will, as Lauwers J.A. noted, have much in common:

Given the common elements of the [Wind-Down Agreements], the [certificates of independent legal advice] and the content of Ontario law, it seems to me that the core of the legal advice that ought to have been given by local lawyers will be very similar for each, subject to any relevant differences in the applicable franchise legislation; such differences could still be addressed without resort to individual determinations. Although there may be some variation in the advice actually given and in the terms of the contracts for legal services, there is no reason to think that the case management judge would not be able to create efficient methods for adjudicating these issues, given the tools available under the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 25. [para. 86]

[60] Overall, therefore, proceeding with all the third party claims before the Ontario courts will ensure that they are resolved in a timelier and more affordable manner: *Hryniak v. Mauldin*, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 28. All of this leads, as it did in the prior proceedings, to the conclusion that Ontario should assume jurisdiction over all the third party claims, including those involving the Quebec law firms.

considérables, il convient d'allouer et de consacrer ces ressources dans le but de rendre le processus plus rapide, plus économique et moins compliqué : *Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron International Corp.*, [2013] 2 R.C.S. 623, par. 1; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2015] 2 R.C.S. 139, par. 78.

[59] Le fait de permettre que les demandes de mise en cause des avocats du Québec soient instruites en Ontario en même temps que les demandes visant les 118 autres cabinets d'avocats constituerait clairement une solution plus efficace et plus efficace. Faire trancher toutes les demandes de mise en cause par le même tribunal évite la possibilité de jugements contradictoires et de duplication de la recherche des faits et de l'analyse juridique. Bien que les demandes de mise en cause ne soient pas des recours collectifs, elles ont beaucoup de traits communs, comme l'a fait remarquer le juge Lauwers :

[TRADUCTION] Étant donné les éléments communs aux [contrats de retrait progressif], aux [attestations d'avis juridique indépendant] et au contenu des lois ontariennes, il me semble que l'essentiel des conseils juridiques que devaient donner les avocats locaux sera fort semblable dans tous les cas, sous réserve de toute différence pertinente dans les lois applicables relatives aux franchises; il serait toujours possible de traiter de ces différences sans statuer sur chaque cas. Bien que les conseils effectivement donnés et les modalités des contrats de prestation de services juridiques puissent varier quelque peu, il n'y a aucune raison de croire que le juge chargé de la gestion de l'instance ne soit pas en mesure de trouver des moyens efficaces de trancher ces questions, vu les outils que lui offre la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, art. 25. [par. 86]

[60] Dans l'ensemble, donc, l'instruction de toutes les demandes de mise en cause devant les tribunaux ontariens fera en sorte qu'elles soient réglées plus rapidement et de façon moins onéreuse : *Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 28. Comme dans les instances antérieures, tout cela mène à la conclusion que les tribunaux de l'Ontario devraient se déclarer compétents à l'égard de toutes les demandes de mise en cause, y compris celles visant les cabinets d'avocats québécois.

[61] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[62] CÔTÉ J. (dissenting) — In disputes involving an international or interprovincial aspect, jurisdiction is a matter of crucial importance. It must be approached with rigour, or else the cardinal values of order, certainty, and fairness will be jeopardized.

[63] In *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, this Court outlined four “presumptive connecting factors” which determine whether the courts of Ontario are entitled to assume jurisdiction over a claim in tort. At the heart of this dispute is *Van Breda*’s fourth connecting factor, which provides Ontario with presumptive jurisdiction when “a contract connected with the dispute was made in the province”: para. 90.

I. Analysis

[64] This case comes in the wake of events in 2009, when a class action was commenced on behalf of 207 terminated General Motors of Canada Ltd. dealers. The terminated dealers claimed that General Motors had coerced them into signing Wind-Down Agreements in breach of Ontario franchise law, and that the respondent, Cassels Brock & Blackwell LLP, was negligent in providing legal advice to the Canadian Automobile Dealers Association on those Wind-Down Agreements, in addition to being in a conflict of interest.

[65] After this class action was certified, Cassels Brock instituted proceedings in Ontario, by way of third party claims, for contribution and indemnity against the 150 law firms that had provided local dealers, within their respective provinces, with independent legal advice on those same Wind-Down

[61] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[62] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Dans les litiges comportant un aspect international ou interprovincial, la juridiction est une question d’importance cruciale. Il faut l’aborder avec rigueur, sinon les valeurs fondamentales que sont l’ordre, la certitude et l’équité seront compromises.

[63] Dans *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, notre Cour a fait état de quatre « facteurs de rattachement créant une présomption » permettant de déterminer si les tribunaux de l’Ontario peuvent se déclarer compétents à l’égard d’une action en responsabilité délictuelle. Au cœur du présent litige se trouve le quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda*, lequel établit une présomption de compétence des tribunaux ontariens si « un contrat lié au litige a été conclu dans la province » : par. 90.

I. Analyse

[64] Le présent pourvoi fait suite à des événements survenus en 2009, lorsqu’un recours collectif a été intenté par un représentant pour les 207 concessionnaires de General Motors du Canada Ltée après que cette dernière eut mis fin à leurs contrats de franchise. Ces concessionnaires ont soutenu que General Motors les avait contraints de signer des contrats de retrait progressif (les « Contrats ») en violation du droit ontarien sur les franchises, et que l’intimée Cassels Brock & Blackwell LLP se trouvait en situation de conflit d’intérêts et avait fait preuve de négligence dans la fourniture d’un avis juridique relatif à ces Contrats à la Corporation des associations de détaillants d’automobiles.

[65] Après que le recours collectif fût autorisé, Cassels Brock a engagé en Ontario, par voie de demandes de mise en cause, des procédures en contribution et en indemnisation contre les 150 cabinets d’avocats ayant fourni à des concessionnaires de leur province respective, des avis juridiques

Agreements. As pleaded, the underlying cause of action of these third party claims sounds in tort: Cassels Brock alleges that these law firms each provided negligent legal advice to their clients. It is noteworthy that no legal action was brought against these law firms by the local dealers themselves.

[66] The law firms based in Quebec, as well as the two national law firms having offices both in Quebec and in Ontario, challenge Ontario's jurisdiction over the third party claims against them. Cassels Brock argues in response that *Van Breda's* fourth connecting factor is engaged, since the Wind-Down Agreements were "made in" Ontario and are sufficiently "connected with" these disputes. The Quebec law firms, for their part, argue that the Wind-Down Agreements were not "made in" Ontario and would not, in any event, be sufficiently "connected with" these disputes.

[67] I agree with the Quebec law firms on both counts, and would therefore overturn the decisions of the Ontario Superior Court of Justice and the Court of Appeal: see 2013 ONSC 2289, 51 C.P.C. (7th) 419, and 2014 ONCA 497, 120 O.R. (3d) 598.

[68] With regards to the first issue, I am of the view that the relevant Wind-Down Agreements, in respect of the Quebec dealers, were "made in" Quebec. The Agreements only became binding contracts once General Motors had provided its terminated dealers with notice that it had waived its "Acceptance Threshold Condition". Notice of this final acceptance was provided to the Quebec dealers in Quebec and the Agreements for those dealers were therefore formed in that province, and not in Ontario.

[69] With regards to the second issue, I am of the view that Cassels Brock has misconstrued what it means for a contract to be "connected with" a claim in tort. Cassels Brock has essentially asked

indépendants relativement à ces mêmes Contrats. Telle que plaidée, la cause d'action sur laquelle reposent ces demandes de mise en cause relève de la responsabilité délictuelle : Cassels Brock allègue que ces cabinets d'avocats ont tous donné à leurs clients des avis juridiques de façon négligente. Il convient de noter que les concessionnaires eux-mêmes n'ont intenté aucune action en justice contre ces cabinets d'avocats.

[66] Les cabinets d'avocats établis au Québec, de même que les deux cabinets d'avocats nationaux ayant des bureaux à la fois au Québec et en Ontario, contestent la compétence des tribunaux ontariens à l'égard des demandes de mise en cause déposées contre eux. Cassels Brock réplique que le quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda* est en jeu, puisque les Contrats ont été « conclus » en Ontario et que ces Contrats ont avec ces litiges un « lien » suffisant. Les cabinets d'avocats québécois, pour leur part, soutiennent que les Contrats n'ont pas été « conclus » en Ontario et qu'en tout état de cause, ils ne seraient pas suffisamment « liés » à ces litiges.

[67] Je partage l'opinion des cabinets d'avocats québécois sur ces deux points et je suis donc d'avis d'infirmes les décisions de la Cour supérieure de justice de l'Ontario et de la Cour d'appel de l'Ontario : voir 2013 ONSC 2289, 51 C.P.C. (7th) 419, et 2014 ONCA 497, 120 O.R. (3d) 598.

[68] En ce qui concerne le premier point, j'estime que les Contrats qui concernent les concessionnaires du Québec ont été « conclus » au Québec. Les Contrats ne sont devenus exécutoires qu'au moment où General Motors a donné aux concessionnaires non retenus un avis indiquant qu'elle avait renoncé à sa [TRADUCTION] « condition relative au seuil d'acceptation ». Un avis de cette acceptation définitive a été envoyé aux concessionnaires québécois, au Québec, et les Contrats conclus avec ces concessionnaires ont donc été formés dans cette province, et non en Ontario.

[69] Quant au second point, je suis d'avis que Cassels Brock n'a pas saisi ce qu'il faut pour qu'un contrat soit « lié » à une action en responsabilité délictuelle. En effet, Cassels Brock demande

this Court to divorce *Van Breda*'s fourth connecting factor from its limited, underlying rationale, all in the name of a "holistic approach" to jurisdiction. This unduly broad approach will surely result in jurisdictional overreach. What is more, this so-called "holistic approach" will reintroduce persistent uncertainties in an area of the law that has always valued clarity and predictability.

[70] Nevertheless, the courts of Ontario have jurisdiction over the remaining claims against the two national law firms with offices in both Quebec and Ontario on the basis of *Van Breda*'s second connecting factor, that the "defendant carries on business in the province": para. 90. However, I am of the view that whatever jurisdiction the courts of Ontario have over these remaining claims should be declined on the basis of *forum non conveniens*.

A. *Where Were the Wind-Down Agreements "Made"?*

[71] I am of the view that the Wind-Down Agreements were not "made in" Ontario.

[72] Apparently, the Quebec law firms did not dispute the place of formation at first instance. However, leaving aside the possibility of withdrawing such an apparent concession on a question of law or mixed law and fact, this concession should be accorded little weight. Indeed, in the end, it merely reflects one party's legal opinion: see e.g. *Phipson on Evidence* (15th ed. 2000), at para. 28-11, cited in *Serra v. Serra*, 2009 ONCA 105, 93 O.R. (3d) 161, at para. 111. Moreover, this important and contentious issue — i.e. the place of contract formation — should not be disregarded simply because it was conceded at first instance. After all, this issue was argued before the Ontario Court of Appeal, and Lauwers J.A. considered the argument without hesitation. It was also the subject of a fulsome debate before this Court. It must therefore be addressed.

essentiellement à notre Cour de dissocier le quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda* de son fondement très restreint, et cela au nom d'une « conception globale » de la juridiction. Cette approche trop large donnera certainement lieu à des excès quant à la juridiction. Qui plus est, cette soi-disant « conception globale » réintroduira des incertitudes constantes dans un domaine du droit qui a toujours valorisé la clarté et la prévisibilité.

[70] Les tribunaux ontariens ont néanmoins compétence à l'égard des autres recours intentés contre les deux cabinets d'avocats nationaux ayant des bureaux au Québec et en Ontario et ce, en raison du deuxième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda*, à savoir que le « défendeur exploite une entreprise dans la province » : par. 90. J'estime cependant que les tribunaux ontariens devraient décliner, en raison de la doctrine du *forum non conveniens*, toute compétence qu'ils pourraient avoir à l'égard de ces autres recours.

A. *Où les Contrats ont-ils été « conclus »?*

[71] À mon avis, les Contrats n'ont pas été « conclus » en Ontario.

[72] En première instance, les cabinets d'avocats québécois n'ont apparemment pas contesté le lieu de formation du Contrat. Toutefois, sans me prononcer sur la question de la possibilité de renoncer à une telle concession sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit, je suis d'avis qu'il faut accorder peu de poids à cette concession. En fait, en définitive, elle ne fait qu'exprimer l'opinion juridique d'une partie : voir, p. ex., *Phipson on Evidence* (15^e éd. 2000), par. 28-11, cité dans *Serra c. Serra*, 2009 ONCA 105, 93 O.R. (3d) 161, par. 111. De plus, cette question importante et controversée, soit celle du lieu de la formation du contrat, ne devrait pas être écartée simplement parce qu'elle a fait l'objet d'une concession en première instance. Après tout, la question du lieu de formation du Contrat a été débattue devant la Cour d'appel de l'Ontario et le juge Lauwers a examiné l'argument sans hésitation. Elle a aussi été l'objet d'un débat complet devant notre Cour. Par conséquent, elle doit être abordée et décidée.

[73] Like my colleague Abella J., I accept that in the present case, the law governing contract formation is the law of Ontario. As such, a contract will be considered formed where the last essential act of contract formation takes place — in other words, where final acceptance is notified: see S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at paras. 108-9.

[74] In this case, on General Motors' instruction, the Quebec dealers returned their signed acceptances of the Wind-Down Agreements to General Motors' offices in Pointe-Claire, Quebec. However, General Motors had previously outlined certain subsequent conditions that had to be met before the Wind-Down Agreements could become effective. These were described in Article 1 of each Wind-Down Agreement, as well as in a covering letter signed by Marc Comeau, General Motors' Vice President of Sales, Service & Marketing. The covering letter first states:

Our offer, as set out in the Wind-Down Agreement, is conditional upon all of the Non-Retained Dealers accepting the offer (the "Acceptance Threshold Condition") and executing and delivering their respective Wind-Down Agreements to GM Canada on or before May 26, 2009 at 6:00 pm EST (the "End of the Offer Period"). GM Canada reserves the right, in its discretion, to waive the Acceptance Threshold Condition. [Emphasis in original deleted.]

[75] The covering letter goes on to state that:

Any Wind-Down Agreements signed and returned to GM Canada by the End of the Offer Period will not become effective unless and until GM Canada provides written notice to those dealers that the Acceptance Threshold Condition and any other required conditions have been met or have been waived by GM Canada. [Emphasis added.]

[76] General Motors did not receive acceptances from all of its terminated dealers. However, on May 30, 2009, Mr. Comeau notified the terminated dealers by e-mail that General Motors had decided to waive its acceptance threshold condition and that

[73] À l'instar de ma collègue la juge Abella, j'accepte qu'en l'espèce, les règles de droit régissant la formation du contrat sont celles de l'Ontario. Ainsi, on considère qu'un contrat est formé là où survient le dernier acte essentiel à sa formation, en d'autres termes l'endroit où l'acceptation définitive est communiquée : voir S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6^e éd. 2010), par. 108-109.

[74] Dans la présente affaire, suivant les instructions en ce sens de General Motors, les concessionnaires Québécois ont retourné leurs acceptations signées des Contrats aux bureaux de General Motors à Pointe-Claire (Québec). Cependant, General Motors avait déjà énoncé un certain nombre de conditions devant être remplies avant que les Contrats ne prennent effet. Ces conditions sont décrites à l'art. 1 de chacun des Contrats, ainsi que dans une lettre d'accompagnement signée par Marc Comeau, le vice-président des Ventes, des Services et du Marketing chez General Motors. Cette lettre indique d'abord ce qui suit :

[TRADUCTION] Notre offre, telle qu'énoncée dans le contrat de retrait progressif, est conditionnelle à son acceptation par tous les concessionnaires non retenus (la « condition relative au seuil d'acceptation ») et à la signature et à la remise des contrats de retrait progressif de tous les concessionnaires à GM Canada au plus tard le 26 mai 2009 à 18 h, HNE (la « fin de la période de l'offre »). GM Canada se réserve le droit de renoncer, à sa discrétion, à la condition relative au seuil d'acceptation. [Italiques dans l'original omis.]

[75] Elle se poursuit en ces termes :

[TRADUCTION] Les contrats de retrait progressif signés et retournés à GM Canada avant la fin de la période de l'offre ne prendront pas effet tant que GM Canada n'aura pas donné avis par écrit aux concessionnaires visés que la condition relative au seuil d'acceptation et toute autre condition requise ont été respectées ou que GM Canada n'aura pas renoncé à ces conditions. [Je souligne.]

[76] General Motors n'a pas reçu l'acceptation de tous les concessionnaires non retenus. Toutefois, le 30 mai 2009, M. Comeau a notifié ceux-ci par courriel que General Motors avait décidé de renoncer à la condition relative au seuil d'acceptation et que

the Wind-Down Agreements were, as of that moment, effective. Mr. Comeau's letter to the terminated dealers states as follows:

While not all Non-Retained Dealers accepted our conditional offer, we are very pleased to inform you that a substantial number of the Non-Retained Dealers have accepted GM Canada's conditional offer to enter into the Wind Down Agreement. This letter will serve as notice pursuant to Section 1 of the Wind Down Agreement that GM Canada is hereby waiving the Acceptance Threshold Condition and, accordingly, the Wind Down Agreement that you executed and delivered to GM Canada shall become effective as of today, May 30, 2009. GM Canada will be executing and delivering to you a fully executed copy of the Wind Down Agreement in the near future for your records.

[77] This notice did not merely confirm that General Motors' conditions had been met. Rather, this notice of final acceptance was itself an essential condition for the Wind-Down Agreements to become binding. Echoing the provisions of the Agreements themselves, Mr. Comeau's first letter clearly states that each Wind-Down Agreement was not effective "unless and until GM Canada provides written notice to those dealers that the Acceptance Threshold Condition and any other required conditions have been met or have been waived by GM Canada" (emphasis added). In other words, without this notice of waiver — this final acceptance — there is no binding agreement. In this light, General Motors' notice was clearly an essential act of contract formation. More than that, it was the *last* essential formative act. As Mr. Comeau's letter on May 30 makes clear, the Wind-Down Agreements became effective as of the date of notice.

[78] My colleague is of the view that General Motors' notice only confirmed that the relevant conditions had been met. With respect, I have difficulty squaring this reading with the express terms of Mr. Comeau's covering letter and Article 1 of the Wind-Down Agreements, which state that the Agreements will not be effective unless and until this final notice is provided.

les Contrats prenaient effet à ce moment-là. Dans la lettre qu'il a envoyée aux concessionnaires concernés, M. Comeau indique ce qui suit :

[TRADUCTION] Nous sommes très heureux de vous informer que, bien qu'ils ne l'aient pas tous fait, un nombre important de concessionnaires non retenus ont accepté l'offre conditionnelle de GM Canada de conclure le contrat de retrait progressif. La présente lettre tient lieu d'avis, conformément à l'article 1 du contrat de retrait progressif, portant que GM Canada renonce à la condition relative au seuil d'acceptation et en conséquence, le contrat de retrait progressif que vous avez signé et remis à GM Canada prend effet dès aujourd'hui, le 30 mai 2009. GM Canada signera et vous acheminera bientôt une copie dûment signée de ce contrat pour vos dossiers.

[77] Cet avis d'acceptation définitive ne faisait pas que simplement confirmer le respect des conditions de General Motors. Il constituait plutôt en soi une condition essentielle pour que les Contrats prennent effet. Reprenant les clauses des Contrats eux-mêmes, M. Comeau indique clairement dans sa première lettre que chaque Contrat ne prendra pas effet [TRADUCTION] « tant que GM Canada n'aura pas donné avis par écrit aux concessionnaires visés que la condition relative au seuil d'acceptation et toute autre condition requise ont été respectées ou que GM Canada n'aura pas renoncé à ces conditions » (je souligne). Autrement dit, sans cet avis de renonciation — cette acceptation définitive — il n'y a aucun Contrat exécutoire. Dans ce contexte, l'avis donné par General Motors constituait clairement un acte essentiel de la formation du contrat. De surcroît, il s'agissait du *dernier* acte essentiel à la formation du Contrat. Comme l'indique clairement la lettre envoyée par M. Comeau le 30 mai, les Contrats ont pris effet à la date de l'avis.

[78] Selon ma collègue, l'avis de General Motors ne fait que confirmer le respect des conditions pertinentes. Soit dit en tout respect, j'ai de la difficulté à concilier cette interprétation avec les termes expressément utilisés par M. Comeau dans sa lettre d'accompagnement et l'art. 1 des Contrats, lequel stipule que les Contrats ne prendront pas effet tant que cet avis d'acceptation définitive n'aura pas été donné.

[79] The only outstanding issue, then, is *where* this notice would have been provided. In Ontario, it is well established that when acceptance of a contract is transmitted instantaneously, acceptance will be considered notified in the place where it is received: *Eastern Power Ltd. v. Azienda Comunale Energia & Ambiente* (1999), 178 D.L.R. (4th) 409 (Ont. C.A.), at paras. 23 and 27-29, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xi, citing *Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandelsgesellschaft m.b.H.*, [1983] 2 A.C. 34 (H.L.); *Inukshuk Wireless Partnership v. 4253311 Canada Inc.*, 2013 ONSC 5631, 117 O.R. (3d) 206, at paras. 25-29; *Christmas v. Fort McKay First Nation*, 2014 ONSC 373, 119 O.R. (3d) 21, at para. 18.

[80] In this case, General Motors' notice of final acceptance was transmitted by e-mail, an instantaneous form of communication, to its dealers in Quebec. As such, the relevant Wind-Down Agreements in respect of the Quebec dealers would have been formed in Quebec — the same province, I would add, where General Motors' initial offer was received by the Quebec dealers, and where General Motors received the dealers' signed acceptances. Put simply, these are not contracts "made in" Ontario. They cannot therefore ground jurisdiction for the purposes of *Van Breda's* fourth presumptive connection.

[81] Finally, to support her conclusion that the Wind-Down Agreements were "made in" Ontario, my colleague Abella J. appeals to certain extrinsic "contextual" considerations, like the Wind-Down Agreements' choice of law clause, and the fact that the bulk of the terminated dealers, as well as General Motors' head office, are located in Ontario: para. 48. However, these contextual factors have *nothing* to do with where the Quebec dealers' Agreements were formed. Furthermore, my colleague's appeal to these extrinsic considerations is at odds with both her view that "[t]he fourth factor promotes certainty by premising the determination of when a contract will be 'made' in a given jurisdiction on the traditional rules of contract formation", as well as her view that the parties to a contract can "determine how and where a given

[79] La seule question qui reste donc à trancher est celle de savoir *où* cet avis a été donné. En Ontario, il est bien établi que, lorsque l'acceptation d'un contrat est transmise d'une manière instantanée, celle-ci est considérée avoir été notifiée à l'endroit où elle a été reçue : *Eastern Power Ltd. c. Azienda Comunale Energia & Ambiente* (1999), 178 D.L.R. (4th) 409 (C.A. Ont.), par. 23 et 27-29, autorisation d'appel refusée, [2000] 1 R.C.S. xi, citant *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Stahlwarenhandelsgesellschaft m.b.H.*, [1983] 2 A.C. 34 (H.L.); *Inukshuk Wireless Partnership c. 4253311 Canada Inc.*, 2013 ONSC 5631, 117 O.R. (3d) 206, par. 25-29; *Christmas c. Fort McKay First Nation*, 2014 ONSC 373, 119 O.R. (3d) 21, par. 18.

[80] En l'espèce, l'avis d'acceptation définitive de General Motors a été transmis à ses concessionnaires du Québec par courriel, un moyen de communication instantané. Les Contrats pertinents relatifs aux concessionnaires du Québec ont donc été formés au Québec — la même province, je l'ajoute, où l'offre initiale de General Motors a été reçue par les concessionnaires du Québec, et où cette société a reçu les acceptations signées des concessionnaires. Bref, ces Contrats n'ont pas été « conclus » en Ontario. Ils ne peuvent donc pas fonder la compétence au regard du quatrième facteur de rattachement créant une présomption énoncé dans l'arrêt *Van Breda*.

[81] Enfin, pour étayer sa conclusion que les Contrats ont été « conclus en » Ontario, ma collègue la juge Abella a recours à certaines considérations « contextuelles » extrinsèques comme la clause d'élection de for des Contrats et le fait que la majeure partie des concessionnaires non retenus et le siège social de General Motors sont situés en Ontario : par. 48. Ces facteurs contextuels n'ont cependant *rien* à voir avec l'endroit où les Contrats des concessionnaires québécois ont été formés. Qui plus est, le recours de ma collègue à ces considérations extrinsèques va à l'encontre de son opinion selon laquelle « [l]e quatrième facteur favorise la certitude en faisant reposer sur les règles traditionnelles régissant la formation du contrat la détermination du moment de la "conclusion" du contrat dans un ressort donné » et de son opinion selon laquelle les parties

contract will be formed”: para. 31. Indeed, if these contextual considerations are given weight in the analysis, the parties’ own desires regarding where their contract is formed risk becoming irrelevant. This cannot be.

B. *Are the Wind-Down Agreements “Connected With” the Third Party Claims in Tort?*

[82] Even if the Wind-Down Agreements had been concluded in Ontario, they are not “connected with” these claims for professional negligence in the manner required by *Van Breda*’s fourth connecting factor. In my view, this conclusion is supported by the way the fourth connecting factor was described, justified and applied in LeBel J.’s reasons.

[83] At the outset, it is worth distinguishing Cassels Brock’s third party claims from the dispute in *Van Breda*. In that case, a professional squash player, Mr. Berg, had entered into a contract with Club Resorts Ltd. in Ontario through a local representative. The place where the contract was “made” was not in dispute. Club Resorts was to provide Mr. Berg and his wife, Ms. Van Breda, with room and board and other services at the SuperClubs Breezes Jibacoa resort it managed in Cuba. In exchange, Mr. Berg was to provide two hours’ worth of tennis lessons per day for the resort’s other guests. Ms. Van Breda was brought within the scope of this contractual relationship since “[t]he benefit of this contract” was “extended to” her: para. 116. On their first day there, a metal structure collapsed on the resort’s beach, causing Ms. Van Breda to become paraplegic. She later sued Club Resorts in Ontario.

[84] In *Van Breda*, there was only *one* contract that was connected to the dispute, the contract concluded in Ontario between Club Resorts and Mr. Berg. This contract was integral to Club

à un contrat peuvent « déterminer comment et où un contrat donné sera formé » : par. 31. En effet, accorder quelque poids à ces considérations contextuelles dans l’analyse pourrait faire en sorte que le souhait des parties concernant le lieu de formation de leur contrat risque de devenir non pertinent. Il ne saurait en être ainsi.

B. *Les Contrats sont-ils « liés » aux demandes de mise en cause en responsabilité délictuelle?*

[82] Même si les Contrats avaient été conclus en Ontario, ils ne sont pas « liés » aux présentes réclamations délictuelles pour négligence professionnelle de la façon exigée par le quatrième facteur de rattachement énoncé dans l’arrêt *Van Breda*. À mon avis, cette conclusion trouve appui dans la façon dont ce facteur est décrit, justifié et appliqué dans les motifs du juge LeBel.

[83] Il convient d’abord de distinguer les demandes de mise en cause instituées par Cassels Brock du litige qui avait cours dans *Van Breda*. Dans cette affaire, un joueur de squash professionnel, M. Berg, avait conclu un contrat avec Club Resorts Ltd. en Ontario par l’intermédiaire d’un représentant local. Le lieu de la « conclusion » du contrat n’était pas contesté. Club Resorts devait fournir à M. Berg et à son épouse, M^{me} Van Breda, l’hébergement, les repas et d’autres services au centre de villégiature Breezes Jibacoa, un établissement de SuperClubs qu’elle gérait à Cuba. En échange, M. Berg devait donner des leçons de tennis, à raison de deux heures par jour, aux autres clients du centre de villégiature. Madame Van Breda était incluse dans cette relation contractuelle du fait qu’elle « bénéficiait » elle aussi des avantages du contrat : par. 116. Le premier jour de leur séjour là-bas, une structure métallique s’est effondrée sur la plage du centre de villégiature, laissant M^{me} Van Breda paraplégique. Cette dernière a par la suite poursuivi Club Resorts en Ontario.

[84] Dans *Van Breda*, il n’y avait qu’un seul contrat lié au litige, soit celui conclu en Ontario entre Club Resorts et M. Berg. Ce contrat faisait partie intégrante de la responsabilité délictuelle de

Resorts' liability in tort. The duty of care Club Resorts owed to Ms. Van Breda flowed *immediately* from its contractual obligations towards Mr. Berg. Furthermore, the very same conduct which would have constituted a breach of the Ontario contract — triggering Club Resorts' liability in contract towards Mr. Berg — would have also constituted a separate tortious act — triggering Club Resorts' liability in tort towards Ms. Van Breda.

[85] For Cassels Brock's third party claims, the situation is entirely different. Here, there are two kinds of contracts that are involved. First and foremost, there are the retainer agreements between the Quebec dealers and their various legal counsel. Second, there are the Wind-Down Agreements, the subject of the Quebec lawyers' legal advice. *Van Breda*, concerned as it was with a case featuring only one potentially connected contract, never said — and in my view, cannot be read as saying — that simply *any* contract connected with the dispute can support jurisdiction under the fourth factor.

[86] Moreover, the Quebec lawyers were never brought within the scope of the contractual relationship between General Motors and the dealers. The Quebec lawyers were not parties to the Wind-Down Agreements, they never owed any obligations under those Agreements, nor were they owed any benefit under those Agreements, as was the case in *Van Breda*. Instead, their obligations flow entirely from their retainer agreements. As I will discuss below, the fact that these lawyers provided signed independent legal advice certificates does not, on its own, bring them within the scope of the Wind-Down Agreements. The *most* that can be said is that the Wind-Down Agreements contributed to the factual circumstances in which entirely separate faults or breaches — i.e. the provision of negligent legal advice — were alleged to have been committed.

[87] This distinction makes all the difference. In my view, the scope of *Van Breda*'s fourth connecting factor should be limited to claims in tort where

Club Resorts. Le devoir de diligence qu'avait Club Resorts envers M^{me} Van Breda découlait *immédiatement* de ses obligations contractuelles envers M. Berg. En outre, la conduite même qui aurait constitué une violation du contrat conclu en Ontario — et qui engageait la responsabilité contractuelle de Club Resorts envers M. Berg — aurait aussi constitué un acte délictuel distinct engageant la responsabilité délictuelle de cette dernière envers M^{me} Van Breda.

[85] Les demandes de mise en cause instituées par Cassels Brock illustrent une situation tout à fait différente. En l'espèce, deux types de contrats sont en jeu. D'abord et avant tout, il y a les contrats pour services professionnels conclus entre les concessionnaires québécois et leurs différents conseillers juridiques. Deuxièmement, il y a les Contrats, l'objet des avis juridiques donnés par les avocats du Québec. Dans *Van Breda*, où il n'y avait qu'un seul contrat potentiellement lié au litige, notre Cour n'a jamais dit — et on ne peut, à mon avis, considérer qu'elle a dit — que simplement *tout* contrat ayant un lien avec le litige peut fonder la compétence au regard du quatrième facteur.

[86] De plus, les avocats du Québec n'ont jamais participé à la relation contractuelle entre General Motors et les concessionnaires. Ils n'étaient pas parties aux Contrats et ceux-ci ne leur ont jamais imposé d'obligation ni conféré d'avantage, comme c'était le cas dans *Van Breda*. Les obligations des avocats du Québec découlent plutôt entièrement de leurs mandats. Comme je l'expliquerai plus loin, la fourniture par ces avocats de certificats attestant la prestation d'avis juridiques indépendants ne les rend pas à elle seule assujettis aux Contrats. *Tout au plus* peut-on affirmer que les Contrats ont contribué à ce que surviennent des circonstances factuelles dans lesquelles des fautes ou violations entièrement distinctes — c.-à-d. la prestation négligente de services juridiques — auraient été commises.

[87] Cette distinction fait toute la différence. À mon avis, le quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda* ne devrait entrer en jeu que

the defendant's liability in tort flows immediately from his own contractual obligations, and where that contract was "made in" Ontario. This may represent a narrow interpretation, but it reflects the specific authority this Court relied on in establishing the fourth connecting factor in *Van Breda*.

[88] It is worth remembering that this fourth connecting factor describes a basis of jurisdiction that was, at that time, unprecedented: see e.g. V. Black, "Simplifying Court Jurisdiction in Canada" (2012), 8 *J. Priv. Int. Law* 411, at pp. 425-26. Traditionally, the only forum that has subject matter jurisdiction over a claim in tort is the forum where the tort was committed. I am aware of *no* conflicts regime that accepts that a forum has subject matter jurisdiction over a claim in tort simply because a contract "connected with" that claim was formed there. In this vein, one author has called the fourth connecting factor "odd" and "in need of explanation" (Black, at p. 426), while in the present case, the motions judge Belobaba J. said that it lies on a "somewhat shaky foundation": para. 9.

[89] In identifying this fourth connecting factor, LeBel J. relied on only one authority for support, i.e. rule 17.02(f)(i) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194: *Van Breda*, at para. 88. LeBel J. recognized that the Ontario rules for service *ex juris* are not conflicts rules *per se*, although he stressed that they "offer guidance for the development of this area of private international law", since they represent the "experience drawn from the life of the law" and are "generally consistent" with approaches and recommendations to conflicts law made elsewhere: para. 83; see also J. Walker, *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (6th ed. (loose-leaf)), at p. 11-44. However, rule 17.02(f)(i) only provides a basis for service outside of the jurisdiction for claims "in respect of a contract", and not for any claims in respect of a tort: T. J. Monestier, "(Still) a 'Real and Substantial' Mess: The Law of

dans les actions en responsabilité délictuelle où la responsabilité du défendeur découle immédiatement de ses propres obligations contractuelles et où le contrat a été « conclu » en Ontario. Il s'agit là d'une interprétation restreinte, mais je suis d'avis qu'elle reflète la portée très étroite de la source sur laquelle s'est appuyée notre Cour pour établir le quatrième facteur de rattachement dans *Van Breda*.

[88] Il convient de rappeler que ce quatrième facteur de rattachement évoque un fondement de juridiction qui était alors sans précédent : voir p. ex. V. Black, « Simplifying Court Jurisdiction in Canada » (2012), 8 *J. Priv. Int. Law* 411, p. 425-426. Traditionnellement, les seuls tribunaux ayant compétence *ratione materiae* dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle sont ceux du ressort où le délit a été commis. Je ne connais *aucun* régime de droit international privé qui accepte qu'un tribunal ait compétence *ratione materiae* sur une action en responsabilité délictuelle tout simplement parce qu'un contrat « lié » à cette action a été formé dans le ressort de ce tribunal. Dans la même veine, un auteur a affirmé que le quatrième facteur de rattachement était [TRADUCTION] « étrange » et « nécessitait une explication » (Black, p. 426), alors qu'en l'espèce, le juge de première instance, le juge Belobaba, a énoncé qu'il repose sur une [TRADUCTION] « assise quelque peu fragile » : par. 9.

[89] En élaborant ce quatrième facteur de rattachement, le juge LeBel ne s'est appuyé que sur une seule source, soit le sous-al. 17.02f(i) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194 (« Règles ») : *Van Breda*, par. 88. Le juge LeBel a reconnu que les règles ontariennes de signification *ex juris* ne constituent pas, à proprement parler, des règles de droit international privé, mais il a souligné qu'elles « peuvent nous guider dans l'élaboration de cette partie du droit international privé », parce qu'elles expriment l'« expérience de la vie juridique » et sont « généralement compatibles » avec l'approche du droit international privé retenue ailleurs et les recommandations faites à ce sujet : par. 83; voir aussi J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (6^e éd. (feuilles mobiles)), p. 11-44. Cependant, le sous-al. 17.02f(i) des *Règles* ne permet la signification à l'extérieur

Jurisdiction in Canada” (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396, at pp. 424-26.

[90] In my view, LeBel J.’s reliance on rule 17.02(f)(i) — despite the fact that such a rule does not expressly provide a basis for service in respect of a tort claim — reveals the fourth connecting factor’s purpose and limitations: the fourth factor only provides jurisdiction over claims where the defendant’s liability in tort flows immediately from the defendant’s own contractual obligations. Indeed, in these kinds of cases, the claim in tort will often resemble a claim in contract. I expect that this may occur in two kinds of situations, although there may be others.

[91] First, there are cases of concurrent liability, where a defendant’s failure to exercise reasonable skill and care may constitute, at once, both a breach of contract and a tort: see e.g. J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 739-40; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12. When a lawyer lacks reasonable care and diligence in advising his client, for instance, he may be liable towards his client in tort, in contract, and under the law of fiduciary obligations. As Cromwell J. observed in *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, a claim that a solicitor-client contract was breached for lack of diligence “is essentially a differently labelled repetition of the claim in negligence”: para. 34.

[92] If a court can assume jurisdiction over a claim in contract on the basis that the contract that was breached was formed in the jurisdiction, then that same court should also possess jurisdiction over any concurrent claim in tort. After all, as this Court recognized in *Van Breda*, if “a connection exists in respect of a factual and legal situation, the court

du ressort que dans le cas des recours [TRADUCTION] « liés à un contrat », et non dans le cas d’un recours lié à un délit : T. J. Monestier, « (Still) a “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2013), 36 *Fordham Int’l L.J.* 396, p. 424-426.

[90] À mon avis, le fait que le juge LeBel se fonde sur le sous-al. 17.02f)(i) des *Règles* — même si cette règle n’autorise pas expressément la signification dans le cas d’un recours lié à un délit — révèle l’objectif et les limites du quatrième facteur de rattachement : celui-ci ne confère compétence que sur les réclamations où la responsabilité délictuelle du défendeur découle immédiatement de ses propres obligations contractuelles. En fait, dans les cas de ce genre, l’action en responsabilité délictuelle ressemble souvent à une action en responsabilité contractuelle. Le cas peut se présenter dans deux types de situation, bien qu’il puisse y en avoir d’autres.

[91] Premièrement, il y a les cas de responsabilité concurrente, où l’omission du défendeur de faire preuve d’une compétence et d’une diligence raisonnables peut constituer à la fois tant une violation de contrat qu’un délit : voir p. ex. J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 739-740; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12. Lorsqu’un avocat ne fait pas preuve de diligence raisonnable en conseillant son client, par exemple, il peut engager sa responsabilité délictuelle, sa responsabilité contractuelle et sa responsabilité fondée sur le droit des obligations fiduciaires. Comme l’a fait remarquer le juge Cromwell dans *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, la prétention suivant laquelle il y a eu rupture du contrat avocat-client en raison d’un manque de diligence « reprend essentiellement, sous un titre différent, la prétention fondée sur la négligence » : par. 34.

[92] Si un tribunal peut se déclarer compétent à l’égard d’une action en responsabilité contractuelle parce que le contrat violé a été formé dans le ressort du tribunal, celui-ci devrait aussi avoir compétence sur toute action concurrente en responsabilité délictuelle. Après tout, comme l’a reconnu notre Cour dans *Van Breda*, si « l’existence d’un lien à l’égard

must assume jurisdiction over all aspects of the case”: para. 99.

[93] Second, and more importantly, there may be cases where a third party beneficiary to a contract has a claim in tort for acts which occurred in the performance — and potential breach — of that contract: see e.g. A. Swan, *Canadian Contract Law* (2nd ed. 2009), at p. 178.

[94] On the basis of what was alleged in the statement of claim, *Van Breda* appears to represent this kind of case. However, such a situation can also occur in the context of providing legal services. For instance, if a solicitor is instructed by a testator to make changes to a will and the solicitor negligently fails to make the changes before the testator dies, the would-be beneficiaries may sue in tort: *Earl v. Wilhelm*, 2000 SKCA 1, 183 D.L.R. (4th) 45, at paras. 32-42; *White v. Jones*, [1995] 2 A.C. 207 (H.L.), at pp. 259-60 and 265-66; see also *Whittingham v. Crease & Co.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 353 (B.C.S.C.).

[95] In these cases, the contract is at the very root of the defendant’s liability in tort. The contract does not simply contribute to the factual circumstances in which an entirely separate tort is committed. Rather, the defendant’s breach of contract and his tort are *indissociable*. The duty of care owed to the third party beneficiaries flows immediately from that contractual relationship: *White*, at pp. 274-76, per Lord Browne-Wilkinson, cited approvingly in *Earl*, at paras. 39-41. Moreover, in these cases, the defendant in tort will necessarily be a party to the contract formed in that jurisdiction, further strengthening that forum’s connection to the dispute. Finally, it would fly in the face of order and fairness to allow a party to the contract to sue the defendant in the jurisdiction where the contract was formed, but to deny that same right to the third party beneficiary suing that same defendant in tort.

d’une situation factuelle et juridique a été établie, le tribunal doit se déclarer compétent relativement à tous les aspects du recours » : par. 99.

[93] Deuxièmement, et plus important encore, il peut arriver qu’un tiers, non partie à un contrat mais bénéficiaire du contrat, dispose d’un droit d’action en responsabilité délictuelle pour des actes accomplis dans l’exécution — et possiblement en violation — de ce contrat : voir p. ex. A. Swan, *Canadian Contract Law* (2^e éd. 2009), p. 178.

[94] Selon ce qui était allégué dans la poursuite, l’affaire *Van Breda* semble constituer un cas de ce genre. Or, pareille situation peut aussi survenir dans le contexte de la prestation de services juridiques. Par exemple, si un testateur donne pour instruction à un avocat d’apporter des modifications à son testament et que l’avocat omet par négligence de les apporter avant la mort du testateur, les personnes qui devaient devenir bénéficiaires pourraient tenter contre l’avocat une poursuite en responsabilité délictuelle : *Earl c. Wilhelm*, 2000 SKCA 1, 183 D.L.R. (4th) 45, par. 32-42; *White c. Jones*, [1995] 2 A.C. 207 (H.L.), p. 259-260 et 265-266; voir également *Whittingham c. Crease & Co.* (1978), 88 D.L.R. (3d) 353 (C.S. C.-B.).

[95] Dans ces affaires, le contrat est au cœur même de la responsabilité délictuelle du défendeur. Le contrat ne fait pas que contribuer simplement aux circonstances factuelles dans lesquelles un délit tout à fait distinct est commis. La violation du contrat par le défendeur et son délit sont plutôt *indissociables*. Le devoir de diligence envers les tiers bénéficiaires découle immédiatement de cette relation contractuelle : *White*, p. 274-276, lord Browne-Wilkinson, cité avec approbation dans *Earl*, par. 39-41. En outre, dans ces cas, le défendeur dans une poursuite en responsabilité délictuelle est nécessairement partie au contrat formé dans le ressort, ce qui renforce encore davantage le lien entre ce ressort et le litige. Enfin, ce serait aller à l’encontre de l’ordre et de l’équité que d’autoriser une partie au contrat à poursuivre le défendeur dans le ressort où le contrat a été formé, mais de nier ce même droit au tiers bénéficiaire qui intente contre ce même défendeur une poursuite en responsabilité délictuelle.

[96] Establishing jurisdiction over these kinds of claims in tort represents, in my view, the underlying rationale of *Van Breda*'s fourth connecting factor. It is what makes this fourth factor both a defensible and a desirable conflicts rule. In this light, it should be clear that this approach to applying the fourth connecting factor is not a retreat from this Court's holding in *Van Breda*. Instead, it simply clarifies the fourth factor's meaning and justification.

[97] My colleague Abella J. adopts a broader interpretation, one which aligns with the "holistic approach" to jurisdiction urged by Cassels Brock. In my colleague's view, *Van Breda* recognized an entirely new basis of jurisdiction, one which has no near recognized equivalent in the rules for service *ex juris* or elsewhere. This expansive reading of *Van Breda* simply cannot be reconciled with LeBel J.'s pronouncement that courts can *only* recognize new connecting factors if they are similar to established bases of jurisdiction, if they have been recognized in case law or in statute law, or if they have been recognized as a basis of jurisdiction in the private international law of other similar legal systems: para. 91. To be sure, I believe that this expansive interpretation has other shortcomings as well. I will describe these more fully in the sections below.

[98] On the restrained approach I have described above — which in my view represents the only logical path forward — the courts of Ontario clearly do not have jurisdiction over Cassels Brock's third party claims.

[99] The only contracts that could possibly be close enough to the dispute between Cassels Brock and the Quebec lawyers are the retainer agreements concluded between the Quebec lawyers and their clients. The Wind-Down Agreements are simply too remote. The defendants are not parties to the Wind-Down Agreements, nor are they being sued

[96] Établir la compétence sur les actions en responsabilité délictuelle de ce genre constitue, à mon avis, la raison d'être du quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda*. C'est ce qui fait de ce quatrième facteur une règle de droit international privé à la fois défendable et désirable. Sous cet angle, il est évident que cette façon d'appliquer le quatrième facteur de rattachement ne constitue pas un abandon de la décision rendue par la Cour dans *Van Breda*. Plutôt, elle ne fait que clarifier le sens et le fondement rationnel de ce facteur.

[97] Ma collègue la juge Abella adopte une interprétation plus large, qui s'accorde avec la « conception globale » de la juridiction préconisée par Cassels Brock. Selon ma collègue, la Cour a reconnu dans *Van Breda* un fondement de juridiction entièrement nouveau, dont il n'existe aucun proche équivalent ni dans les règles de signification *ex juris*, ni dans quelque autre texte législatif. Il est tout simplement impossible de concilier cette interprétation large et le propos du juge LeBel selon lequel les tribunaux peuvent reconnaître l'existence de nouveaux facteurs de rattachement *seulement* s'ils s'apparentent à des fondements de juridiction établis, s'ils ont été reconnus dans la jurisprudence ou un texte de loi, ou s'ils ont été reconnus comme fondements de juridiction dans le droit international privé d'autres régimes juridiques similaires : par. 91. Pour être bien claire, je crois que cette interprétation large souffre aussi d'autres lacunes, et je traiterai de celles-ci plus à fond dans les prochaines sections.

[98] Selon l'approche plus restreinte décrite précédemment — laquelle me semble constituer la seule voie logique —, les tribunaux ontariens n'ont manifestement pas juridiction à l'égard des demandes de mise en cause déposées par Cassels Brock.

[99] Les seuls contrats susceptibles d'avoir un lien suffisamment étroit avec le litige opposant Cassels Brock aux avocats du Québec sont les contrats pour services juridiques conclus entre ces derniers et leurs clients. Les Contrats sont tout simplement trop éloignés de ce litige. Les défendeurs ne sont pas parties aux Contrats et ils ne font pas

in tort for actions committed in the performance of these Agreements. The most that can be said is that each Wind-Down Agreement contributed to the factual circumstances in which an entirely separate tort was allegedly committed.

[100] However, this tort would have been committed in Quebec, by Quebec-based lawyers, harming their Quebec-based clients, in the course of fulfilling their professional obligations which flow from retainer agreements concluded in Quebec. By this, I do not mean to imply that only the forum with the *strongest* possible connection can assume jurisdiction. I simply wish to stress that *none* of the facts underlying this dispute and relating to the defendants' potential liability occurred in Ontario.

C. *The Broader Approach to Van Breda's Fourth Connecting Factor*

[101] It should be clear, by now, that I respectfully disagree with the broad scope given to *Van Breda's* fourth connecting factor by my colleague Abella J.

[102] In my view, this broad and open-ended approach divorces the fourth connecting factor from its specific and limited foundations. In doing so, this broader approach confers jurisdiction in a case where Ontario simply has no real or substantial connection with the dispute. It also muddies an area of the law that should be kept clear and predictable.

(1) Jurisdictional Overreach

[103] As I have said, this broad and open-ended approach will lead to jurisdictional overreach — in this case, and in others.

[104] Under normal circumstances, these claims would have been instituted by the terminated Quebec dealers against their Quebec lawyers, for faults which would have been committed in Quebec, in the course of fulfilling contractual obligations which flow from retainer agreements concluded in

non plus l'objet de poursuites en responsabilité délictuelle pour des actes accomplis dans l'exécution de ces Contrats. Tout au plus peut-on affirmer que chaque Contrat a contribué aux circonstances factuelles dans lesquelles un délit tout à fait distinct aurait été commis.

[100] Or, ce délit aurait été commis au Québec, par des avocats établis au Québec, dans l'acquittement de leurs obligations professionnelles découlant de mandats conclus au Québec, et il aurait causé préjudice à leurs clients, eux aussi établis au Québec. Par là, je ne prétends pas que seul le tribunal ayant le lien le *plus solide* possible peut se déclarer compétent; je souligne simplement qu'*aucun* des faits à l'origine de ce litige et lié à la responsabilité potentielle des défendeurs n'est survenu en Ontario.

C. *L'approche large du quatrième facteur de rattachement énoncé dans Van Breda*

[101] Il devrait maintenant être clair que je suis en désaccord avec ma collègue la juge Abella lorsqu'elle attribue une large portée au quatrième facteur de rattachement énoncé dans *Van Breda*.

[102] À mon avis, cette approche large et non limitative dissocie le quatrième facteur de rattachement de ses assises précises et limitées. Ce faisant, elle confère compétence aux tribunaux ontariens dans un cas où l'Ontario n'a tout simplement aucun lien réel ou substantiel avec le litige. En outre, elle complique et embrouille un domaine du droit qui devrait rester clair et prévisible.

(1) Excès de juridiction

[103] Comme je l'ai dit, cette approche large et non limitative entraînera un excès de juridiction — en l'espèce et dans d'autres instances.

[104] En temps normal, ces réclamations auraient été introduites par les concessionnaires du Québec contre leurs avocats québécois pour des fautes qu'ils auraient commises au Québec dans l'acquittement d'obligations contractuelles qui découlent de mandats conclus au Québec. Comment

Quebec. How could the resulting dispute possibly be connected to the province of Ontario?

[105] In response, Cassels Brock has stressed the importance of two links between the Wind-Down Agreements and these third party claims for contribution and indemnity, related to professional negligence.

[106] First, there is the fact that the Wind-Down Agreements expressly required each dealer to obtain independent legal advice before accepting General Motors' offer. However, this requirement to obtain legal advice is entirely unrelated to the actual *quality* of the legal advice that was obtained, and it is the quality of this advice that forms the basis of each claim. It is also worth noting that such a requirement to obtain independent legal advice is commonly inserted into agreements where the terms are dictated by one party. This routine requirement should not have the effect of supporting the assumption of jurisdiction over claims in professional negligence by the courts of the province in which the agreement that is the subject of the legal advice happens to have been entered into.

[107] In my view, it is clear that this requirement, imposed on the dealers, to obtain independent legal advice, and to confirm that such advice had been given, does not bring the Quebec lawyers within the scope of the dealers' contractual relationship with General Motors, as is required by *Van Breda*: paras. 116-17. In that case, LeBel J. found that Ms. Van Breda was brought within the scope of Mr. Berg's contractual relationship with Club Resorts because she was owed a benefit under Mr. Berg's agreement: para. 116. In this case, the Quebec lawyers owe nothing and are owed nothing under the Wind-Down Agreements. Moreover, the requirement that the dealers provide General Motors with certificates confirming the receipt of independent legal advice was simply a matter of due diligence. It permitted General Motors to secure proof, for its own purposes, that its dealers had obtained advice on its standard-form offer. The signing of this certificate simply does not bring these lawyers within the scope of this contractual relationship.

le litige qui en résulte peut-il être lié à la province de l'Ontario?

[105] En réponse, Cassels Brock a souligné l'importance de deux liens unissant les Contrats et ces demandes de mise en cause pour contribution et indemnisation liées à la négligence professionnelle.

[106] Premièrement, les Contrats obligeaient expressément tous les concessionnaires à obtenir un avis juridique indépendant avant d'accepter l'offre de General Motors. Cependant, cette obligation d'obtenir un avis juridique n'a absolument rien à voir avec la *qualité* de l'avis juridique qui a été obtenu, et c'est la qualité de cet avis qui constitue le fondement de chaque réclamation. Il convient également de noter que pareille obligation d'obtenir un avis juridique indépendant est prévue couramment dans les contrats dont les modalités sont dictées par une partie. Cette exigence courante ne devrait pas avoir pour effet de permettre aux tribunaux de la province où a été conclu le contrat qui est l'objet de l'avis juridique de se déclarer compétents à l'égard de réclamations pour négligence professionnelle.

[107] Il me paraît évident que ces obligations, imposées aux concessionnaires, d'obtenir un avis juridique indépendant et de confirmer l'obtention de cet avis ne font pas des avocats québécois des participants à la relation contractuelle entre les concessionnaires et General Motors, comme l'exige *Van Breda* : par. 116-117. Dans cette affaire, le juge LeBel a conclu que M^{me} Van Breda avait participé à la relation contractuelle entre M. Berg et Club Resorts parce qu'elle bénéficiait du contrat conclu avec M. Berg : par. 116. En l'espèce, les Contrats n'imposent aucune obligation et ne confèrent aucun avantage aux avocats québécois. En outre, l'obligation des concessionnaires de remettre à General Motors des certificats attestant l'obtention d'un avis juridique indépendant n'était qu'une simple question de vérification diligente. Elle permettait à General Motors d'obtenir la preuve, pour ses propres fins, que ses concessionnaires avaient obtenu un avis sur son offre type. La signature de ces certificats ne fait tout simplement pas participer ces avocats à la relation contractuelle en cause.

[108] I would add that the fragility of this alleged connection is all the more obvious when compared to established bases of jurisdiction — for instance, the place where the tort was allegedly committed, or the place where the defendant’s contractual obligations were to be performed.

[109] Second, Cassels Brock argues that the Wind-Down Agreements are inextricably linked to the Quebec lawyers’ liability, since in each case the allegedly negligent legal advice was *about* the Wind-Down Agreement. In my view, there is nothing “real” or “substantial” about this connection either. Every day, lawyers advise local clients on contracts that will eventually be formed in — and be subject to the law of — another province or state. If these contracts are accepted as a fount of jurisdiction, then local lawyers advising their local clients on such contracts could be sued for professional negligence wherever the contracts happen to be entered into. In my view, this cannot be. There could be no clearer evidence of jurisdictional overreach.

[110] Simply put, the only contracts that are capable of supporting the assumption of jurisdiction in this case are the retainer agreements between the Quebec lawyers and their clients, the Quebec dealers. These retainers were all concluded in Quebec, the same province where the lawyers’ services were to be provided, where the breaches or faults would have occurred, and where the damages would have been suffered. The Wind-Down Agreements, by contrast, are too remote. It is also no speculation to say that, had the Quebec dealers brought actions for damages against their own lawyers, it is unlikely that they would have instituted proceedings in Ontario.

[111] In light of all of this, I am of the view that the broader approach to the fourth connecting factor proposed by Cassels Brock and adopted by my colleague Abella J. leads to jurisdictional overreach.

[108] J’ajouterais que la fragilité de ce prétendu lien est d’autant plus évidente lorsqu’on compare celui-ci aux fondements de juridiction établis — par exemple le lieu où le délit aurait été commis, ou l’endroit où le défendeur devait exécuter ses obligations contractuelles.

[109] Deuxièmement, Cassels Brock plaide que les Contrats sont inextricablement liés à la responsabilité des avocats du Québec, parce que, dans chaque cas, l’avis juridique taxé de négligence *portait sur* le Contrat. Selon moi, ce lien n’a rien non plus de « réel » ou de « substantiel ». Chaque jour, des avocats conseillent des clients de leur région sur des contrats qui seront un jour formés dans une autre province ou un autre État et qui seront assujettis aux lois de cette province ou de cet État. Si l’on reconnaît ces contrats comme sources de compétence, les avocats locaux qui conseillent leurs clients locaux sur de tels contrats pourraient être poursuivis pour négligence professionnelle à l’endroit, quel qu’il soit, où les contrats se trouvent à avoir été conclus. À mon avis, il ne saurait en être ainsi. Il ne peut exister de preuve plus évidente d’excès de juridiction.

[110] Bref, les seuls contrats susceptibles de déterminer la juridiction en l’espèce sont les contrats conclus entre les avocats du Québec et leurs clients, les concessionnaires québécois. Ces contrats ont tous été conclus au Québec, la même province où les avocats devaient fournir et ont fourni leurs services, où les violations ou fautes auraient été commises et où les dommages auraient été subis. Les Contrats, par contre, sont trop éloignés. Il n’est pas non plus hypothétique d’affirmer que, si les concessionnaires québécois avaient intenté des actions en dommages-intérêts contre leurs propres avocats, ils ne les auraient vraisemblablement pas intentées en Ontario.

[111] Compte tenu de tout ce qui précède, j’estime que la conception plus large du quatrième facteur de rattachement proposée par Cassels Brock et retenue par ma collègue la juge Abella entraîne un excès de juridiction.

[112] This conclusion is supported by the fact that every other jurisdiction I have surveyed and that I discuss below — including some “equally concerned about order and fairness as our own” (*Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3 S.C.R. 69, at para. 58) — would not have assumed subject matter jurisdiction over the underlying cause of action against the Quebec law firms in these circumstances.

[113] The *Uniform Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (“*CJPTA*”) (online) provides that a province will only have a presumptively real and substantial connection over a claim in tort if the tort was committed in the province: s. 10(g). As this Court has stressed before, the *CJPTA* is an important Canadian benchmark: see *Van Breda*, at paras. 40-41; *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666, at para. 28; and *Teck Cominco Metals Ltd. v. Lloyd’s Underwriters*, 2009 SCC 11, [2009] 1 S.C.R. 321, at paras. 21-22. It was proposed by the Uniform Law Conference of Canada as an attempt to give meaning to the real and substantial connection test in a variety of circumstances, and forms the basis of provincial legislation in British Columbia, Saskatchewan, Nova Scotia and the Yukon: *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28; *The Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.S. 1997, c. C-41.1; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.N.S. 2003 (2nd Sess.), c. 2; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.Y. 2000, c. 7 (not yet in force).

[114] For its part, the *Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, [2001] O.J. L. 12/1 (the “*Brussels Regulation I*”), only provides subject matter jurisdiction over a claim “in matters relating to tort” in the courts “for the place where the harmful event occurred or may occur”: art. 5(3). The *Brussels Regulation I* is an important international benchmark, as it applies to all European Community Member States with the exception of Denmark, in cases where the defendant is domiciled in any one of those Member States: see J. Fawcett and J. Carruthers, *Cheshire*,

[112] Cette conclusion est étayée par le fait que tous les tribunaux d’autres ressorts que j’ai recensés et dont je parle plus loin — y compris certains « aussi soucieux que les nôtres d’assurer l’ordre et l’équité » (*Chevron Corp. c. Yaiguaje*, 2015 CSC 42, [2015] 3 R.C.S. 69, par. 58) — ne se seraient pas déclarés compétents *ratione materiae* à l’égard de la cause d’action sous-jacente contre les cabinets d’avocats québécois dans ces circonstances.

[113] La *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances* (« *LUCTRI* ») (en ligne) prévoit qu’un lien réel et substantiel n’est présumé exister entre une province et une instance en responsabilité délictuelle que si le délit a été commis dans la province : al. 10g). Comme l’a déjà souligné notre Cour, la *LUCTRI* est une balise canadienne importante : voir *Van Breda*, par. 40-41; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666, par. 28; *Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd’s Underwriters*, 2009 CSC 11, [2009] 1 R.C.S. 321, par. 21-22. Elle a été proposée par la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada afin de tenter de donner un sens au critère du lien réel et substantiel dans une foule de circonstances, et elle constitue le fondement de la législation provinciale en Colombie-Britannique, en Saskatchewan, en Nouvelle-Écosse et au Yukon : *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.B.C. 2003, c. 28; *Loi concernant la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.S. 1997, c. C-41.1; *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act*, S.N.S. 2003 (2^e sess.), c. 2; *Loi sur la compétence des tribunaux et le renvoi des instances*, L.Y. 2000, c. 7 (non encore en vigueur).

[114] Pour sa part, le *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [2001] J.O. L. 12/1 (le « *Règlement de Bruxelles I* »), ne confère compétence *ratione materiae* sur une action « en matière délictuelle » qu’au tribunal « du lieu où le fait dommageable s’est produit ou risque de se produire » : par. 5(3). Le *Règlement de Bruxelles I* constitue une importante balise internationale, car il s’applique à tous les États membres de la Communauté européenne, à l’exception du Danemark, dans les cas où le défendeur est domicilié sur le territoire

North & Fawcett Private International Law (14th ed. 2008), at pp. 200 and 204-5.

[115] Finally, under the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”), Quebec authorities will only have subject matter jurisdiction over an action in extra-contractual liability where “a fault was committed in Québec” or where the “injury was suffered in Québec”: art. 3148 para. 1(3) *C.C.Q.*

[116] I would add that neither the *CJPTA*, the *Brussels Regulation I*, nor the *C.C.Q.* even accept that a claim *in contract* can proceed in a jurisdiction merely because the contract was concluded there. Those instruments prefer to accord subject matter jurisdiction to the place where the defendant’s contractual obligation was to be performed: s. 10(e)(i) *CJPTA*; art. 5(1) *Brussels Regulation I*; art. 3148 para. 1(3) *C.C.Q.*

[117] In response to these concerns of jurisdictional overreach, my colleague offers up only one line of defence. She suggests that, under art. 3139 of the *C.C.Q.*, a Quebec authority will always have jurisdiction over an incidental claim, including a third party claim, if it has jurisdiction over the principal demand. And so, my colleague implies, it would not be overreaching for the courts of Ontario to have jurisdiction over the third party claims against the Quebec law firms in this case, given that the courts of Ontario have jurisdiction over the principal action against Cassels Brock.

[118] This argument simply fails to respond to my concern. This Court has not been asked to recognize, in the common law, an equivalent to art. 3139 of the *C.C.Q.* The issue before this Court is whether the subject matter of these third party claims is sufficiently connected with the province of Ontario. Nothing in art. 3139 of the *C.C.Q.* speaks to this issue.

de l’un ou l’autre de ces États membres : voir J. Fawcett et J. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (14^e éd. 2008), p. 200 et 204-205.

[115] Enfin, selon le *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »), les autorités québécoises n’ont compétence *ratione materiae* sur une action en responsabilité extra-contractuelle que si « [u]ne faute a été commise au Québec » ou si le « préjudice y a été subi » : art. 3148 al. 1(3) *C.c.Q.*

[116] J’ajouterais que ni la *LUCTRI*, ni le *Règlement de Bruxelles I*, ni le *C.c.Q.* n’acceptent même qu’une action *en responsabilité contractuelle* puisse être instruite dans un ressort simplement parce que le contrat y a été conclu. Ces instruments préfèrent accorder la compétence *ratione materiae* aux tribunaux du lieu où l’obligation contractuelle du défendeur devait être exécutée : sous-al. 10e)(i) de la *LUCTRI*; par. 5(1) du *Règlement de Bruxelles I*; art. 3148 al. 1(3) *C.c.Q.*

[117] En réponse à ces craintes d’excès de juridiction, ma collègue n’invoque qu’une seule défense. Elle suggère qu’en vertu de l’art. 3139 du *C.c.Q.*, une autorité québécoise est toujours compétente à l’égard d’une demande incidente, y compris une demande de mise en cause, si elle est compétente relativement à la demande principale. Ainsi, laisse sous-entendre ma collègue, les tribunaux de l’Ontario ne commettraient pas un excès de juridiction en se déclarant compétents à l’égard des demandes de mise en cause déposées contre les cabinets d’avocats québécois en l’espèce, vu que ces tribunaux ontariens ont compétence sur l’action principale intentée contre Cassels Brock.

[118] Cet argument ne me convainc tout simplement pas. On n’a pas demandé à notre Cour de reconnaître, en common law, un équivalent de l’art. 3139 du *C.c.Q.* La question que notre Cour doit trancher est de savoir si l’objet de ces demandes de mise en cause a un lien suffisant avec la province de l’Ontario. L’article 3139 du *C.c.Q.* n’en traite aucunement.

[119] It is worth recalling that art. 3139's unique purpose is "to ensure the efficient use of juridical resources . . . by fostering the joinder of proceedings": *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 30. As such, art. 3139, a "product of domestic procedural considerations" (*ibid.*), lends *no* support for my colleague's conclusion that there is a sufficiently strong connection between the subject matter of these third party claims and the province of Ontario. Rather, art. 3139 reflects the sort of fairness and efficiency concerns that, after *Van Breda*, have no role to play in establishing jurisdiction. As LeBel J. remarked:

Jurisdiction must — irrespective of the question of forum of necessity, which I will not discuss here — be established primarily on the basis of objective factors that connect the legal situation or the subject matter of the litigation with the forum. The Court of Appeal was moving in this direction in the cases at bar. This means that the courts must rely on a basic list of factors that is drawn at first from past experience in the conflict of laws system and is then updated as the needs of the system evolve. Abstract concerns for order, efficiency or fairness in the system are no substitute for connecting factors that give rise to a "real and substantial" connection for the purposes of the law of conflicts. [Emphasis added; para. 82.]

[120] Finally, my colleague's interpretation of art. 3139 risks pre-emptively settling, in *obiter*, a question of Quebec law that was not before this Court. It is not enough that a claim be incidental to a principal action for art. 3139 to be engaged. If there was simply *no* connection between the incidental action and the forum seized of the principal action, art. 3139 would be at risk of running afoul of the constitutional limitations placed on the jurisdiction of the courts of the Canadian provinces: see e.g. *Van Breda*, at paras. 21-22 and 31-32, citing G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. I, *Théorie générale* (1998), at p. 47. In this vein, LeBel J. in *GreCon* stressed that, while art. 3139 "does not mention this factor expressly, there must be some connexity between the principal action and the incidental action": para. 31. He added that art. 3139 has to be assessed in light of private international law imperatives, such as "the need to avoid enlarging the jurisdiction of states

[119] Il importe de rappeler que l'art. 3139 vise uniquement « l'économie des ressources judiciaires [. . .] en favorisant la réunion d'instances » : *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 30. Ainsi, l'art. 3139, qui « relèv[e] de considérations procédurales d'ordre interne » (*ibid.*), n'appuie *aucunement* la conclusion de ma collègue selon laquelle il existe un lien suffisamment solide entre l'objet de ces demandes de mise en cause et la province de l'Ontario. L'article 3139 exprime plutôt les soucis d'équité et d'efficacité qui, depuis *Van Breda*, ne jouent aucun rôle dans l'établissement de la juridiction. Comme l'a fait remarquer le juge LeBel :

Sans égard à la question du for de nécessité, que je n'aborde pas en l'espèce, il faut établir la compétence principalement sur la base de facteurs objectifs reliant la situation juridique ou l'objet du litige au tribunal. C'est la voie qu'a empruntée la Cour d'appel dans les affaires qui nous occupent. Ainsi, les tribunaux doivent se fonder sur une liste de base énumérant les facteurs déjà reconnus dans le système de droit international privé et ceux qui s'ajoutent en fonction des besoins évolutifs de celui-ci. Des considérations abstraites d'ordre, d'efficacité ou d'équité du système ne sauraient se substituer aux facteurs de rattachement qui donnent lieu à un « lien réel et substantiel » pour l'application du droit international privé. [Je souligne; par. 82.]

[120] Enfin, l'interprétation que donne ma collègue de l'art. 3139 risque de disposer en *obiter* d'une question de droit québécois dont notre Cour n'était pas saisie. Il ne suffit pas qu'une demande soit incidente à une action principale pour que l'art. 3139 entre en jeu. S'il n'y avait tout simplement *aucun* lien entre l'action incidente et le tribunal saisi de l'action principale, l'art. 3139 risquerait de réduire à néant les restrictions imposées par la Constitution à la compétence des tribunaux des provinces canadiennes : voir p. ex. *Van Breda*, par. 21-22 et 31-32, citant G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), p. 47. Dans la même veine, le juge LeBel a souligné dans *GreCon* que, même si l'art. 3139 « ne mentionne pas expressément ce facteur, il doit exister un élément de connexité entre les actions principale et incidente » : par. 31. Il a ajouté que l'art. 3139 doit être examiné à la lumière des impératifs du droit international privé, telle « la

unduly” : para. 30. Precisely what this means strikes me as an important and unresolved issue, one that this Court should not settle without fulsome debate.

[121] In the end, as I have said, the proposed broader approach to the fourth connecting factor risks supporting the assumption of jurisdiction by the courts of Ontario and other common law provinces where there is simply no convincing connection between the province and the subject matter of the dispute. A narrower approach is in my view required.

(2) Certainty and Predictability

[122] As I see it, this broader approach also jeopardizes the certainty and predictability that was promised when *Van Breda*'s presumptive bases of jurisdiction replaced the discretionary list of factors outlined in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.).

[123] On my restrained approach, it should always be clear when this fourth connecting factor can serve as a basis for jurisdiction. By contrast, my colleague's approach amounts to an open invitation for litigants to engage in long-winded jurisdictional debates, since the words “connected with” and “connection” are notoriously flexible and fact-specific. It is worth remembering that it was the vagueness of the word “connection” that led some authors to criticize the “real and substantial connection” test for being “too loose and unpredictable to facilitate an orderly resolution of conflicts issues”: *Van Breda*, at para. 30, citing J.-G. Castel, “The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law” (2007), 52 *McGill L.J.* 555, and J. Blom and E. Edinger, “The Chimera of the Real and Substantial Connection Test” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373. Echoing that criticism after *Van Breda*, some authors expressed the view that the fourth connecting factor “would seem in need of explanation”: Black, at p. 426.

nécessité de ne pas étendre indûment la compétence des États » : par. 30. Ce que cette affirmation veut dire au juste me semble être une question importante et non résolue que notre Cour ne devrait pas trancher en l'absence d'un débat exhaustif sur la question.

[121] Enfin, comme je l'ai dit, la conception plus large proposée à l'égard du quatrième facteur de rattachement risque de permettre aux tribunaux de l'Ontario et à ceux des autres provinces de common law de se déclarer compétents dans des cas où il n'existe tout simplement aucun lien convaincant entre la province en question et l'objet du litige. À mon avis, une approche plus restreinte s'impose.

(2) Certitude et prévisibilité

[122] J'estime que cette conception plus large compromet également la certitude et la prévisibilité qui avaient été promises lorsque les facteurs présumés de compétence énoncés dans *Van Breda* ont remplacé la liste de facteurs discrétionnaires dressée dans *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.).

[123] Selon mon approche restreinte, la question de savoir quand ce quatrième facteur de rattachement peut servir de fondement à la compétence devrait toujours être claire. À l'inverse, l'approche de ma collègue revient à inviter de façon générale les plaideurs à se lancer dans des débats de longue haleine sur la juridiction, puisque les mots « lié » et « lien » sont notoirement souples et tributaires des faits. Il convient de rappeler que c'est le caractère vague du mot « lien » qui a amené certains auteurs à critiquer le critère du « lien réel et substantiel » parce qu'il serait « trop vague et imprévisible pour favoriser la résolution ordonnée des problèmes de droit international privé » : *Van Breda*, par. 30, citant J.-G. Castel, « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007), 52 *R.D. McGill* 555, et J. Blom et E. Edinger, « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373. Reprenant cette critique faite après le prononcé de l'arrêt *Van Breda*, certains auteurs se sont dits d'avis que le quatrième facteur de rattachement [TRADUCTION] « semble nécessiter une explication » : Black, p. 426.

[124] Small variations of the facts of the case at bar illustrate this point. If independent legal advice was required for multiple contracts concluded in different jurisdictions, the parties would have had to spar over whether any one of those contracts could ground a claim in professional negligence. Future litigants may also wonder whether the requirement of obtaining independent legal advice was actually necessary to establish a connection between the contract and the dispute, or whether simply providing negligent advice on such a contract is sufficient.

[125] Future cases with entirely different facts will surely yield other fine-grained debates about the sufficiency of the contract's connection. These will compromise parties' ability "to predict with reasonable confidence whether a court will assume jurisdiction in a case with an international or inter-provincial aspect", as LeBel J. stressed they must be able to do: *Van Breda*, at para. 73.

[126] My colleague suggests that the fourth connecting factor achieves sufficient certainty by premising the determination of where a contract will be "made" on the traditional rules of contract formation: para. 31. In my colleague's view, once parties are able to determine where a contract will be formed, they will also be able to determine with "reasonable confidence" when jurisdiction can or cannot be assumed under the fourth factor.

[127] I respectfully disagree. If the parties are not able to predict with certainty *which* contracts will be "connected with" a potential tort claim, their ability to predict where any particular contract will be formed will be of little assistance. More troublingly still, under my colleague's approach, the defendant in tort may not even be a party to the contract, and there is no reason why we should expect that individuals who are not parties to a contract will know, or will be able to predict, where any given contract will be formed.

[124] De légères modifications des faits de la présente affaire illustrent ce point. Si un avis juridique indépendant était requis quant à de multiples contrats conclus dans différents ressorts, les parties auraient eu à débattre la question de savoir si l'un ou l'autre de ces contrats pouvait fonder une réclamation pour négligence professionnelle. Les futurs plaideurs peuvent également se demander si l'obligation d'obtenir un avis juridique indépendant est vraiment nécessaire pour établir un lien entre le contrat et le litige, ou si la simple fourniture d'un avis entaché de négligence quant à ce contrat suffit.

[125] Il se présentera des situations comportant des faits tout à fait différents qui donneront assurément lieu à d'autres débats pointus au sujet du caractère suffisant du lien entre le contrat et le litige. Ces cas compromettront la capacité des parties de « prédire avec une certitude raisonnable si un tribunal saisi d'une situation qui présente un aspect international ou interprovincial se déclarera ou non compétent », ce qu'elles doivent pouvoir faire, comme l'a souligné le juge LeBel : *Van Breda*, par. 73.

[126] Ma collègue suggère que le quatrième facteur de rattachement assure une certitude suffisante en tenant pour prémisses que l'on déterminera le lieu de « conclusion » d'un contrat en fonction des règles traditionnelles de la formation des contrats : par. 31. Selon elle, une fois que les parties pourront établir le lieu où sera formé le contrat, elles pourront également établir avec une « certitude raisonnable » si un tribunal peut ou non se déclarer compétent selon le quatrième facteur.

[127] Avec égards, je suis en désaccord. Si les parties ne sont pas en mesure de prévoir avec certitude *quels* contrats seront « liés » à une action éventuelle en responsabilité délictuelle, leur capacité de prévoir le lieu de formation d'un contrat donné sera peu utile. Plus troublant encore, selon l'approche de ma collègue, le défendeur poursuivi en responsabilité délictuelle peut même ne pas être partie au contrat; comment des personnes non parties à un contrat peuvent-elles avoir pu être en mesure de prévoir où sera formé un contrat donné?

[128] The need for certainty and predictability in shaping conflicts rules can hardly be overstated. As La Forest J. stressed in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, “[o]ne of the main goals of any conflicts rule is to create certainty in the law”: p. 1061. This yearning for “fixed, clear and predictable” conflicts rules has long guided this Court, and has been urged by a number of authors: T. J. Monestier, “A ‘Real and Substantial’ Mess: The Law of Jurisdiction in Canada” (2007), 33 *Queen’s L.J.* 179, at p. 192; Castel; Blom and Edinger.

[129] Among other benefits, “[c]lear application of law promotes settlement” (*Tolofson*, at p. 1062) and discourages what my colleague Gascon J. has called the “needless and wasteful jurisdictional inquiries that merely thwart the proceedings from their eventual resumption”: *Chevron Corp.*, at para. 69. Like Gascon J., I am of the view that courts “should exercise care in interpreting rules and developing legal principles so as not to encourage unnecessary” jurisdictional motions: G. D. Watson and F. Au, “Constitutional Limits on Service Ex Juris: Unanswered Questions from Morguard” (2000), 23 *Adv. Q.* 167, at p. 205, cited in *Chevron Corp.*, at para. 69.

[130] Of course, LeBel J. did observe that “striking a proper balance between flexibility and predictability, or between fairness and order, has been a constant theme in the Canadian jurisprudence”: *Van Breda*, at para. 66. However, LeBel J. went on to note that “in recent years” the preferred approach to the law of jurisdiction in Canada “has been to rely on a set of specific factors, which are given presumptive effect”: para. 75 (emphasis added).

[131] Writing for the entire Court, LeBel J. explained this modern preference by outlining what I view to be a fundamental proposition in jurisdictional matters — that while “[j]ustice and fairness

[128] On ne saurait trop insister sur le besoin d’assurer la certitude et la prévisibilité dans l’élaboration des règles de droit international privé. Comme l’a souligné le juge La Forest dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, « [l]’un des principaux objectifs de toute règle de droit international privé est de créer la certitude dans la loi » : p. 1061. La Cour s’efforce depuis longtemps d’établir des règles de droit international privé [TRADUCTION] « fixes, claires et prévisibles » que réclament avec insistance plusieurs auteurs : T. J. Monestier, « A “Real and Substantial” Mess : The Law of Jurisdiction in Canada » (2007), 33 *Queen’s L.J.* 179, p. 192; Castel; Blom et Edinger.

[129] Entre autres avantages, « [l]’application claire de la loi favorise les règlements » (*Tolofson*, p. 1062) et décourage ce que mon collègue le juge Gascon a appelé des « examens de la compétence inutiles et coûteux qui ne font qu’empêcher l’instance de suivre son cours » : *Chevron Corp.*, par. 69. À l’instar du juge Gascon, je suis d’avis que les tribunaux [TRADUCTION] « devraient prendre soin d’interpréter les règles et d’élaborer des principes de droit de manière à ne pas encourager des requêtes inutiles » en matière de compétence : G. D. Watson et F. Au, « Constitutional Limits on Service Ex Juris : Unanswered Questions from Morguard » (2000), 23 *Adv. Q.* 167, p. 205, cité dans *Chevron Corp.*, par. 69.

[130] Bien entendu, le juge LeBel a effectivement fait remarquer que « l’établissement d’un juste équilibre entre la souplesse et la prévisibilité, ou entre l’équité et l’ordre, constitue un thème qui revient constamment dans la jurisprudence [. . .] canadienn[e] » : *Van Breda*, par. 66. Cependant, le juge LeBel a ajouté que « [c]es dernières années », les tribunaux ont préféré une conception du droit de la compétence au Canada « [qui] leur perme[t] de se fonder sur un ensemble de facteurs précis auxquels ils confèrent l’effet d’une présomption » : par. 75 (je souligne).

[131] S’exprimant au nom de toute la Cour, le juge LeBel a expliqué cette préférence moderne en soulignant ce que je considère comme une proposition fondamentale en matière de compétence

are undoubtedly essential purposes of a sound system of private international law”, those objectives “cannot be attained without a system of principles and rules that ensures security and predictability in the law governing the assumption of jurisdiction by a court”: *Van Breda*, at para. 73 (emphasis added). As such, “[p]arties must be able to predict with reasonable confidence whether a court will assume jurisdiction in a case with an international or inter-provincial aspect”: para. 73 (emphasis added).

[132] In LeBel J.’s view, the four connecting factors were meant to be “specific”, not flexible and diffuse. It must be remembered that *Van Breda* sought to put an end to a “framework for the assumption of jurisdiction” that was “unstable, *ad hoc*” and “made up ‘on the fly’ on a case-by-case basis”: para. 73. Nowhere in his reasons does LeBel J. stress the need to avoid a disciplined and rigorous approach to the four connecting factors. After all, courts may always identify *new* presumptive connecting factors in order to adapt the law “as the needs of the system evolve”: para. 82.

(3) Potential Implications on the Practice of Law

[133] In addition, one must not ignore that there may be harmful commercial implications that flow from a broader approach to the fourth connecting factor.

[134] As I have said, jurisdiction matters. In the context of this case, an expansive approach to jurisdiction means that whenever a lawyer’s advice is required before his client can accept an offer, that lawyer may later be sued for professional negligence wherever the contract on which he provided legal advice is ultimately formed, regardless of where his contract for legal services was entered into, and where his services were provided. It is worth remembering that once jurisdiction is deemed to exist, it can only be declined in the clearest of cases: *Van Breda*, at para. 109.

— bien que « [l]a justice et l’équité constituent sans aucun doute des objectifs essentiels d’un bon système de droit international privé », ces objectifs « ne peuvent se réaliser en l’absence d’un ensemble de principes et de règles assurant la sûreté et la prévisibilité du droit applicable à la déclaration de compétence d’un tribunal » : *Van Breda*, par. 73 (je souligne). Ainsi, « [l]es parties doivent pouvoir prédire avec une certitude raisonnable si un tribunal saisi d’une situation qui présente un aspect international ou interprovincial se déclarera ou non compétent » : par. 73 (je souligne).

[132] Selon le juge LeBel, les quatre facteurs de rattachement se voulaient « précis », et non souples et vagues. Il faut se rappeler que *Van Breda* visait à mettre un terme à un « cadre applicable à la déclaration de compétence » qui était « précaire et ponctuel élaboré sur le coup au cas par cas » : par. 73. Le juge LeBel ne souligne nulle part dans ses motifs la nécessité d’éviter une conception disciplinée et rigoureuse des quatre facteurs de rattachement. Après tout, les tribunaux peuvent toujours recenser de *nouveaux* facteurs de rattachement créant une présomption afin d’adapter le droit « en fonction des besoins évolutifs [du système] » : par. 82.

(3) Répercussions possibles sur l’exercice du droit

[133] Je me dois également de souligner qu’une conception plus large du quatrième facteur de rattachement peut avoir des conséquences néfastes sur le plan commercial.

[134] Comme je l’ai dit, la juridiction revêt une grande importance. En l’espèce, une conception large de la juridiction signifie que, chaque fois qu’un client doit obtenir l’avis d’un avocat avant d’accepter une offre, ce dernier peut plus tard être poursuivi pour négligence professionnelle à l’endroit, quel qu’il soit, où le contrat au sujet duquel il a donné un avis juridique est finalement formé, et ce, peu importe le lieu où son contrat de prestation de services juridiques a été conclu et le lieu où il a fourni ces services. Il convient de se rappeler que, dès lors que la juridiction est réputée exister, elle ne peut être déclinée que dans les cas les plus manifestes : *Van Breda*, par. 109.

[135] With respect, my colleague's position risks causing, in the end, certain negative repercussions on the practice of law itself. Where a lawyer's advice is required before a contract can be concluded, the lawyers who are retained to provide advice may feel conflicted, since they will likely have a personal stake in where their client's contract is entered into. Our modern-day, cosmopolitan legal practice may even be impeded, a risk that is aggravated by the fact that a lawyer's professional liability insurance is often subjected to lower coverage for claims instituted outside the lawyer's own jurisdiction. As an illustration of this, during oral argument, counsel for the Quebec law firms reminded the Court that the Barreau du Québec's liability insurance policy indemnifies lawyers sued for professional negligence for up to \$10 million if sued in Quebec, but only up to \$1 million if sued outside the province.

D. *Forum Non Conveniens*

[136] Finally, there remains the issue regarding the claims against the two national law firms which have offices both in Quebec and in Ontario. In my view, Ontario has jurisdiction over these claims on the basis of the second connecting factor, namely, that the "defendant carries on business in the province": *Van Breda*, at para. 90.

[137] It thus falls on those national law firms contesting jurisdiction to establish that another jurisdiction is clearly more appropriate: *Van Breda*, at paras. 102-3. In the past, this Court has turned to the following factors to determine if this is the case:

- (1) the place of residence of the parties and witnesses;
- (2) the location of the evidence;
- (3) the place of formation and execution of the contract;

[135] Avec égards, la position de ma collègue risque d'avoir certaines répercussions négatives sur l'exercice du droit lui-même. Lorsqu'il faut obtenir l'avis d'un avocat avant la conclusion d'un contrat, les avocats retenus pour donner des conseils auront peut-être des réserves, car ils auront vraisemblablement un intérêt personnel quant au lieu où le contrat de leurs clients est conclu. L'exercice moderne et cosmopolite du droit pourrait même être entravé, un risque qui est exacerbé par le fait que l'assurance responsabilité professionnelle des avocats prévoit souvent une couverture moindre pour des réclamations présentées à l'extérieur du propre ressort où exerce l'avocat. À titre d'exemple, durant les plaidoiries, l'avocate des cabinets d'avocats québécois a rappelé à la Cour que la police d'assurance responsabilité du Barreau du Québec indemnise les avocats poursuivis au Québec pour négligence professionnelle jusqu'à concurrence de 10 millions de dollars, mais seulement à concurrence d'un million de dollars s'ils sont poursuivis à l'extérieur de la province.

D. *Forum Non Conveniens*

[136] Enfin, il reste à trancher la question concernant les réclamations déposées contre les deux cabinets d'avocats nationaux qui ont des bureaux à la fois au Québec et en Ontario. À mon avis, en vertu du second facteur de rattachement, les tribunaux ontariens ont compétence à l'égard de ces réclamations puisque le « défendeur exploite une entreprise dans la province » : *Van Breda*, par. 90.

[137] Il incombe donc à ces cabinets d'avocats nationaux qui contestent la compétence des tribunaux ontariens d'établir qu'un autre ressort est nettement plus approprié : *Van Breda*, par. 102-103. Dans le passé, la Cour a considéré les facteurs suivants pour décider si c'est le cas :

- (1) le lieu de résidence des parties et des témoins;
- (2) la situation des éléments de preuve;
- (3) le lieu de formation et d'exécution du contrat;

- (4) the existence of proceedings pending between parties in another jurisdiction and the stage of any such proceeding;
- (5) the location of the defendant's assets;
- (6) the applicable law;
- (7) the advantage conferred on the plaintiff by its choice of forum;
- (8) the interests of justice;
- (9) the interests of the two parties;
- (10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

(*Breedon*, at para. 25, citing *Oppenheim forfait GMBH v. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001 (Que. C.A.), at pp. 7-8.)

[138] In evaluating these factors, my colleague's conclusion is strongly influenced by her view that all of the third party claims can be disposed of within one trial, thereby avoiding "the possibility of conflicting judgments and duplication in fact-finding and legal analysis": para. 59. Respectfully, that is not the nature of the third party proceedings before us.

[139] The trial in the class action against Cassels Brock was held from September 9 to December 19, 2014. McEwen J. rendered judgment on July 8, 2015, concluding that Cassels Brock was responsible for \$45 million in damages to the class members for failing to fulfill its contractual and fiduciary obligations, and for failing to meet the standard of care of a reasonably prudent solicitor or law firm: *Trillium Motor World Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2015 ONSC 3824, 30 C.B.R. (6th) 1. In its written submissions, Cassels Brock indicated that this judgment is currently under appeal.

[140] On December 23, 2011, Cassels Brock instituted proceedings seeking indemnity and contribution from 150 other lawyers and law firms. These third party claims are not a class action, but

- (4) l'existence d'une autre action intentée à l'étranger et le progrès déjà effectué dans la poursuite de cette action;
- (5) la situation des biens appartenant au défendeur;
- (6) la loi applicable au litige;
- (7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi;
- (8) l'intérêt de la justice;
- (9) l'intérêt des deux parties;
- (10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger.

(*Breedon*, par. 25, citant *Oppenheim forfait GMBH c. Lexus maritime inc.*, 1998 CanLII 13001 (C.A. Qc), p. 7-8.)

[138] Dans l'évaluation qu'elle fait de ces facteurs, la conclusion à laquelle ma collègue parvient est fortement influencée par son opinion suivant laquelle il est possible de régler toutes les demandes de mise en cause lors d'un seul procès, et d'éviter ainsi « la possibilité de jugements contradictoires et de duplication de la recherche des faits et de l'analyse juridique » : par. 59. Avec égards, telle n'est pas la nature de la demande de mise en cause dont nous sommes saisis.

[139] Dans le recours collectif intenté contre Cassels Brock, le procès s'est déroulé du 9 septembre au 19 décembre 2014. Le juge McEwen a rendu jugement le 8 juillet 2015, concluant que Cassels Brock devait payer 45 millions de dollars en dommages-intérêts aux membres du groupe, pour ne pas s'être acquittée de ses obligations contractuelles et fiduciaires et pour ne pas avoir satisfait à la norme de diligence que respecterait un avocat ou cabinet d'avocats raisonnablement prudent : *Trillium Motor World Ltd. c. General Motors of Canada Ltd.*, 2015 ONSC 3824, 30 C.B.R. (6th) 1. Dans son argumentation écrite, Cassels Brock indique que ce jugement est actuellement en appel.

[140] Le 23 décembre 2011, Cassels Brock a intenté un recours par lequel elle réclame à 150 autres avocats et cabinets d'avocats une indemnité et une contribution. Ces demandes de mise en cause ne

represent instead a combination of separate actions which are *not* identical. These claims are simply not in the nature of proceedings where common issues can be resolved for an entire group. As the motions judge found, “[e]ach case would be fact-specific and would depend on the particular advice that was given by each local lawyer to his or her particular dealer/client”: para. 24 (emphasis added).

[141] To this, I would add that the lawyers’ level of care and diligence may vary from case to case, as may each dealer’s relationship with his or her counsel. Some lawyers may have given their advice far too quickly, while others may have undertaken thorough research and analysis before providing theirs. Some lawyers may have had more experience than others in these matters. The financial situation of each dealer may also have come into play. A dealer may have been advised not to enter into the Wind-Down Agreement, but may have decided to do so, regardless. In the end, there may be as many defences as there are defendants. As such, some claims may be dismissed while others may be granted. The quantum of damages may also vary from case to case. Simply put, there is a great deal of potential divergence between each of these 150 third party claims.

[142] Moreover, as I have already decided above, the courts of Ontario should not have jurisdiction over the third party claims against the law firms based solely in Quebec. As such, there is no possibility that any of these claims would be resolved in Ontario. If, in my view, these claims would be heard separately, and if most of the claims against Quebec lawyers would proceed in Quebec anyway, it is clear that Quebec is the more appropriate forum for the remaining claims against the two national law firms.

constituent pas un recours collectif; elles forment plutôt un ensemble d’actions distinctes qui *ne sont pas* identiques. Ces demandes ne sont tout simplement pas des procédures dans lesquelles il est possible de régler des questions communes pour tout un groupe. Comme l’a conclu le juge des requêtes, [TRADUCTION] « [c]haque cas serait tributaire des faits et son issue dépendrait de l’avis donné par chaque avocat à son client concessionnaire » : par. 24 (je souligne).

[141] J’ajouterais à cela que le niveau de diligence des avocats peut varier d’un cas à l’autre, tout comme la relation entre chaque concessionnaire et son conseiller ou sa conseillère juridique. Certains avocats ont peut-être donné leur avis beaucoup trop rapidement, tandis que d’autres ont peut-être fait des recherches et une analyse approfondies avant de donner le leur. Il se peut que certains avocats aient eu plus d’expérience que d’autres en la matière. La situation financière de chaque concessionnaire peut aussi entrer en jeu. Un concessionnaire peut avoir reçu le conseil de ne pas conclure le Contrat, mais avoir décidé de le faire malgré tout. En définitive, il peut y avoir autant de moyens de défense qu’il y a de défendeurs. Par conséquent, certaines réclamations pourraient être rejetées alors que d’autres pourraient être accueillies. Le montant des dommages-intérêts peut également varier d’un cas à l’autre. Bref, il y a énormément de différences éventuelles entre chacune de ces 150 demandes de mise en cause.

[142] En outre, comme je l’ai déjà décidé plus haut, les tribunaux de l’Ontario ne devraient pas avoir compétence à l’égard des demandes de mise en cause déposées contre les cabinets d’avocats établis seulement au Québec. Ainsi, il n’y a aucune possibilité que l’une ou l’autre de ces réclamations soit réglée en Ontario. À mon avis, si ces réclamations étaient instruites séparément, et si la plupart de celles visant des avocats québécois étaient instruites au Québec de toute manière, il est clair que le Québec est le ressort le plus approprié pour l’instruction des réclamations présentées contre les deux cabinets d’avocats nationaux.

[143] Most of these lawyers from the national law firms are domiciled in Quebec, where they practise their profession as members of the Barreau du Québec. The other witnesses — notably the dealers' representatives — are also residents of Quebec. If these claims against the national firms were heard in Ontario, these witnesses would all have to travel there to testify, incurring significant additional costs. Furthermore, Quebec law will govern the claims against the national law firms with offices in Quebec on the basis that the fault would have occurred in Quebec. As such, additional costs would have to be incurred to provide an Ontario court with expert opinions on Quebec law. Finally, if the claims against the Quebec law firms were to be divided between Quebec and Ontario, there is a risk that the courts of Ontario and Quebec may render conflicting decisions *while applying Quebec civil law*.

[144] For these reasons, it is clear that Quebec is the more appropriate forum for these remaining claims, and that whatever jurisdiction the courts of Ontario possess over these national firms should be declined.

[145] As a final matter, I recognize that my analysis regarding *forum non conveniens* would result in overturning the motions judge's discretionary decision, one which is owed significant deference on appeal: *Van Breda*, at para. 112. However, the motions judge's analysis of the *forum non conveniens* issue began on the premise that all of the third party claims, including those against the Quebec law firms, could be heard in Ontario. As I have concluded, the courts of Ontario should not have jurisdiction over the third party claims against the law firms based exclusively in Quebec. This provides sufficient grounds for intervention: *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636, at para. 41.

[143] La plupart des avocats concernés ici et faisant partie des cabinets d'avocats nationaux sont domiciliés au Québec, où ils exercent leur profession à titre de membres du Barreau du Québec. Les autres témoins, notamment les représentants des concessionnaires, résident également au Québec. Si ces réclamations déposées contre les cabinets d'avocats nationaux étaient instruites en Ontario, les témoins en question devraient se rendre dans cette province pour témoigner et engageraient pour ce faire des frais supplémentaires importants. De plus, les lois du Québec s'appliqueraient aux réclamations déposées contre les cabinets d'avocats nationaux ayant des bureaux dans cette province parce que les fautes y auraient été commises. Ainsi, il faudrait engager des frais additionnels pour fournir à un tribunal ontarien les avis de spécialistes sur le droit québécois. Enfin, si les réclamations déposées contre les cabinets d'avocats québécois devaient être divisées entre le Québec et l'Ontario, les tribunaux ontariens et les tribunaux québécois risquent de rendre des décisions contradictoires *en appliquant le droit civil du Québec*.

[144] Pour ces motifs, le Québec est clairement le ressort le plus approprié pour l'instruction de ces autres réclamations, et les tribunaux ontariens devraient décliner toute compétence qu'ils pourraient avoir à l'égard des cabinets d'avocats nationaux en cause.

[145] Enfin, je reconnais que mon analyse relative au *forum non conveniens* aurait pour résultat d'infirmar la décision discrétionnaire du juge des requêtes, une décision à l'égard de laquelle il convient de faire preuve d'une grande déférence en appel : *Van Breda*, par. 112. Cependant, le juge des requêtes a commencé son analyse relative au *forum non conveniens* en se fondant sur la prémisses que toutes les demandes de mise en cause, y compris celles visant les cabinets d'avocats québécois, pouvaient être instruites en Ontario. Comme je l'ai conclu, les tribunaux ontariens ne devraient pas avoir compétence sur les demandes de mise en cause déposées contre les cabinets d'avocats établis exclusivement au Québec. Il y a donc motif suffisant pour intervenir : *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636, par. 41.

II. Disposition

[146] I would allow the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Clyde & Cie Canada, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

II. Dispositif

[146] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs des appelants : Clyde & Cie Canada, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

K.R.J. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Association des avocats
de la défense de Montréal,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Criminal Lawyers' Association (Ontario) and
British Columbia Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. K.R.J.

2016 SCC 31

File No.: 36200.

2015: December 2; 2016: July 21.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Sentencing — Accused pleaded guilty to incest and making child pornography — Retrospective application of amendments to Criminal Code expanding scope of community supervision measures sentencing judge can impose on sexual offenders — Offences committed prior to amendments but accused sentenced after — Whether new prohibition measures contained in Criminal Code constitute punishment such that their retrospective operation limits right protected by s. 11(i) of Charter — If so, whether limit is justified — Reformulation of s. 11(i) test for punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 161(1)(c), (d).

K.R.J. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
Association des avocats
de la défense de Montréal,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Criminal Lawyers' Association (Ontario) et
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. K.R.J.

2016 CSC 31

N° du greffe : 36200.

2015 : 2 décembre; 2016 : 21 juillet.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficiaire de la peine la moins sévère — Détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité inscrit par l'inculpé à l'égard d'accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile — Application rétrospective de modifications du Code criminel ayant pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine peut soumettre un délinquant sexuel — Modifications apportées après la perpétration des infractions, mais avant la détermination de la peine — Les nouvelles interdictions prévues par le Code criminel infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'art. 11i) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée? — Reformulation du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'art. 11i) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161(1)(c), (d).

Section 11(i) of the *Charter* provides that, if the punishment for an offence is varied after a person commits the offence, but before sentencing, the person is entitled to “the benefit of the lesser punishment”. When offenders are convicted of certain sexual offences against a person under the age of 16 years, s. 161(1) of the *Criminal Code* gives sentencing judges the discretion to prohibit them from engaging in a variety of everyday conduct upon their release into the community, subject to any conditions or exemptions the judge considers appropriate. In 2012, Parliament expanded the scope of s. 161(1), empowering sentencing judges to prohibit sexual offenders from having any contact with a person under 16 years of age (s. 161(1)(c)) or from using the Internet or other digital network (s. 161(1)(d)). In doing so, Parliament intended to give sentencing judges the discretion to impose the expanded prohibition measures on all offenders, even those who offended before the amendments came into force. In March 2013, the accused pleaded guilty to incest and the creation of child pornography. The offences were committed between 2008 and 2011. By virtue of the convictions and the age of the victim, the sentencing judge was required to consider whether to impose a prohibition under s. 161(1). The question arose as to whether the 2012 amendments could operate retrospectively such that they could be imposed on the accused.

The sentencing judge concluded that an order under the new s. 161(1)(c) and (d) constitutes punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter*, such that the provisions cannot be applied retrospectively. He therefore imposed a prohibition order under s. 161, but limited the prohibited activities to those described in the version of s. 161(1) that existed when the accused committed the offences. On the Crown appeal, the majority of the Court of Appeal concluded that the 2012 amendments were enacted to protect the public, rather than to punish offenders, and therefore, they do not qualify as punishment within the meaning of s. 11(i). The majority allowed the appeal and imposed the conditions in s. 161(1)(c) and (d) retrospectively on the accused.

Held (Abella and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The amendments to s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* qualify as punishment such that their retrospective operation limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter*. Under s. 1 of

L’alinéa 11*i*) de la *Charte* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle-ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Lorsqu’une personne est déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée à l’égard d’une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel* confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant d’interdire au délinquant de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité, sous réserve de certaines conditions ou exemptions. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d’interdire au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)). Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permette de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l’acte criminel avant l’entrée en vigueur des modifications. En mars 2013, l’accusé a plaidé coupable à des accusations d’inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions avaient été commises entre 2008 et 2011. Étant donné les déclarations de culpabilité et l’âge de la victime, le juge était tenu de se demander s’il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s’est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s’appliquer rétrospectivement de sorte que l’accusé y soit assujéti.

Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu qu’une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, de sorte que les dispositions ne peuvent s’appliquer rétrospectivement. Il a donc interdit sur le fondement de l’art. 161 les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l’accusé avait commis les infractions. Dans le cadre de l’appel du ministère public, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visaient à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu’elles ne pouvaient être considérées comme une peine au sens de l’al. 11*i*). Ils ont accueilli l’appel et soumis l’accusé aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), appliquant ceux-ci rétrospectivement.

Arrêt (les juges Abella et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les dispositions issues des modifications apportées aux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* sont assimilées à une peine, de sorte que leur application rétrospective restreint le droit

the *Charter*, while the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is not a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) is a reasonable limit. Accordingly, the appeal should be allowed with respect to s. 161(1)(c), but dismissed with respect to s. 161(1)(d).

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Section 11(i) of the *Charter* constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively. This constitutional aversion for retrospective criminal laws is primarily motivated by the desire to protect the fairness of criminal proceedings and safeguard the rule of law. Rules pertaining to criminal punishment should be clear and certain. To attract the protection of s. 11(i), the new prohibition measures must qualify as “punishment”. In *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, this Court developed a two-part test for determining whether a consequence amounts to punishment under s. 11(i): (1) the measure must be a consequence of a conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence; and (2) it must be imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing.

This test requires two clarifications. First, while not all measures imposed to protect the public constitute punishment, public protection is at the core of the purpose and principles of sentencing and is therefore an insufficient litmus test for defining punishment. Thus, sanctions intended to advance public safety do not constitute a broad exception to the protection s. 11(i) affords and may qualify as punishment. Second, the s. 11(i) test for punishment must embody a clearer, more meaningful consideration of the impact a sanction can have on an offender. Doing so enhances fairness and predictability in punishment and is consistent with this Court’s jurisprudence.

Accordingly, the s. 11(i) test for punishment should be restated as follows: a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it

garanti par l’al. 11*i*) de la *Charte*. À la lumière de l’article premier de la *Charte*, l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), qui permet d’interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11*i*), mais celle de l’al. 161(1)d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, constitue une restriction raisonnable. Par conséquent, le pourvoi est accueilli quant à l’al. 161(1)c), mais rejeté quant à l’al. 161(1)d).

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : L’alinéa 11*i*) de la *Charte* constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétrospectivement. Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient principalement à la volonté de protéger l’équité des procédures criminelles et de garantir la primauté du droit. Les règles applicables aux sanctions criminelles doivent être claires et certaines. Pour faire jouer la protection de l’al. 11*i*), les nouvelles interdictions doivent constituer une « peine ». Dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, la Cour a dégagé un critère à deux volets qui permet de décider si une conséquence équivaut ou non à une peine au sens de l’al. 11*i*) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) elle doit être conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine.

Deux précisions s’imposent relativement à ce critère. Premièrement, même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l’objectif et des principes de la détermination de la peine et elle n’est donc pas une considération suffisante pour décider qu’une sanction constitue ou non une peine. Par conséquent, la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d’une exception générale à la protection qu’offre l’al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine. Deuxièmement, le critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l’incidence de la sanction sur le contrevenant. Une telle prise en compte permet d’accroître le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infliction et elle est compatible avec la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, il convient de reformuler comme suit le critère permettant d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*) : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d’une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un

is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests. To satisfy the third branch of this test, a consequence of conviction must significantly constrain a person's ability to engage in otherwise lawful conduct or impose significant burdens not imposed on other members of the public.

Applying this reformulated test, the 2012 amendments to s. 161(1) constitute punishment. The prohibitions found in these amendments are a consequence of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and they can have a significant impact on the liberty and security of offenders. Clearly, the 2012 amendments constitute greater punishment than the previous prohibitions. Accordingly, the retrospective operation of these provisions limits the s. 11(i) right as it deprives the accused of the benefit of the less restrictive community supervision measures captured in the previous version of s. 161 — that is, the lesser punishment.

To be justified under s. 1 of the *Charter*, a law that limits a constitutional right must do so in pursuit of a sufficiently important objective that is consistent with the values of a free and democratic society. The legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the overarching goal of the section is to protect children from sexual violence perpetrated by recidivists. It follows naturally that the objective of the retrospective operation of the 2012 amendments — the infringing measure — is to better protect children from the risks posed by offenders like the accused who committed their offences before, but were sentenced after, the amendments came into force. This latter objective anchors the s. 1 analysis and is of sufficient importance to warrant further scrutiny.

There is clearly a rational connection between this objective and retrospectively giving sentencing judges the discretionary power to limit those offenders who pose a continuing risk to children in contacting children in person or online, and in engaging with online child pornography (the means chosen). Reason and logic suffice to establish that Parliament proceeded rationally in opting to give s. 161(1)(c) and (d) retrospective effect. Further, given

accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. Pour satisfaire au troisième volet du critère, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis.

Au vu du critère ainsi reformulé, les nouvelles interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l'infliction d'une peine plus importante que les interdictions antérieures. Par conséquent, l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient restreint le droit garanti par l'al. 11*i*) puisqu'elle empêche l'accusé de faire l'objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l'art. 161, c'est-à-dire de la peine la moins sévère.

Pour être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d'une société libre et démocratique. L'historique législatif de l'art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l'objectif prépondérant de l'article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Il s'ensuit naturellement que l'objectif de l'application rétrospective des modifications de 2012 — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l'accusé, a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle-ci. C'est en fonction de cet objectif que s'effectue l'analyse au regard de l'article premier et il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la poursuite de l'examen.

Il existe manifestement un lien rationnel entre cet objectif et l'octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu'il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). La raison et la logique suffisent pour établir que

the discretionary and tailored nature of s. 161 and the fact that a purely prospective application of the amendments would have compromised Parliament's full objective, the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) impairs the s. 11(i) rights as little as reasonably possible.

Finally, the deleterious and salutary effects of the law must be assessed. This final stage of the proportionality inquiry is important because it allows courts to transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society in direct and explicit terms. Although this examination entails difficult value judgments, it is preferable to make these judgments explicit, as doing so enhances the transparency and intelligibility of the ultimate decision. While the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the heart of s. 1.

The deleterious effects flowing from the retrospective operation of s. 161(1)(c) are substantial. The new s. 161(1)(c) goes much further and prohibits any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years in a public or private space. By impacting people like the accused with a punishment of which they had no notice, the retrospective operation of s. 161(1)(c) undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law. Unfortunately, sexual offences against children have persisted for centuries. The Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the degree of enhanced protection s. 161(1)(c) provides in comparison to the previous version of the prohibition. The benefits society stands to gain are marginal and speculative. The Crown has provided no temporal justification for the retrospective limitation, yet, at its root, s. 11(i) is about the timing of changes to penal laws. The retrospective operation of s. 161(1)(c) therefore cannot be justified under s. 1. As a result, s. 161(1)(c) should apply only prospectively — that is, only to offenders who committed their offences after the 2012 amendments came into force.

le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)c) et d) un effet rétroactif. En outre, puisque l'art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu'il est adapté à son objectif, et comme l'application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l'objectif du législateur, l'application rétroactive des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*i*) aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire.

Enfin, il faut apprécier les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit. Cette dernière étape de l'examen de la proportionnalité est importante car le tribunal peut alors transcender l'objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne d'une manière directe et explicite. Même si l'examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites, de manière à accroître la transparence et l'intelligibilité de la décision ultime. Bien que, de nos jours, au Canada, l'atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours relatif à l'article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur l'essence de l'examen de la proportionnalité qui est au cœur de l'application de l'article premier.

Les effets préjudiciables de l'application rétroactive de l'al. 161(1)c) sont importants. Le nouvel al. 161(1)c) permet au tribunal d'aller beaucoup plus loin et d'interdire d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de 16 ans dans un lieu public ou privé. En condamnant un contrevenant comme l'accusé à une peine dont il ne se savait pas passible, l'application rétroactive de l'al. 161(1)c) compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Les enfants sont malheureusement victimes d'infractions sexuelles depuis des siècles. Le ministère public n'a présenté que peu d'éléments ou n'en a pas présenté du tout pour établir le degré de protection accrue offert par le nouvel al. 161(1)c) comparativement au libellé antérieur de l'interdiction. Les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Le ministère public n'a pas fait valoir l'existence d'une justification d'ordre temporel de la restriction rétroactive du droit et, pourtant, l'al. 11*i*) s'intéresse foncièrement au moment où intervient la modification d'une disposition à caractère punitif. L'application rétroactive de l'al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l'article premier. Dès lors, l'alinéa ne devrait s'appliquer que prospectivement, c'est-à-dire seulement au contrevenant dont l'acte criminel est postérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

The deleterious effects resulting from the retrospective operation of s. 161(1)(d) are also significant. A complete ban on using the Internet or other digital network is more intrusive than the previous ban on using a computer system for the purpose of communicating with young people. As with the retrospective operation of s. 161(1)(c), the imposition of punishment without notice translates into broader societal harms, including compromising the fairness of criminal proceedings and challenging the rule of law. However, s. 161(1)(d) is directed at grave, emerging harms precipitated by a rapidly evolving social and technological context. This evolving context has changed both the degree and nature of the risk of sexual violence facing young persons. As a result, the previous iteration of s. 161 became insufficient to respond to the modern risks children face. By closing this legislative gap and mitigating these new risks, the benefits of the retrospective operation of s. 161(1)(d) are significant and fairly concrete. The previous prohibition was insufficient to address the evolving risks. On balance, Parliament was justified in giving s. 161(1)(d) retrospective effect in the unique context within which it was legislating. The harms at stake are particularly powerful. The statutory regime is highly tailored and discretionary. An Internet prohibition, while invasive, is not among the most onerous punishments, such as increased incarceration. The benefits of the law outweigh its deleterious effects.

In summary, the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) qualify as punishment based on both the objective and impact of the prohibitions. The retrospective imposition of these prohibitions therefore limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter*. While the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is not a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) is a reasonable limit.

Per Abella J. (dissenting in part): The *Charter* breach of s. 161(1)(d) cannot be justified. The wording of s. 11(i) is unequivocal. The absolutist language used by the drafters of the *Charter* in s. 11 must colour the s. 1 analysis by demanding the most stringent of justifications.

The Crown has the highest possible evidentiary burden, namely, to demonstrate through compelling evidence

Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d sont eux aussi importants. L'interdiction totale d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique constitue un plus grand empiétement que l'interdiction antérieure d'utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec de jeunes personnes. Comme pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c, l'infliction d'une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l'équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. Toutefois, l'al. 161(1)d s'attaque aux nouveaux préjudices graves dont l'infliction est précipitée par l'évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le degré que la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l'art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu'elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d comporte des effets bénéfiques importants assez concrets. L'interdiction antérieure n'était plus adaptée à l'évolution du risque. Tout bien considéré, le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l'al. 161(1)d un effet rétrospectif. Les préjudices en jeu sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L'interdiction d'utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue. Les effets bénéfiques de la règle de droit l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Bref, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L'application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l'al. 11i) de la *Charte*. L'application rétrospective de l'al. 161(1)c), qui permet d'interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l'al. 11i), mais celle de l'al. 161(1)d), qui permet d'interdire l'utilisation d'Internet, constitue une restriction raisonnable.

La juge Abella (dissidente en partie) : L'atteinte de l'al. 161(1)d) à la *Charte* ne saurait se justifier. Le libellé de l'al. 11i) est sans équivoque. La formulation absolue employée à l'art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influer sur l'analyse que commande l'article premier par l'exigence de la justification la plus stricte.

Le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu'il doit convaincre le tribunal

that the previous provisions so significantly undermined the government's objectives, that the retrospective application of the greater punishment was justified. The Crown's evidentiary record here was insufficient to justify the retrospective application of the impugned provisions. Far from offering compelling evidence, the Crown offered no evidence in the context of s. 161(1)(d), to show that the former provisions so significantly undermined its objectives, that the retroactive application of greater restrictions was justified. If all that is needed to justify a breach of s. 11(i) is the suggestion of a possible reduction in recidivism rates, whether based on changes in technology or otherwise, the state could, in theory, justify the retrospective application of more stringent punishments so routinely that s. 11(i) is written out of the *Charter*. In this case, there was no evidence about how the retrospective application of s. 161(1)(d) was expected to, or would, reduce recidivism rates any more than those under the former restrictions. As a result, while there is agreement with the majority that both s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* violate s. 11(i) of the *Charter* and that s. 161(1)(c) cannot be justified under s. 1, neither can s. 161(1)(d) be justified.

Per Brown J. (dissenting in part): There is agreement with the majority that the conditions which a sentencing judge may impose under s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* constitute punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter* and that their retrospective application infringes s. 11(i). There is also agreement that the Crown has met its burden of justifying the infringement of s. 11(i) in respect of the conditions relating to Internet use contained in s. 161(1)(d). However, the Crown has also done so in respect of the conditions imposable under s. 161(1)(c) relating to contact with children. The retrospective application of both conditions should therefore be upheld under s. 1 of the *Charter*.

The harm addressed by s. 11(i) is not the punishment itself, but rather the means by which it is imposed. This means-based quality of the s. 11(i) protection affects the analysis to be applied under s. 1, since the *Oakes* analysis considers the proportionality between a legislative objective and the *Charter*-infringing effects resulting from its pursuit, not the choice of means that, by itself, constitutes a *Charter* infringement. The *Oakes* test is not, and should not be treated as, a technical inquiry. The majority's rigid and acontextual application of *Oakes* causes it to lose sight of the broader context and overall goals

que l'application des dispositions antérieures aurait si considérablement compromis les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'une peine plus sévère était justifiée. Le dossier de preuve du ministère public en l'espèce est insuffisant pour justifier l'application rétrospective des dispositions contestées. Loin d'offrir une preuve de nature à convaincre, le ministère public n'a produit à l'appui de l'al. 161(1)(d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l'al. 11*i*, il suffit d'invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l'évolution technologique ou toute autre considération, l'État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l'application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l'al. 11*i* de la *Charte*. En l'espèce, nul élément de la preuve n'indique comment l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettraient les anciennes interdictions. Par conséquent, il y accord avec les juges majoritaires que les al. 161(1)(c) et (d) du *Code criminel* contreviennent tous deux à l'al. 11*i* de la *Charte* et que l'al. 161(1)(c) ne peut être justifié au regard de l'article premier. L'alinéa 161(1)(d) ne peut cependant pas être justifié non plus.

Le juge Brown (dissident en partie) : Comme le concluent les juges majoritaires, chacune des interdictions que le juge qui détermine la peine peut prononcer en vertu des al. 161(1)(c) et (d) du *Code criminel* constitue une peine au sens de l'al. 11*i* de la *Charte* et l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l'al. 11*i*. Le ministère public s'est certes acquitté de son obligation de justifier l'atteinte au droit garanti par l'al. 11*i* en ce qui concerne l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)(d). Toutefois, il s'en est également acquitté quant à l'interdiction prévue à l'al. 161(1)(c), à savoir celle d'avoir des contacts avec des enfants. L'application rétrospective des deux interdictions devrait donc être jugée conforme à l'article premier de la *Charte*.

Le préjudice que vise à contrer l'al. 11*i* n'est donc pas la peine comme telle, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. Cette caractéristique de la protection de l'al. 11*i* fondée sur le moyen entre en jeu dans l'analyse que commande l'article premier, étant donné que, dans l'arrêt *Oakes*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l'objectif législatif et des effets attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l'atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L'application du critère de l'arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas

sought by Parliament. It holds Parliament to an exacting standard of proof, thereby denying Parliament the room necessary to perform its legislative policy-development role when addressing a chronic social problem. And it also insists on direct evidence of anticipated benefits which, given that chronic nature of the harm, is likely impossible to obtain.

A broad examination of Parliament's purpose is necessary in order to anchor a useful proportionality analysis because of the unique means-based quality of s. 11(i)'s protection. The measure that gave rise to the *Charter* infringement, and which should anchor the proportionality analysis, comprises the amendments to s. 161 as a whole. And, as to that measure, the majority's characterization of the objective should be accepted: the objective is to enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by sexual offenders. The retrospective application of these amendments is rationally connected to that protective purpose, since the risk an offender poses to reoffend sexually against children is not affected by whether the offence occurred before or after the measure's enactment. And, given Parliament's objective of enhancing the protections that s. 161 affords to children, there are no less-impairing alternate measure that would allow for s. 161(1)'s protections to be realized in respect of an offender who committed his or her offence before the amendments came into force and who poses a risk to reoffend.

The final stage of the proportionality analysis is tied to the practical impacts and benefits of the law, but what is ultimately being weighed is much more abstract and philosophical: the detriment to *Charter*-protected rights against the public benefit sought. Insisting upon too strict an evidentiary burden must be carefully avoided. However, the majority does precisely that by demanding empiricism where none can exist. Given the complex social context in which Parliament develops policy, it will sometimes be difficult, if not impossible, for the state to provide reliable and direct evidence of the benefits its measure will achieve.

The majority errs by overstating the deleterious effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation while understating its salutary effects. Section 161(1)(c) prohibits

être tenue pour telle. En appliquant l'arrêt *Oakes* avec rigidité et sans tenir compte du contexte, les juges majoritaires perdent de vue le tableau général et l'objectif global du législateur. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s'acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu'il s'agit de s'attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l'intention du législateur en raison de la caractéristique propre à l'al. 11*i*), soit la protection fondée sur le moyen. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l'examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l'art. 161. La caractérisation par les juges majoritaires de l'objectif de cette mesure, à savoir accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, doit être retenue. L'application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n'a rien à voir avec le fait que l'acte criminel a été commis avant ou après l'adoption de la mesure. Et vu l'objectif du législateur d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par le par. 161(1) dans le cas du contrevenant qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

La dernière étape de l'examen de la proportionnalité se rattache à l'incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l'objet de la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l'effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l'effet bénéfique recherché pour la société. Il faut bien se garder d'imposer un fardeau de preuve trop strict. Or, c'est précisément ce que font les juges majoritaires en exigeant une preuve empirique alors qu'il n'en existe aucune. Compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l'État d'avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d'une mesure.

Les juges majoritaires font erreur en exagérant les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) tout en sous-estimant ses effets bénéfiques.

only unsupervised contact with children, and is subject to any other exemptions that the sentencing judge sees fit to impose. The majority's interpretation of the restriction on liberty worked by s. 161(1)(c) is over-expansive and is at odds with the well-established principle that the criminal law's prohibitions on conduct should be construed strictly. Further, the majority's insistence on a compelling temporal justification for the retrospective operation of s. 161(1)(c) when assessing the deleterious impact of its retrospective operation on the rule of law is inappropriate. The majority is, in substance questioning whether Parliament's objective in enacting a retrospective increase in punishment was truly pressing and substantial. Temporal considerations are not relevant when assessing the deleterious effect of a retrospective punishment on the rule of law because all retrospective changes to the law derogate from the rule of law, irrespective of Parliament's reasons for enacting them.

As to the salutary effects, the risk posed to children by offenders like the accused simply cannot be mitigated by the original version of s. 161(1). The evidence before Parliament showed that a majority of sexual offences against children were committed by family members or acquaintances. The previous version of s. 161(1) could not be used to restrict an offender's ability to interact with children in private, even if that is where the offender poses the greatest risk to reoffend sexually against children. The salutary effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation seem manifest.

All the reasons identified by the majority in support of the conclusion that the limit imposed on the s. 11(i) right by the retrospective application of s. 161(1)(d) is justified are equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c). The condition in s. 161(1)(c) is also highly tailored and discretionary, since it is imposed only where the sentencing judge deems it necessary, and also since it is subject to such exemptions as the sentencing judge sees fit to allow. If the retrospective operation of s. 161(1)(d) is a proportional and justified limit on an offender's s. 11(i) right, the retrospective operation of s. 161(1)(c) must be as well.

Cette disposition n'interdit que les contacts non supervisés avec des enfants, et l'ordonnance rendue sur son fondement peut être assortie de toute exemption que le juge chargé de déterminer la peine estime indiquée. L'interprétation par les juges majoritaires de la restriction du droit à la liberté opérée par l'al. 161(1)(c) est indûment libérale et va directement à l'encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l'interdiction d'une conduite doive être interprétée restrictivement. En outre, l'accent mis par les juges majoritaires sur l'existence d'une justification d'ordre temporel convaincante de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) dans leur appréciation de l'effet préjudiciable de l'application rétrospective n'est pas opportun. Ils remettent essentiellement en cause l'objectif poursuivi par le législateur par l'augmentation rétrospective de la peine lorsqu'ils se demandent s'il était véritablement urgent et réel. Les considérations d'ordre temporel ne sont pas pertinentes pour apprécier l'effet préjudiciable d'une peine d'application rétrospective sur la primauté du droit, car toute modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur.

En ce qui a trait aux effets bénéfiques, le risque que fait courir aux enfants un contrevenant comme l'accusé ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). Selon la preuve dont disposait le législateur, la plupart des infractions sexuelles perpétrées contre des enfants le sont par des membres de la famille ou par des connaissances. La version antérieure du par. 161(1) ne pouvait empêcher le délinquant d'interagir avec des enfants dans un lieu privé, alors que c'est précisément le contexte dans lequel le délinquant présente le risque le plus grand de récidive sexuelle contre des enfants. Les effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) paraissent manifestes.

Les raisons invoquées par les juges majoritaires à l'appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit garanti par l'al. 11*i*), du fait de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d), valent également toutes pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c). L'interdiction que prévoit l'al. 161(1)(c) est elle aussi très bien circonscrite et relève du pouvoir discrétionnaire puisqu'elle n'est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu'elle est nécessaire et, en outre, qu'elle fait l'objet de toute exemption que le juge indique. Si l'application rétrospective de l'al. 161(1)(d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l'al. 11*i*) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c).

Balancing the salutary and deleterious effects of a *Charter*-infringing law is not an objective calculation because it requires the court to weigh incommensurables — in this case, to weigh the deleterious impact on the sexual offender and the rule of law against the possible benefit of protecting children from sexual offenders. However, despite the impossibility of weighing incommensurables objectively, a reviewing court must nevertheless come to a reasoned conclusion. The salutary effects pursued in this case are worth the cost in rights limitation: the harms sought to be addressed are grave, persistent, and worthy of Parliament's efforts in the criminal law realm. The provisions are sufficiently tailored so that no offender's s. 11(i) rights will be unduly limited. Neither of the impugned provisions works a drastic increase in the punishment imposed. On balance, the potential salutary effect of the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) of better protecting children from all sexual offenders who pose a risk to reoffend sexually against them, regardless of when the offender committed a designated offence, outweighs the modest impact on fairness and the rule of law.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Discussed: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; **referred to:** *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *R. v. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, aff'd [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. v. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. v. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2,

La mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques d'une règle de droit attentatoire ne constitue pas un calcul utilitaire objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l'occurrence l'effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l'effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels. Cependant, malgré l'impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Les effets bénéfiques escomptés en l'espèce justifient la restriction des droits : les préjudices que l'on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l'al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ni l'al. 161(1)c) ni l'al. 161(1)d) n'emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l'effet bénéfique potentiel de l'application rétrospective des alinéas en cause qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis une infraction énumérée, prime l'effet modéré qui en résulte sur l'équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt analysé : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, conf. par [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R.*

[2001] 1 S.C.R. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By Abella J. (dissenting in part)

Canada (Attorney General) v. Whaling, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

By Brown J. (dissenting in part)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act, S.C. 1993, c. 45, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 161, 258(1)(d.1), 718 et seq., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 16(1).

Authors Cited

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. "Integrating the Internet" (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

c. Sharpe, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

Canada (Procureur général) c. Whaling, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161, 258(1)d.1), 718 et suiv., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1993, c. 45, art. 1.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 16(1).

Doctrine et autres documents cités

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

- Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. "Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children" (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.
- Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Barak, Aharon. "Proportionality and Principled Balancing" (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.
- Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, p. 6787.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, p. 8967.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, pp. 5-6.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, pp. 5-6.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, p. 7.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, p. 4.
- Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. "Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis", by R. Karl Hanson and Kelly Morton-Bourgon, February 2004 (online: www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-redvsm-pdtd/index-en.aspx).
- Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. "Sex Offender Recidivism: A Simple Question", by Andrew J. R. Harris and R. Karl Hanson, March 2004 (online: www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/sx-ffndr-redvsm/index-en.aspx).
- Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969.
- Gardner, John. "Introduction", in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, xiii.
- Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.
- Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Barak, Aharon. « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.
- Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Cameron, Jamie. « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the Charter » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 44, 3^e sess., 40^e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 46, 3^e sess., 40^e lég., 7 février 2011, p. 5-6.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 49, 3^e sess., 40^e lég., 16 février 2011, p. 7.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 50, 3^e sess., 40^e lég., 28 février 2011, p. 4.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 110, 3^e sess., 40^e lég., 3 décembre 2010, p. 6787.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 144, 3^e sess., 40^e lég., 11 mars 2011, p. 8967.
- Canada. Sécurité publique et Protection civile. « La récidive sexuelle : d'une simplicité trompeuse », par Andrew J. R. Harris et R. Karl Hanson, mars 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/sx-ffndr-redvsm/index-fr.aspx).
- Canada. Sécurité publique et Protection civile. « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. Karl Hanson et Kelly Morton-Bourgon, février 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-redvsm-pdtd/index-fr.aspx).
- Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
- Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven (Conn.), Yale University Press, 1969.
- Gardner, John. « Introduction », in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, xiii.

Grimm, Dieter. “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence” (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Lyons, David. *Ethics and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

Pound, Roscoe. “Mechanical Jurisprudence” (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.

Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Schauer, Frederick. “Proportionality and the Question of Weight”, in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2014, 173.

Stewart, Hamish. “Punitive in Effect: Reflections on *Canada v. Whaling*” (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Zion, Mark. “Effecting Balance: *Oakes* Analysis Re-staged” (2012-2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 431.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Groberman JJ.A.), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), setting aside in part a sentencing decision. Appeal allowed in part, Abella and Brown JJ. dissenting in part.

Eric Purtzki and Garth Barriere, for the appellant.

Lesley A. Ruzicka, for the respondent.

Richard Kramer and Marc Ribeiro, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Stacey D. Young and Jennifer A. Crawford, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Grimm, Dieter. « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Lyons, David. *Ethics and the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984.

Pound, Roscoe. « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.

Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Schauer, Frederick. « Proportionality and the Question of Weight », in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning*, New York, Cambridge University Press, 2014, 173.

Stewart, Hamish. « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Zion, Mark. « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Re-staged » (2012-2013), 43 *R.D. Ottawa* 431.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Kirkpatrick et Groberman), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision relative à la détermination de la peine. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella et Brown sont dissidents en partie.

Eric Purtzki et Garth Barriere, pour l’appelant.

Lesley A. Ruzicka, pour l’intimée.

Richard Kramer et Marc Ribeiro, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Stacey D. Young et Jennifer A. Crawford, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Nicholas St-Jacques and Lida Sara Nouraie, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

John Norris and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Matthew R. Gourlay, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Emily MacKinnon and Michael A. Feder, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

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

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] People's conduct and the legal consequences that flow from it should be judged on the basis of the law in force at the time. This is a basic tenet of our legal system.

[2] In recognition of this principle, s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that, if the punishment for an offence is varied after a person commits the offence, but before sentencing, the person is entitled to "the benefit of the lesser punishment". Like the other legal rights enshrined in s. 11 of the *Charter*, s. 11(i) is fundamentally important to our justice system because it protects the fairness of criminal proceedings and safeguards the rule of law.

[3] When offenders are convicted of certain sexual offences against a person under the age of 16 years, s. 161(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, gives sentencing judges the discretion to prohibit them from engaging in a variety of everyday conduct upon their release into the community, subject to any conditions or exemptions the judge considers appropriate. In 2012, Parliament expanded

Nicholas St-Jacques et Lida Sara Nouraie, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

John Norris et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Matthew R. Gourlay, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Emily MacKinnon et Michael A. Feder, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

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

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Un tribunal devrait se prononcer sur la conduite d'une personne et sur les conséquences juridiques qui en découlent en fonction du droit qui s'appliquait au moment de la conduite reprochée. C'est là un précepte fondamental de notre système juridique.

[2] Conformément à ce principe, l'al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle-ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Comme les autres droits consacrés par l'art. 11 de la *Charte*, celui conféré à l'al. 11*i*) revêt une importance fondamentale pour notre système de justice, car il assure l'équité des procédures criminelles et garantit la primauté du droit.

[3] Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant de lui interdire de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité,

the scope of s. 161(1), empowering sentencing judges to prohibit sexual offenders from having any contact with a person under 16 years of age (s. 161(1)(c)) or from using the Internet or other digital network (s. 161(1)(d)).

[4] In doing so, Parliament intended to give sentencing judges the discretion to impose the expanded prohibition measures on all offenders, even those who offended *before* the amendments came into force. In other words, Parliament intended the 2012 amendments to operate retrospectively.

[5] The issue in this appeal is whether the *retrospective* operation of the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* is constitutional. This issue engages two subsidiary questions. First, do the prohibition measures contained in s. 161(1)(c) and (d) constitute “punishment” such that their retrospective operation limits s. 11(i) of the *Charter*? Second, if so, is the limit a reasonable one as can be demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*? The application of these expanded prohibition measures to offenders who committed their offences *after* the amendments came into force is not at issue.

[6] I conclude that the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) qualify as punishment based on both the objective and impact of the prohibitions. The retrospective imposition of these prohibitions therefore limits s. 11(i) of the *Charter*.

[7] Turning to s. 1 of the *Charter*, I reach opposite conclusions with respect to s. 161(1)(c) and (d): while the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is *not* a reasonable limit on the s. 11(i) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) *is* a reasonable limit. My conclusion with respect to s. 161(1)(d) is chiefly due to the fact that Parliament enacted

sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d’interdire au délinquant sexuel d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)).

[4] Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d’un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l’infraction *avant* l’entrée en vigueur des modifications. Autrement dit, l’intention du législateur était que les modifications de 2012 s’appliquent de manière rétrospective.

[5] Nous devons décider si l’application *rétrospective* des dispositions issues des modifications de 2012 (les nouveaux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*) est constitutionnelle. Deux questions subsidiaires se posent alors. Premièrement, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) constituent-elles une « peine », de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l’al. 11i) de la *Charte*? Deuxièmement, dans l’affirmative, s’agit-il d’une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer au regard de l’article premier de la *Charte*? L’application des nouvelles interdictions au contrevenant dont les actes criminels sont *ultérieurs* à l’entrée en vigueur des modifications n’est pas en cause.

[6] Je conclus que les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L’application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l’al. 11i) de la *Charte*.

[7] En ce qui concerne l’article premier de la *Charte*, je tire des conclusions opposées à l’égard des al. 161(1)c) et d). L’application rétrospective de l’al. 161(1)c), qui permet d’interdire tout contact, *ne* constitue *pas* une restriction raisonnable du droit garanti par l’al. 11i), mais celle de l’al. 161(1)d), qui permet d’interdire l’utilisation d’Internet, *constitue* une restriction raisonnable. Ma conclusion relative à

the provision within a rapidly evolving social and technological context, which changed both the degree and nature of the risk of sexual violence facing young persons. Accordingly, I would allow the appeal in part.

II. Facts and Legislative History

[8] On March 6, 2013, the appellant pleaded guilty to incest and the creation of child pornography. The offences were committed between 2008 and 2011, and involved the appellant’s preschool-aged daughter.

[9] When the appellant committed the offences, s. 161(1) of the *Criminal Code* read as follows:

161. (1) When an offender is convicted, or is discharged on the conditions prescribed in a probation order under section 730, of an offence referred to in subsection (1.1) in respect of a person who is under the age of 16 years, the court that sentences the offender or directs that the accused be discharged, as the case may be, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(a) attending a public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can reasonably be expected to be present, or a day-care centre, schoolground, playground or community centre;

(b) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of 16 years; or

(c) using a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years.

[10] After the appellant committed the offences, but before he was sentenced, s. 161(1) was amended

l’al. 161(1)d) s’appuie principalement sur le fait que le législateur a adopté la disposition dans un contexte sociotechnologique en constante évolution, un contexte qui a modifié à la fois le degré et la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie.

II. Faits et historique législatif

[8] Le 6 mars 2013, l’appelant a plaidé coupable à des accusations d’inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions ont été commises entre 2008 et 2011, et la victime est la fillette de l’appelant.

[9] Lors de la perpétration des infractions, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable, ou absous en vertu de l’article 730 aux conditions prévues dans une ordonnance de probation, d’une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l’égard d’une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine ou ordonne son absolution, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l’ordonnance d’absolution applicables en l’espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique, peut interdire au contrevenant :

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l’on peut se baigner s’il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il y en ait, une garderie, un terrain d’école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d’accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d’autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans;

c) d’utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

[10] Après que l’appelant eut commis les infractions, mais avant la détermination de sa peine,

by the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 16(1), which came into force on August 9, 2012. Section 161(1)(a) and (b) remained unchanged. But the Act modified s. 161(1)(c) to include prohibiting all contact with young persons, no matter the means, and introduced a new Internet prohibition through s. 161(1)(d). These amendments had the effect of expanding the scope of the community supervision measures a sentencing judge can impose on sexual offenders. Section 161(1)(c) and (d) now provide that a sentencing judge can prohibit an offender from:

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

[11] After the 2012 amendments came into force, the appellant was sentenced to nine years' imprisonment. By virtue of the appellant's convictions and the age of the victim, the sentencing judge was required to consider whether to impose a prohibition order under s. 161(1). The question arose as to whether the 2012 amendments could operate retrospectively such that they could be imposed on the appellant.

III. Decisions Below

A. *British Columbia Provincial Court — Klinger Prov. Ct. J.*

[12] The sentencing judge found that an order under s. 161 would be appropriate because “there is a serious risk to the safety of children under the age of 16 after [the appellant] is released”. However, on the basis of the test for punishment set out by this Court in *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 63, he concluded that an order under the new s. 161(1)(c) and (d) constitutes punishment within the meaning of s. 11(i) of the *Charter*, such that the provisions cannot be applied

le par. 161(1) a été modifié par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, par. 16(1), entrée en vigueur le 9 août 2012. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés. Par contre, l'al. 161(1)c) interdisait désormais tout contact avec de jeunes personnes, peu importe le moyen, et un nouvel alinéa — 161(1)d) — interdisait l'utilisation d'Internet. Ces modifications ont eu pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine pouvait soumettre un délinquant sexuel. Les alinéas 161(1)c) et d) prévoient aujourd'hui que ce juge peut interdire au contrevenant :

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence;

d) d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

[11] Après l'entrée en vigueur des modifications de 2012, l'appelant a été condamné à neuf ans d'emprisonnement. Étant donné les déclarations de culpabilité et l'âge de la victime, le juge était tenu de se demander s'il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s'est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s'appliquer rétrospectivement de sorte que l'appelant y soit assujéti.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique (le juge Klinger)*

[12] Le juge qui détermine la peine conclut qu'une ordonnance fondée sur l'art. 161 est indiquée, car [TRADUCTION] « la sécurité des enfants âgés de moins de seize ans sera exposée à un risque sérieux une fois [l'appelant] libéré ». Compte tenu du critère établi par la Cour en la matière dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 63, il estime toutefois qu'une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l'al. 11i) de la *Charte*, de sorte que les

retrospectively. Since no formal constitutional challenge was brought and the sentencing judge merely used s. 11(i) as a tool of statutory interpretation, no consideration was given to s. 1 of the *Charter*.

[13] In the result, the sentencing judge imposed a prohibition order under s. 161 for a period of seven years, but limited the prohibited activities to those described in the version of s. 161(1) that existed when the appellant committed the offences.

B. *British Columbia Court of Appeal — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540*

[14] On the Crown appeal, the appellant filed a formal constitutional challenge to the retrospective operation of the 2012 amendments. The Court of Appeal split over whether a violation of s. 11(i) had been established. Writing for the majority, Newbury J.A. concluded that the 2012 amendments were enacted to protect the public, rather than to punish offenders; therefore, they do not qualify as punishment within the meaning of s. 11(i). Newbury J.A. allowed the appeal and imposed the conditions in s. 161(1)(c) and (d) retrospectively on the appellant for a period of seven years.

[15] Groberman J.A., dissenting in part, concluded that the retrospective application of the 2012 amendments infringes s. 11(i). Applying *Rodgers*, Groberman J.A. concluded that s. 161 orders are consequences of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and thus qualify as “punishment”.

[16] Because the majority found that s. 11(i) was not engaged, the parties and the Court of Appeal did not address s. 1 of the *Charter*.

dispositions ne peuvent s’appliquer rétrospectivement. Vu l’absence de contestation constitutionnelle formelle et le fait qu’il ne recourt à l’al. 11*i*) qu’aux fins d’interprétation législative, le juge omet de considérer l’application de l’article premier de la *Charte*.

[13] Le juge interdit donc sur le fondement de l’art. 161, pour une période de sept ans, les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l’appelant a commis les infractions.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540*

[14] Dans le cadre de l’appel du ministère public, l’appelant a contesté formellement la constitutionnalité de l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. La Cour d’appel est partagée quant à savoir si l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) est établie ou non. Au nom des juges majoritaires, la juge Newbury conclut que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visent à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu’elles ne peuvent être considérées comme une peine au sens de l’al. 11*i*). Elle accueille l’appel et soumet l’appelant aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), rétrospectivement, pour une période de sept ans.

[15] Dissident en partie, le juge Groberman opine que l’application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012 contrevient à l’al. 11*i*). Il s’appuie sur l’arrêt *Rodgers* pour conclure que les ordonnances fondées sur l’art. 161 sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, que les interdictions qu’elles prévoient sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et qu’il s’agit donc d’une « peine ».

[16] Vu la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le droit garanti par l’al. 11*i*) n’est pas en jeu, ni les parties ni la Cour d’appel ne se sont exprimées sur l’application de l’article premier de la *Charte*.

IV. Issues

[17] This case raises two constitutional questions:

- (1) Does the retrospective operation of s. 161(c) and (d) of the *Criminal Code* limit s. 11(i) of the *Charter*?
- (2) If so, is the limitation a reasonable one prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

V. Analysis

[18] As a preliminary matter, I observe that although there is a presumption against the retrospective application of legislation that affects substantive rights (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 10), the parties do not dispute the Court of Appeal's finding that the presumption has been rebutted in this case because Parliament intended the 2012 amendments to operate retrospectively. I agree.

[19] This appeal thus turns on whether such retrospective application complies with constitutional standards.

A. *Do the 2012 Amendments Constitute Punishment Such That Their Retrospective Operation Limits Section 11(i) of the Charter?*

- (1) The Purpose of Section 11(i) of the Charter and the Interests It Protects

[20] Section 11 of the *Charter* protects the legal rights of accused persons when they are charged with an offence. Section 11 encompasses "crucial fundamental rights" (*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, per Wilson J., at p. 558), including the right to be tried within a reasonable time (s. 11(b)); the right to be presumed innocent (s. 11(d)); and the right against double jeopardy or punishment (s. 11(h)).

IV. Questions en litige

[17] Le dossier soulève deux questions constitutionnelles :

- (1) L'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* restreint-elle le droit garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*?
- (2) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une restriction apportée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte*?

V. Analyse

[18] Je remarque au préalable que, bien qu'il existe une présomption à l'encontre de l'application rétrospective d'une disposition législative qui porte atteinte à un droit substantiel (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10), les parties ne contestent pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la présomption est réfutée en l'espèce, le législateur ayant voulu que les dispositions issues des modifications de 2012 s'appliquent de manière rétrospective. Je suis d'accord.

[19] L'issue du pourvoi tient donc à ce que cette application rétrospective est conforme ou non aux normes constitutionnelles.

A. *Les dispositions issues des modifications de 2012 infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'al. 11*i*) de la Charte?*

- (1) L'objet de l'al. 11*i*) de la Charte et les droits que celui-ci garantit

[20] L'article 11 de la *Charte* protège les droits de la personne inculpée, des « droits fondamentaux très importants » (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la juge Wilson, p. 558), dont celui d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), celui d'être présumé innocent (al. 11*d*)) et celui à la protection contre le double péril ou la double peine (al. 11*h*)).

[21] Section 11(i) is another such right:

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

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

[22] Along with s. 11(g) — which protects an accused’s right “not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence” — s. 11(i) constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively.

[23] This constitutional aversion to retrospective criminal laws is in part motivated by the desire to safeguard the rule of law. As Lord Diplock put it, “acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it” (*Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 638). One author expressed the rule of law implications of retrospective laws in these terms:

According to the ideal of the rule of law, the law must be such that those subject to it can reliably be guided by it, either to avoid violating it or to build the legal consequences of having violated it into their thinking about what future actions may be open to them. People must be able to find out what the law is and to factor it into their practical deliberations. The law must avoid taking people by surprise, ambushing them, putting them into conflict with its requirements in such a way as to defeat their expectations and frustrate their plans.

(J. Gardner, “Introduction”, in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2nd ed. 2008), xiii, at p. xxxvi)

[21] L’alinéa 11*i*) protège un autre de ces droits très importants :

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

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

[22] De pair avec l’al. 11g) — qui protège le droit de l’accusé « de ne pas être déclaré coupable en raison d’une action ou d’une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction » —, l’al. 11*i*) constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s’appliquer rétroactivement.

[23] Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d’application rétrospective tient en partie à la volonté de garantir la primauté du droit. Comme le dit lord Diplock, [TRADUCTION] « l’acceptation de la primauté du droit en tant que principe constitutionnel exige qu’un citoyen, avant d’adopter une ligne de conduite, puisse connaître à l’avance les conséquences qui en découleront sur le plan juridique » (*Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638). Un auteur formule comme suit les répercussions d’une disposition d’application rétrospective sur la primauté du droit :

[TRADUCTION] L’idéal de la primauté du droit veut que la loi permette à celui qui y est assujéti de s’y fier afin de pouvoir éviter d’y contrevenir ou de pouvoir se représenter les conséquences juridiques d’une contravention au moment d’envisager quelque action. Les gens doivent pouvoir connaître la teneur de la loi et en tenir effectivement compte dans leur réflexion. La loi doit éviter de prendre les gens au dépourvu, de leur tendre un piège, de les mettre en opposition avec ses exigences de manière à tromper leurs attentes et à contrecarrer leurs plans.

(J. Gardner, « Introduction », dans H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2^e éd. 2008), xiii, p. xxxvi)

[24] Retrospective laws threaten the rule of law in another way, by undercutting the integrity of laws currently in effect, “since it puts them under the threat of retrospective change” (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at p. 39).

[25] Relatedly, retrospective laws implicate fairness. “It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 754). For example, an accused who declines to consider a plea and is prepared to take the risk of going to trial should not be subsequently ambushed by an increase in the minimum or maximum penalty for the offence. A retrospective law such as this could not only cause unfairness in specific cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system. Instead, fairness in criminal punishment requires rules that are clear and certain. As McLachlin J. wrote in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170:

It is a fundamental proposition of the criminal law that the law be certain and definitive. This is essential, given the fact that what is at stake is the potential deprivation of a person of his or her liberty and his or her subjection to the sanction and opprobrium of criminal conviction. This principle has been enshrined in the common law for centuries, encapsulated in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — there must be no crime or punishment except in accordance with law which is fixed and certain. [p. 203]

[26] Clearly, the concerns with retrospective laws are particularly potent in proceedings that are criminal, *quasi*-criminal, or in which a “true penal consequence” is at stake — the context to which s. 11 applies (*Wigglesworth*, at p. 559).

[27] In sum, s. 11(i) is rooted in values fundamental to our legal system, including respect for the rule

[24] La disposition d’application rétrospective compromet aussi la primauté du droit en compromettant l’intégrité des dispositions actuellement en vigueur [TRADUCTION] « parce qu’elle expose ces dernières au risque d’une modification rétrospective » (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 39).

[25] Dans le même ordre d’idées, la disposition d’application rétrospective met en cause l’équité. [TRADUCTION] « Il est injuste de fixer des règles, d’inviter les gens à s’y fier puis de les modifier en cours de route, surtout lorsqu’il en résulte des conséquences négatives » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 754). Par exemple, l’accusé qui refuse d’inscrire un plaidoyer de culpabilité et qui est disposé à courir le risque de subir un procès ne devrait pas ensuite se trouver pris au piège par l’accroissement de la peine minimale ou maximale dont est passible l’auteur de l’infraction. Un tel effet rétrospectif pourrait non seulement causer une injustice dans certains cas, mais aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle. L’équité de la sanction pénale commande plutôt que les règles soient claires et certaines. Comme l’écrit la juge McLachlin dans *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170 :

C’est un concept fondamental du droit pénal que les règles de droit doivent être précises et définitives. C’est là un concept essentiel puisqu’une personne risque d’être privée de sa liberté et de subir la sanction et l’opprobre que jette une déclaration de culpabilité criminelle. Ce principe est inscrit dans la common law depuis des siècles, et formulé dans la maxime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il ne saurait exister de crimes ou de sanctions sauf en conformité avec des règles de droit bien établies et précises. [p. 203]

[26] Manifestement, les inquiétudes que suscite une disposition d’application rétrospective sont particulièrement grandes en matière de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou lorsqu’une « véritable conséquence pénale » est en jeu, ce qui correspond au contexte dans lequel s’applique l’art. 11 (*Wigglesworth*, p. 559).

[27] Bref, l’al. 11*i*) prend appui sur des valeurs fondamentales de notre système juridique, y compris

of law and ensuring fairness in criminal proceedings.

(2) The Framework for Defining Punishment in Section 11(i) of the Charter

[28] In *Rodgers*, this Court developed a two-part test for determining whether a consequence amounts to “punishment” under s. 11(i): (1) the measure must be a consequence of a conviction that “forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence”; and (2) it must be “imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing” (para. 63).

[29] In the course of articulating this test, Charron J. observed that a “liberal and purposive approach” must be taken to defining punishment (para. 61), but also cautioned that “punishment” does not “encompas[s] every potential consequence of being convicted of a criminal offence” (para. 63). For example, if a consequence advances a legitimate non-punitive state interest, such as solving future crimes, it will likely not constitute punishment, even if it indirectly furthers a sentencing objective like deterrence (*Rodgers*, at para. 64). Applying this test, Charron J. concluded that post-conviction DNA databank orders do not constitute punishment because they are imposed to assist in the *investigation* of future crimes, not in furtherance of the purpose and principles of sentencing. The fact that a DNA profile may deter offenders is merely a “residual benefit” (para. 64, quoting *R. v. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), at para. 102).

[30] While the first branch of the s. 11(i) test for punishment (consequence of conviction) has proven to be relatively straightforward, the second branch (imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing) has given rise to two key ambiguities. First, do laws that are primarily aimed at protecting the public necessarily fail to satisfy the second branch of the *Rodgers* test? Second, what

le respect de la primauté du droit et la garantie de l’équité des procédures criminelles.

(2) Le cadre dans lequel définir la peine au sens de l’al. 11i) de la Charte

[28] Dans *Rodgers*, la Cour dégage un critère à deux volets pour décider si une conséquence équivaut ou non à une « peine » au sens de l’al. 11i) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des « sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée » et (2) elle doit être « conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine » (par. 63).

[29] Tout en formulant ce critère, la juge Charron fait remarquer que « l’interprétation libérale et téléologique » s’impose pour définir la peine (par. 61), mais elle fait aussi une mise en garde : « . . . la “peine” [n’englobe pas] toute conséquence pouvant découler du fait d’être déclaré coupable d’une infraction criminelle » (par. 63). Par exemple, lorsqu’une conséquence sert un intérêt non punitif et légitime de l’État, comme la résolution de crimes ultérieurs, elle ne constitue vraisemblablement pas une peine même si, indirectement, elle est conforme à un objectif de la détermination de la peine, telle la dissuasion (*Rodgers*, par. 64). Au vu de ce critère, la juge Charron conclut que l’autorisation de prélever un échantillon d’ADN qui fait suite à la déclaration de culpabilité ne constitue pas une peine, car elle intervient pour faciliter la tenue d’enquêtes sur de futurs crimes, non pour se conformer à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. La possibilité que l’existence d’un profil d’identification génétique décourage la récidive ne représente qu’un [TRADUCTION] « avantage secondaire » (par. 64, citant *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), par. 102).

[30] Bien que l’application du premier volet du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11i) (être la conséquence d’une déclaration de culpabilité) se révèle relativement simple, celle de son deuxième volet (la conformité à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine) soulève deux ambiguïtés fondamentales. Premièrement, la disposition qui vise

role does the impact a sanction can have on an offender play in the analysis? I address each question in turn.

- (a) *Do Laws Primarily Aimed at Public Protection Necessarily Fail to Satisfy the Second Branch of the Rodgers Test?*

[31] In this case, the Court of Appeal interpreted *Rodgers* as indicating that sanctions principally aimed at public protection necessarily fall outside the ambit of punishment. The Crown echoes this position before this Court. As I will explain, this position overreaches: while not all measures imposed to protect the public constitute punishment, public protection is at the core of the purpose and principles of sentencing. Public protection is therefore an insufficient litmus test for defining punishment.

[32] The purpose and principles of sentencing have been the subject of extensive jurisprudence and are reflected, at least in part, in ss. 718 et seq. of the *Criminal Code*: see *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 1; see also *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 35. Section 718 provides that the “fundamental purpose of sentencing is to protect society” and to contribute “to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. This overarching purpose is accomplished by “imposing just sanctions” (s. 718) that reflect one or more of the traditional sentencing objectives: denunciation, deterrence, separation of offenders from society, rehabilitation, reparation, and promoting a sense of responsibility in offenders. Sections 718.1 and 718.2 go on to list a number of sentencing principles, including the fundamental principle of proportionality, that guide sentencing judges in crafting a fit sentence.

principalement la protection du public omet-elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l’arrêt *Rodgers*? Deuxièmement, quel rôle joue dans l’analyse l’incidence de la sanction sur le contrevenant? J’examine successivement ces questions ci-après.

- a) *La disposition qui vise principalement la protection du public omet-elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l’arrêt Rodgers?*

[31] En l’espèce, la Cour d’appel conclut de *Rodgers* que la sanction dont la vocation principale est de protéger le public n’est forcément pas une peine. Le ministère public en convient devant notre Cour. Comme je l’expliquerai, c’est aller trop loin. Même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l’objectif et des principes de la détermination de la peine. La protection du public n’est donc pas une considération suffisante pour décider qu’une sanction constitue ou non une peine.

[32] L’objectif et les principes de la détermination de la peine font l’objet d’une jurisprudence abondante et se retrouvent, du moins en partie, aux art. 718 et suiv. du *Code criminel* (voir *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 1; voir également *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 35). L’article 718 dispose que le « prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». Cet objectif général est atteint par « l’infliction de sanctions justes » (art. 718) qui tiennent compte d’un ou de plusieurs des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, à savoir la dénonciation, la dissuasion, l’isolement des délinquants du reste de la société, la réinsertion sociale, la réparation et le fait de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants. Les articles 718.1 et 718.2 énoncent en outre un certain nombre de principes de la détermination de la peine, y compris le principe fondamental de la proportionnalité, lequel guide le tribunal dans la détermination d’une peine juste.

[33] It is clear from the plain language of s. 718 that public protection is part of the very essence of the purpose and principles governing the sentencing process, a point emphasized by this Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, per La Forest J., at p. 329: “. . . the fundamental purpose of the criminal law generally, and of sentencing in particular, [is] the protection of society”. It is therefore difficult to distinguish between sanctions intended to protect the public and sanctions intended to punish offenders. Doherty J.A. highlighted this difficulty in the recent case of *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Although his comments were made in the context of defining the common law presumption against retrospectivity, they are apposite here:

The distinction between sanctions intended to protect the public and those intended to punish offenders is difficult to make in the context of sentencing for criminal offences. Many criminal sanctions are designed to both protect the public and punish the accused. In fact, some sanctions protect the public by punishing the accused. The objectives of public protection and punishment often cannot realistically be separated and treated as individual and competing purposes in the sentencing context. [para. 42]

For these reasons, sanctions intended to advance public safety do not constitute a broad exception to the protection s. 11(i) affords and may qualify as punishment.

[34] To be clear, while measures imposed at sentencing for the purpose of protecting the public may constitute punishment under s. 11(i), a public-protection purpose is not, on its own, determinative. To satisfy the second branch of the *Rodgers* test, a consequence of conviction must be imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. As discussed, the purpose of sentencing is to “protect society” or advance “respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society” (s. 718 of the *Criminal Code*) by fulfilling one or more of the traditional sentencing objectives (s. 718(a) through (f)) in accordance with the

[33] Suivant le sens ordinaire des termes employés à l’art. 718, la protection du public relève nettement de l’essence même de l’objectif et des principes qui régissent le processus de détermination de la peine, ce que souligne la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 329 : « . . . l’objet fondamental du droit criminel en général et de l’imposition des peines en particulier [est] la protection de la société ». Il est par conséquent difficile de distinguer la sanction qui vise à protéger le public de celle dont le but est de punir le contrevenant. Le juge Doherty signale la difficulté dans le récent arrêt *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Ses remarques sont formulées dans le contexte de la définition de la présomption de non-rétrospectivité en common law, mais elles demeurent pertinentes en l’espèce :

[TRADUCTION] Il est difficile de distinguer entre la sanction qui vise à protéger le public et celle dont le but est de punir le contrevenant lorsqu’il s’agit de déterminer la peine à infliger à l’auteur d’une infraction criminelle. De nombreuses sanctions criminelles sont conçues à la fois pour protéger le public et pour punir l’accusé. En fait, certaines protègent le public en punissant l’accusé. Souvent, on ne peut pas vraiment dissocier l’objectif de protéger le public et celui de punir, ni les considérer comme des objectifs individuels et concurrents dans le contexte de la détermination de la peine. [par. 42]

C’est pourquoi la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d’une exception générale à la protection qu’offre l’al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine.

[34] Précisons que, lors de la détermination de la peine, une mesure prise pour protéger le public peut constituer une peine au sens de l’al. 11*i*), mais que l’objectif de la protection du public n’est pas décisif en soi. Pour satisfaire au second volet du critère de l’arrêt *Rodgers*, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit être conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine. Rappelons que la détermination de la peine vise à « protéger la société » ou à promouvoir le « respect de la loi et [le] maintien d’une société juste, paisible et sûre » (art. 718 du *Code criminel*) grâce à la réalisation de l’un ou de plusieurs des objectifs traditionnels

principles of sentencing reflected in ss. 718.1 and 718.2.

(b) *What Role Does the Impact of a Sanction Play in the Analysis?*

[35] Citing *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, at paras. 45-46, the Crown submits that the impact of a sanction on an offender is only relevant if it is out of proportion to the sanction's legislative purpose. That is, "if the impact of the sanction aligns with its legislative purpose and is not of such magnitude that it reveals, instead, a punitive intent, it is not 'punishment'" (*Cross*, at para. 45).

[36] As I shall explain, I conclude that the impact of a sanction has broader significance. While a sanction's impact was to some extent implicit in the *Rodgers* analysis, in my view, the s. 11(i) test for punishment must embody a clearer, more meaningful consideration of the impact a sanction can have on an offender. This is important for a variety of reasons.

[37] First, it accords with "the liberal and purposive approach" that must be taken in interpreting *Charter* rights, including s. 11(i) (*Rodgers*, at para. 61). The purposes of s. 11(i), which are centred on the rule of law and fairness in criminal proceedings, are compromised if the right is incapable of protecting offenders from the retrospective imposition of sanctions that have a significant impact on their liberty or security — regardless of the sanction's objective. As the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the British Columbia Civil Liberties Association, and the Association des avocats de la défense de Montréal all submit, fairness and predictability in punishment are enhanced when there is a pragmatic consideration of the impact of an impugned sanction.

énumérés aux al. 718a) à f), et ce, conformément aux principes de détermination de la peine qui se retrouvent aux art. 718.1 et 718.2.

b) *Quel rôle joue dans l'analyse l'incidence de la sanction sur le contrevenant?*

[35] Prenant appui sur l'arrêt *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, par. 45-46, le ministère public fait valoir que l'incidence de la sanction sur le contrevenant n'est à considérer que lorsqu'elle est sans commune mesure avec l'objectif législatif qui sous-tend la sanction. Autrement dit, [TRADUCTION] « lorsque l'incidence de la sanction est dans le droit fil de l'objectif législatif et n'est pas considérable au point de révéler plutôt l'intention de punir, il ne s'agit pas d'une "peine" » (*Cross*, par. 45).

[36] Comme je l'explique plus loin, j'estime que l'incidence de la sanction revêt une importance plus grande. Elle est jusqu'à un certain point prise tacitement en compte dans l'arrêt *Rodgers* et dans l'analyse que la Cour y effectue mais, à mon sens, le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11i) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l'incidence de la sanction sur le contrevenant. Cela importe pour diverses raisons.

[37] Premièrement, une telle démarche est compatible avec « l'interprétation libérale et téléologique » qui s'impose à l'égard des droits garantis par la *Charte*, y compris à l'al. 11i) (*Rodgers*, par. 61). Les objectifs de l'al. 11i), qui sont axés sur la primauté du droit et l'équité dans les procédures criminelles, sont compromis si le droit garanti ne peut protéger le contrevenant contre l'application rétrospective d'une sanction ayant une grande incidence sur sa liberté et sa sécurité, indépendamment de l'objectif de la sanction. Comme le soutiennent les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Association des avocats de la défense de Montréal, le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infraction s'accroissent lorsque l'incidence de la sanction en cause est prise en compte avec pragmatisme.

[38] A “liberal and purposive approach” to punishment is appropriate because s. 11(i) is engaged only within a narrow sphere. As mentioned, in *Wigglesworth*, this Court held that s. 11 of the *Charter* applies only to proceedings that are criminal or quasi-criminal, or, regardless of the nature of the proceeding, if a “true penal consequence” such as imprisonment is at stake (p. 559). The Court in *Wigglesworth* gave s. 11 a narrow ambit so that “[t]he content of [the s. 11] rights [does not] suffer from a lack of predictability or a lack of clarity because of a universal application of the section” (p. 558). Although the “true penal consequence” test sets an indisputably high bar, it was developed to determine whether a person is nonetheless “charged with an offence” even if he or she is the subject of proceedings *outside* the criminal context. Within the criminal law context, the concerns motivating a narrow construction of “penal consequences” or “punishment” largely fall away.

[39] Second, a consideration of the impact of a sanction is consistent with this Court’s jurisprudence. Since the early days of the *Charter*, this Court has always looked to both purposes and effects when considering the constitutionality of laws: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331. And in the recent decision of *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, this Court adopted “a functional rather than a formalistic perspective” (para. 52), observing that, “[i]t is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment” (para. 60). The Court went on to conclude that the elimination of accelerated parole review violated s. 11(h) as it had a sufficiently significant impact on “an offender’s settled expectation of liberty” (para. 60). In doing so, the Court focused on the impact the retrospective law had on the offender, rather than the purpose animating the law: see H. Stewart, “Punitive in Effect: Reflections on *Canada v. Whaling*” (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263, at p. 269. Although *Whaling* was concerned with the definition of punishment in the context of s. 11(h) of the *Charter*,

[38] Une « interprétation libérale et téléologique » est indiquée à l’égard de la peine car l’al. 11*i*) ne s’applique que dans un contexte bien délimité. Rappelons que, dans *Wigglesworth*, la Cour statue que l’art. 11 de la *Charte* s’applique seulement dans le cadre de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou bien, quelle que soit la nature de l’instance, lorsqu’une « véritable conséquence pénale » est en jeu (p. 559). Elle ajoute que l’art. 11 a une portée étroite, de sorte que « [l]e contenu [des droits qu’il confère] ne devrait pas connaître un manque de prévisibilité ou de clarté en raison d’une application universelle de l’article » (p. 558). Même si le critère de la « véritable conséquence pénale » établit un seuil indéniablement élevé, il a été conçu pour permettre au tribunal de décider si une personne est un « inculpé » même si elle fait l’objet d’une procédure *autre* que criminelle. En matière criminelle, ce qui justifie une interprétation étroite de la « conséquence pénale » ou de la « peine » disparaît pour l’essentiel.

[39] Deuxièmement, la prise en compte de l’incidence de la sanction est compatible avec la jurisprudence de la Cour. Depuis les premiers jours de l’application de la *Charte*, la Cour s’est toujours penchée tant sur les objectifs que sur les effets d’une règle de droit pour se prononcer sur sa constitutionnalité (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331). Et, dans le récent arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, la Cour adopte « [un] plan, sinon formel, du moins fonctionnel » (par. 52) et fait alors observer que « [l]a peine se cristallise par l’effet rétrospectif de l’atteinte aux attentes légitimes de liberté » (par. 60). Elle conclut que la suppression de la procédure d’examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) contrevient à l’al. 11*h*) puisqu’elle a une incidence suffisamment importante sur « l’attente légitime en matière de liberté » du contrevenant (par. 60). La Cour s’attache alors principalement à l’incidence de la loi d’application rétrospective sur le contrevenant, plutôt qu’à son objectif sous-jacent (voir H. Stewart, « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* »

harmony between s. 11(i) and (h) is desirable as fairness in punishment underlies both provisions.

[40] Third, an approach that accounts for a sanction's impact will assist in identifying the "lesser punishment" to which an accused is entitled. The punishment with the less severe impact on the liberty or security of an offender will be deemed to be the "lesser punishment" for the purposes of s. 11(i). A definition of punishment that focuses heavily on the objective of the sanction obscures this inquiry.

[41] Thus, I would restate the test for punishment as follows in order to carve out a clearer and more meaningful role for the consideration of the impact of a sanction: a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests.¹

[42] As this Court wrote in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143: "The *Charter* does not protect against insignificant or 'trivial' limitations of rights The [state action] must be significant enough to warrant constitutional protection" (p. 151). That is why, if a consequence of conviction is not imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, it must have a *significant* impact on an offender's constitutionally protected *liberty* or *security* interests before it will qualify as punishment for the purposes of s. 11(i). To satisfy this requirement, a consequence of conviction must significantly constrain a person's ability to engage

¹ In articulating this test, I do not decide whether s. 11(i) would be infringed in circumstances akin to those in *Whaling*, in which accelerated parole review was retrospectively eliminated, thereby impacting the length of incarceration that was imposed as a sanction consequent to conviction.

(2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263, p. 269). Bien que *Whaling* porte sur la définition de la peine pour les besoins de l'al. 11h) de la *Charte*, il convient d'harmoniser l'application des al. 11i) et h) puisque le caractère équitable de la peine sous-tend les deux dispositions.

[40] Troisièmement, une approche qui tient compte de l'incidence de la sanction est utile pour déterminer la « peine la moins sévère » susceptible d'être infligée à l'accusé. La peine dont l'incidence est la moins grande sur la liberté ou la sécurité du contrevenant devient la « peine la moins sévère » pour l'application de l'al. 11i). Définir la peine en s'attachant lourdement à l'objectif de la sanction nuit à la démarche.

[41] C'est pourquoi j'incline à reformuler comme suit le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine afin de conférer un rôle plus clair et plus important à la prise en compte de l'incidence de la sanction : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité¹.

[42] Dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, la Cour affirme que « [l]a *Charte* n'assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou "négligeables" [. . .] La [mesure de l'État] doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle » (p. 151). C'est pourquoi lorsqu'une conséquence de la déclaration de culpabilité n'est pas conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, elle doit avoir une *grande* incidence sur le droit constitutionnel du contrevenant à la *liberté* ou à la *sécurité* pour constituer une peine au sens de l'al. 11i). Pour satisfaire à cette exigence, la conséquence de la

¹ En proposant ce critère, je ne me prononce pas quant à savoir s'il y aurait atteinte au droit garanti par l'al. 11i) dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Whaling*, dans laquelle la procédure d'examen expéditif avait été supprimée rétrospectivement, ce qui avait eu une incidence sur la durée de la peine d'emprisonnement infligée comme sanction consécutive à la déclaration de culpabilité.

in otherwise lawful conduct or impose significant burdens not imposed on other members of the public. Again, Doherty J.A.’s comments in *Hooyer* are helpful: “. . . a prohibition that significantly limits the lawful activities in which an accused can engage, where an accused can go, or with whom an accused can communicate or associate, would sufficiently impair the liberty and security of the accused to warrant characterizing the prohibition as punishment” (para. 45).

[43] Having reformulated the s. 11(i) test for punishment, I now turn to the sanctions at issue in this appeal. I first discuss s. 161 of the *Criminal Code* in more detail before applying the test for punishment to the 2012 amendments.

(3) History and Operation of Section 161 of the *Criminal Code*

[44] The legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the section has an overarching protective function: to shield children from sexual violence.

[45] Section 161 was enacted in 1993 in response to the decision in *R. v. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, in which the British Columbia Court of Appeal struck down under s. 7 of the *Charter* the offence of loitering: see *An Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act*, S.C. 1993, c. 45, s. 1. After 1993, s. 161 continued to evolve and, in 2012, the impugned amendments were introduced through the *Safe Streets and Communities Act*. The protective function of s. 161 generally, and the 2012 amendments specifically, was repeatedly emphasized throughout the legislative debates. For example, at the Bill’s third reading, the Minister of Justice stated that the proposed amendments are “an important step forward in the protection of children in this country” (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, at p. 8967).

déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu’a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis. Les propos du juge Doherty dans *Hooyer* valent encore une fois d’être cités : [TRADUCTION] « . . . l’interdiction qui restreint sensiblement l’activité licite à laquelle peut se livrer l’accusé, ses allées et venues, les personnes avec lesquelles il peut communiquer ou qu’il peut fréquenter, porte suffisamment atteinte à la liberté et la sécurité de l’accusé pour que l’on puisse l’assimiler à une peine » (par. 45).

[43] Après la reformulation du critère qui permet d’assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l’al. 11*i*), je passe aux sanctions visées par le pourvoi. J’examine d’abord plus en détail l’art. 161 du *Code criminel*, puis j’applique le critère aux dispositions issues des modifications de 2012.

(3) Historique et application de l’art. 161 du *Code criminel*

[44] Son historique législatif et son interprétation judiciaire, ainsi que la manière dont il est conçu, confirment que l’art. 161 a une fonction protectrice prépondérante, à savoir protéger les enfants contre la violence sexuelle.

[45] L’article 161 a vu le jour en 1993 pour donner suite à l’arrêt *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, dans lequel la Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait invalidé l’infraction de flânerie par application de l’art. 7 de la *Charte* (voir la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1993, c. 45, art. 1). La disposition a par la suite évolué et, en 2012, les modifications visées en l’espèce ont été apportées par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*. Tout au long des débats législatifs, on a maintes fois souligné la fonction protectrice de l’art. 161 en général et des dispositions issues des modifications de 2012 en particulier. Par exemple, lors de la troisième lecture du projet de loi, le ministre de la Justice a déclaré que les modifications proposées « fai[saient] beaucoup pour protéger nos enfants » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 144, 3^e sess., 40^e lég., 11 mars 2011, p. 8967).

[46] The jurisprudence interpreting and applying s. 161 confirms the provision's protective purpose: see, e.g., *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 803; *R. v. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, at para. 20; *R. v. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, at para. 13.

[47] As well, the design of s. 161 is consistent with its purpose of protecting children from sexual violence. Section 161 orders are discretionary and “subject to the conditions or exemptions that the court directs” (s. 161(1)). They can therefore be carefully tailored to the circumstances of a particular offender. The discretionary and flexible nature of s. 161 demonstrates that it was designed to empower courts to craft tailored orders to address the nature and degree of risk that a sexual offender poses to children once released into the community. Failure to comply with the order can lead to a term of imprisonment of up to four years (s. 161(4)).

[48] Further, I agree with the line of cases holding that s. 161 orders can be imposed only when there is an evidentiary basis upon which to conclude that the particular offender poses a risk to children and the judge is satisfied that the specific terms of the order are a reasonable attempt to minimize the risk: see *A. (R.K.)*, at para. 32; see also *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, at paras. 32-34. These orders are not available as a matter of course. In addition, the content of the order must carefully respond to an offender's specific circumstances.²

[46] Les décisions dans lesquelles les tribunaux ont interprété et appliqué l'art. 161 confirment la vocation protectrice de la disposition (voir p. ex. *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, par. 20; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, par. 13).

[47] De même, la manière dont est conçu l'art. 161 se concilie avec son objectif de protéger les enfants contre la violence sexuelle. L'ordonnance est rendue sur le fondement d'un pouvoir discrétionnaire et elle s'applique « sous réserve des conditions ou exemptions [que le tribunal] indique » (par. 161(1)). Elle peut être soigneusement adaptée à la situation du contrevenant. Le caractère discrétionnaire et souple du pouvoir conféré à l'art. 161 montre que le législateur a voulu permettre au tribunal de concevoir une ordonnance adaptée qui tient compte de la nature et de l'importance du risque que représente pour les enfants le délinquant sexuel libéré et rendu à la collectivité. L'inobservation de l'ordonnance peut entraîner un emprisonnement maximal de quatre ans (par. 161(4)).

[48] En outre, je m'inscris dans le courant jurisprudentiel selon lequel l'ordonnance fondée sur l'art. 161 ne peut être rendue que lorsque la preuve permet de conclure que le contrevenant représente un risque pour les enfants et que le juge est convaincu que les conditions dont elle est assortie visent raisonnablement à réduire ce risque (voir *A. (R.K.)*, par. 32; voir également *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, par. 32-34). Il ne s'agit pas d'une ordonnance rendue automatiquement. De plus, elle doit être soigneusement adaptée à la situation particulière du contrevenant².

² For example, the order imposed by McArthur J. in *R. v. Levin*, 2015 ONCJ 290, at para. 113 (CanLII), illustrates how the Internet prohibition in s. 161(1)(d) can be crafted to fulfill the protective goals of the legislation while enhancing the offender's rehabilitation process. See also the order imposed in *R. v. Schledermann*, 2014 ONSC 674, at para. 13 (CanLII).

² Par exemple, l'ordonnance de la juge McArthur dans *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290, par. 113 (CanLII), montre comment l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)d) peut être rédigée pour atteindre les objectifs de protection de la loi tout en favorisant la réadaptation du contrevenant. Voir également l'ordonnance en cause dans *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674, par. 13 (CanLII).

(4) Application of the Test for Punishment to the 2012 Amendments to Section 161 of the Criminal Code

[49] Applying the reformulated test, I conclude that the 2012 amendments constitute punishment.

[50] First, the 2012 amendments form part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence. Section 161(1) directs sentencing judges to consider whether to exercise their discretion to impose the community supervision measures once an offender is convicted of an enumerated sexual offence involving a person under the age of 16. Section 161 orders are therefore a consequence of conviction, a fact that the Crown does not dispute.

[51] Second, the sanctions contained in the 2012 amendments are imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing and can have a significant impact on an offender's *Charter*-protected interests — although, to be clear, both are not required to satisfy the test.

[52] As to the objective, the 2012 amendments are intended to protect children by separating offenders from society, assisting in rehabilitation, and deterring sexual violence, sentencing goals that all find expression in s. 718 of the *Criminal Code*. In addition, the discretionary and flexible process through which s. 161 orders are imposed aligns with the principles of sentencing articulated in ss. 718.1 and 718.2. As noted above, the fact that such orders are imposed to protect children, on its own, is not determinative.

[53] These prohibitions are to be distinguished from DNA orders, which have been found not to constitute punishment under s. 11(i): see *Rodgers*, at para. 65. As discussed, the objective of DNA orders

(4) Application du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine aux dispositions qui sont issues des modifications apportées en 2012 à l'art. 161 du Code criminel

[49] Au vu du critère reformulé, je conclus que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 constituent une peine.

[50] Premièrement, elles font partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée. Le paragraphe 161(1) exige du juge qui détermine la peine qu'il se demande s'il convient ou non d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de soumettre à des mesures de surveillance dans la collectivité le contrevenant qui est déclaré coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans. L'ordonnance fondée sur l'art. 161 est donc une conséquence de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne le conteste pas.

[51] Deuxièmement, les sanctions prévues par les dispositions issues des modifications de 2012 sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et peuvent avoir une grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant, même si, je le précise, les deux ne sont pas nécessaires pour satisfaire au critère.

[52] En ce qui a trait à l'objectif, les dispositions issues des modifications de 2012 sont censées protéger les enfants en isolant le contrevenant du reste de la société, en favorisant la réinsertion sociale et en décourageant la violence sexuelle, des objectifs de la détermination de la peine qui figurent tous à l'art. 718 du *Code criminel*. De plus, le processus discrétionnaire et souple à l'issue duquel est rendue l'ordonnance prévue à l'art. 161 respecte les principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718.1 et 718.2. Je le répète, le fait qu'une telle ordonnance est rendue pour protéger les enfants n'est pas décisif en soi.

[53] Il y a lieu de distinguer l'ordonnance portant interdiction de celle qui autorise le prélèvement d'un échantillon d'ADN, cette dernière n'étant pas assimilée à une peine au sens de l'al. 11*i*) (voir

is primarily to facilitate the *investigation* of future crimes, rather than to achieve deterrence, denunciation, separation, or rehabilitation in connection with a past offence: see *Rodgers*, at para. 64.

[54] Turning to the impact of the amendments, both s. 161(1)(c) and (d) can have a significant impact on the liberty and security of offenders — potentially for the rest of their lives. This Court has recognized that living in the community under restrictions can attract a considerable degree of stigma (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 105). Further, a prohibition under s. 161(1)(c) on having any contact with persons under the age of 16 could potentially curtail the types of employment an offender can pursue, and an offender’s ability to interact with people (including adults in the company of children) in public and private spaces. And depriving an offender under s. 161(1)(d) of access to the Internet is tantamount to severing that person from an increasingly indispensable component of everyday life:

The Internet has become a hub for every kind of human activity, from education to recreation to commerce. It is no longer merely a window to the world. For a growing number of people, the Internet *is* their world — a place where one can do nearly everything one needs or wants to do. The Web provides virtual opportunities for people to shop, meet new people, converse with friends and family, transact business, network and find jobs, bank, read the newspaper, watch movies, and attend classes. [Emphasis in original; footnotes omitted.]

(B. A. Areheart and M. A. Stein, “Integrating the Internet” (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, at p. 456)

For many Canadians, membership in online communities is an integral component of citizenship and personhood. In my view, retrospectively excluding offenders from these virtual communal

Rodgers, par. 65). Rappelons que l’objectif de l’ordonnance qui autorise le prélèvement d’un échantillon d’ADN est principalement de faciliter l’enquête relative à de futurs crimes, plutôt que de dissuader, de dénoncer, d’isoler ou de réinsérer socialement en lien avec une infraction antérieure (voir *Rodgers*, par. 64).

[54] En ce qui concerne l’incidence des modifications, les al. 161(1)c) et d) peuvent tous deux avoir une grande incidence sur la liberté et la sécurité du contrevenant, peut-être même pour le reste de ses jours. La Cour reconnaît que le fait de vivre dans la collectivité en étant soumis à des conditions strictes peut engendrer une stigmatisation non négligeable (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 105). En outre, l’interdiction fondée sur l’al. 161(1)c) d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans est susceptible de réduire les domaines d’emploi qui s’offrent au contrevenant et la possibilité qu’il a d’interagir avec autrui (y compris les adultes accompagnés d’enfants) dans les lieux publics et privés. Empêcher le contrevenant d’avoir accès à Internet sur le fondement de l’al. 161(1)d) équivaut à le tenir à l’écart d’un élément de plus en plus essentiel à la vie quotidienne :

[TRADUCTION] Internet est désormais au centre de l’activité humaine dans tous les domaines, qu’il s’agisse de l’éducation ou du commerce, voire des loisirs. Ce n’est plus une simple fenêtre sur le monde. Pour un nombre croissant de personnes, Internet *est* leur monde, un endroit où l’on peut faire presque tout ce que l’on a besoin de faire ou que l’on souhaite faire. La toile offre la possibilité virtuelle de magasiner, de faire des rencontres, d’échanger avec les amis et la famille, de mener ses activités, de réseauter et de trouver un emploi, d’effectuer des opérations bancaires, de lire le journal, de regarder des films et de suivre des cours. [En italique dans l’original; notes en bas de page omises.]

(B. A. Areheart et M. A. Stein, « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, p. 456)

Pour de nombreux Canadiens, l’appartenance à des communautés en ligne fait partie intégrante de la citoyenneté et de l’identité individuelle. À mon avis, l’exclusion d’un contrevenant de tels espaces

spaces is a substantial consequence that implicates the fairness and rule of law concerns underlying the s. 11(i) right.

[55] The significant impact the 2012 amendments can have on the liberty and security of offenders is another way in which these sanctions are distinguishable from DNA orders. I agree with Doherty J.A. that “a sentencing provision requiring an accused to provide a DNA sample upon conviction . . . does not meaningfully impair the accused’s liberty or security of the person and would not be regarded as punishment” (*Hooyer*, at para. 45).

[56] I also note that the text of s. 161(1) (“in addition to any other punishment” or “*en plus de toute autre peine*”), while certainly not determinative, is nonetheless informative. As Groberman J.A. observed in dissent at the Court of Appeal, “Parliament itself appears to have considered that the sanctions set out in s. 161(1) come within the ordinary meaning of the word ‘punishment’” (para. 78) or “*peine*”.³

[57] In sum, the prohibitions found in the 2012 amendments to s. 161(1) constitute punishment for the purposes of s. 11(i) of the *Charter*. They are a consequence of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and they can have a significant impact on the liberty and security of offenders. Clearly, the 2012 amendments constitute greater punishment than the previous prohibitions: under the new s. 161(1)(c), a judge can prohibit all contact with children, no matter the means (not just contact involving a computer system); and under the new s. 161(1)(d), a judge can prohibit an offender from using the Internet or

communs virtuels par l’application rétrospective de la nouvelle disposition constitue une conséquence importante qui met en cause l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux notions qui sous-tendent l’al. 11i).

[55] La grande incidence des modifications de 2012 sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant offre un autre moyen de distinguer les nouvelles sanctions de l’autorisation de prélever un échantillon d’ADN. Je conviens avec le juge Doherty que [TRADUCTION] « la disposition sur la peine qui exige de l’accusé qu’il fournisse un échantillon d’ADN une fois déclaré coupable [. . .] ne porte pas sensiblement atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne et [qu’]on ne saurait voir dans son application l’infliction d’une peine » (*Hooyer*, par. 45).

[56] Je remarque aussi que le libellé du par. 161(1) (« en plus de toute autre peine » ou, en anglais, « *in addition to any other punishment* ») est instructif même s’il n’est assurément pas décisif. Comme le fait observer le juge dissident Groberman de la Cour d’appel, [TRADUCTION] « le législateur semble lui-même considérer que chacune des sanctions énoncées au par. 161(1) constitue une “peine” (ou, en anglais, “*punishment*”) au sens ordinaire du mot » (par. 78)³.

[57] En résumé, les interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine pour l’application de l’al. 11i) de la *Charte*. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l’infliction d’une peine plus importante que les interdictions antérieures : le nouvel al. 161(1)c) permet au juge d’interdire tout contact avec un enfant, quel que soit le moyen utilisé (pas seulement l’ordinateur),

³ The French text of s. 11(i) reads as follows: “*Tout inculpé a le droit . . . i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.*”

³ Voici le libellé anglais de l’al. 11i) : « *Any person charged with an offence has the right [. . .] i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.* »

other digital network for any purpose (not just for the purpose of contacting children). Accordingly, the retrospective operation of these provisions limits the s. 11(i) right as it deprives the appellant of the benefit of the less restrictive community supervision measures captured in the previous version of s. 161 — that is, the “lesser punishment”.

B. *Is the Limitation of Section 11(i) Justified Under Section 1 of the Charter?*

[58] Section 1 of the *Charter* provides as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

To establish that the limitation on the appellant’s s. 11(i) right is reasonable and demonstrably justified, the government must show that the 2012 amendments have a sufficiently important objective “and that the means chosen are proportional to that object[ive]” (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 94). A law is proportionate if (1) there is a rational connection between the means adopted and the objective; (2) it is minimally impairing in that there are no alternative means that may achieve the same objective with a lesser degree of rights limitation; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Carter*, at para. 94). The proportionality inquiry is a normative and contextual one, which requires courts to examine the broader picture by “balanc[ing] the interests of society with those of individuals and groups” (*Oakes*, at p. 139).

et le nouvel al. 161(1)d confère au juge le pouvoir d’interdire au contrevenant d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique à quelque fin (pas seulement pour entrer en contact avec des enfants). Par conséquent, l’application rétrospective des dispositions qui prévoient ces interdictions restreint le droit garanti par l’al. 11*i*) puisqu’elle empêche l’appelant de faire l’objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l’art. 161, c’est-à-dire de la « peine la moins sévère ».

B. *La restriction du droit garanti par l’al. 11*i*) se justifie-t-elle au regard de l’article premier de la Charte?*

[58] L’article premier de la *Charte* est libellé comme suit :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Pour établir que la restriction du droit de l’appelant garanti par l’al. 11*i*) est raisonnable et que sa justification peut se démontrer, l’État doit montrer que les modifications de 2012 ont un objectif suffisamment important « et que les moyens choisis sont proportionnels à cet obje[ctif] » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 94). Une règle de droit est proportionnée à son objectif lorsque (1) le moyen retenu est rationnellement lié à cet objectif, (2) qu’elle est minimalement attentatoire en ce qu’il n’existe aucun autre moyen d’atteindre le même objectif en restreignant moins le droit en cause et (3) qu’il y a proportionnalité entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Carter*, par. 94). L’examen de la proportionnalité se veut à la fois normatif et contextuel et exige du tribunal qu’il considère le tableau tout entier en « soupes[ant] les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes » (*Oakes*, p. 139).

[59] Unfortunately, s. 1 was not dealt with in the courts below. This means we do not have the benefit of a full record, including expert testimony. But the parties urged us to consider s. 1 on the record before us. This Court therefore deals with this issue, on consent, as a court of first instance.

[60] The Crown adduced fresh evidence attached to two affidavits, consisting of statistics and social science articles relating to the issue of the recidivism of sexual offenders. The appellant did not oppose the admission of this evidence and I am satisfied it would be appropriate to receive it. Accordingly, in assessing whether the Crown has discharged its justificatory burden, I will consider the Crown's fresh evidence as "supplemented by common sense and inferential reasoning", in addition to the jurisprudence and legislative debates proffered by the parties (*R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 78).

(1) Do the 2012 Amendments Have a Sufficiently Important Objective?

[61] A law that limits a constitutional right must do so in pursuit of a sufficiently important objective that is consistent with the values of a free and democratic society. This examination is a threshold requirement that is undertaken without considering the scope of the right infringement, the means employed, or the relationship between the positive and negative effects of the law.

[62] The appellant correctly submits that the relevant objective is that of the infringing measure: see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20. Here, the infringing measure is the *retrospective operation* of the impugned law. However, the more general purpose behind the enactment of the 2012 amendments informs the specific rationale for applying the amendments retrospectively.

[59] Malheureusement, les juridictions inférieures ne se penchent pas en l'espèce sur l'application de l'article premier. Nous ne disposons donc pas d'un dossier complet constitué notamment de témoignages d'experts. Les parties nous exhortent néanmoins à nous prononcer sur l'application de l'article premier à partir du dossier existant. La Cour le fait donc sur consentement, comme le ferait un tribunal de première instance.

[60] Le ministère public a produit une preuve nouvelle jointe en annexe à deux affidavits. Il s'agit de statistiques et d'articles relevant des sciences sociales et portant sur la récidive en matière d'infractions sexuelles. L'appelant ne s'est pas opposé à l'admission de ces éléments de preuve, et je suis convaincue qu'il convient de les recevoir. Par conséquent, pour décider si le ministère public s'est acquitté de son obligation de justification, j'examinerai la preuve nouvelle de l'intimée en la « complét[ant] par le bon sens et le raisonnement par déduction », ce à quoi s'ajouteront la jurisprudence et le compte rendu des débats législatifs soumis par les parties (*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 78).

(1) Les dispositions issues des modifications de 2012 ont-elles un objectif suffisamment important?

[61] La règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d'une société libre et démocratique. L'examen du respect de cette condition s'effectue sans tenir compte de la portée de l'atteinte au droit, du moyen retenu ou du lien entre les répercussions positives et négatives de la règle de droit.

[62] L'appelant soutient à bon droit que l'objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20). En l'espèce, la mesure attentatoire réside dans l'*application rétrospective* de la règle de droit en cause. Toutefois, l'objectif général des dispositions issues des modifications de 2012 joue dans la raison d'être particulière de leur application rétrospective.

[63] The appellant argues that the objective of the retrospective operation of the 2012 amendments is to increase the punishment imposed on offenders who committed their offences prior to 2012 so as to more effectively further the purpose and principles of sentencing. In my view, this articulation of the law's purpose is not sufficiently precise and is essentially a description of the means the legislature has chosen to achieve its purpose: see *Carter*, at para. 76; see also *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 28.

[64] As discussed above, the legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the overarching goal of the section is to protect children from sexual violence perpetrated by recidivists. And there is ample evidence in the legislative record surrounding the enactment of the new s. 161(1)(c) and (d) to show that enhancing child protection motivated the impugned amendments as well. To highlight but one example, at the debate accompanying the second reading of the Bill, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said the amendments “see[k] to prevent . . . child sex offenders from having the opportunity to facilitate their offending. Finding access to a child or the opportunity to be alone with a child is a key for many child sex offenders” (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, at p. 6787).

[65] Accordingly, the overarching objective of the prospective operation of the 2012 amendments is to enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by convicted sexual offenders. It follows naturally that the objective of the retrospective operation of these amendments — the infringing measure — is to better protect children from the risks posed by offenders like the appellant who committed their offences before, but were sentenced after, the amendments came into force. This latter objective anchors the s. 1 analysis.

[63] L'appelant fait valoir que l'objectif de l'application rétrospective des nouvelles dispositions est d'accroître la peine infligée au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012, et ce, afin de favoriser davantage la réalisation de l'objectif de la détermination de la peine et l'application des principes de celle-ci. À mon avis, cette formulation n'est pas suffisamment précise et revient essentiellement à décrire le moyen que le législateur a choisi pour parvenir à ses fins (voir *Carter*, par. 76; voir également *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 28).

[64] Rappelons-le, l'historique législatif de l'art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l'objectif prépondérant de l'article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Le dossier législatif des nouveaux al. 161(1)c) et d) renferme maints indices selon lesquels l'accroissement de la protection des enfants motivait tout autant les modifications en cause. Un seul exemple suffit à le montrer. Lors du débat en deuxième lecture, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit que les modifications « vis[aient] [. . .] à ce que les personnes susceptibles de commettre une infraction sexuelle [. . .] ne puissent pas faciliter la perpétration de l'infraction. L'occasion d'être seul avec un enfant ou l'accès à un enfant est déterminant pour bon nombre de personnes qui commettent des infractions d'ordre sexuel contre un enfant » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, n° 110, 3^e sess., 40^e lég., 3 décembre 2010, p. 6787).

[65] Par conséquent, l'objectif prépondérant de l'application prospective des dispositions issues des modifications de 2012 est d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles. Il s'ensuit naturellement que l'objectif de l'application rétrospective — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l'appelant, a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle-ci. C'est en fonction de cet objectif que s'effectue l'analyse au regard de l'article premier.

[66] Obviously, this objective is sufficiently important to warrant further scrutiny. As Laskin J.A. wrote in *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), “Children are among the most vulnerable groups in our society. The sexual abuse of young children is a serious societal problem, a statement that needs no elaboration” (para. 37). Providing enhanced protection to children from becoming victims of sexual offences is vital in a free and democratic society.

(2) Are the Means Adopted Proportional to the Law’s Objective?

[67] In assessing the proportionality of a law, a degree of deference is required. As this Court recently wrote in *Carter*:

At this stage of the analysis, the courts must accord the legislature a measure of deference. Proportionality does not require perfection: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 78. Section 1 only requires that the limits be “reasonable”. [para. 97]

(a) *Rational Connection*

[68] At this first step of the proportionality inquiry, the government must demonstrate that the means used by the limiting law are rationally connected to the purpose the law was designed to achieve. “To establish a rational connection, the government need only show that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought ‘on the basis of reason or logic’” (*Carter*, at para. 99, citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153).

[69] As the appellant concedes, there is clearly a rational connection between providing enhanced protection to children from the risks of sexual violence presented by offenders who committed their offences before the 2012 amendments came into force (the objective) and retrospectively giving

[66] De toute évidence, cet objectif est suffisamment important pour justifier la poursuite de l’examen. Comme l’écrit le juge Laskin dans *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), [TRADUCTION] « [I]es enfants font partie des groupes les plus vulnérables de notre société. La violence sexuelle dont sont victimes de jeunes enfants constitue un sérieux problème social, point n’est besoin de le démontrer » (par. 37). Offrir aux enfants une protection accrue afin qu’ils ne soient pas victimes d’infractions sexuelles est vital dans une société libre et démocratique.

(2) Le moyen retenu par le législateur est-il proportionné à l’objectif de la règle de droit?

[67] Une certaine déférence s’impose lorsqu’il s’agit d’apprécier la proportionnalité d’une règle de droit. Comme l’écrit la Cour dans le récent arrêt *Carter* :

À ce stade de l’analyse, les tribunaux doivent faire preuve d’une certaine déférence à l’endroit du législateur. La proportionnalité ne nécessite pas la perfection : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 78. L’article premier exige seulement que les limites soient « raisonnables ». [par. 97]

a) *Lien rationnel*

[68] À cette première étape de l’examen de la proportionnalité, l’État doit démontrer que le législateur restreint le droit d’une manière qui a un lien rationnel avec l’objectif de la règle de droit. « Pour prouver l’existence d’un lien rationnel, le gouvernement n’a qu’à démontrer l’existence d’un lien causal, “fondé sur la raison ou la logique”, entre la violation et l’avantage recherché » (*Carter*, par. 99, citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153).

[69] Comme le concède l’appelant, il existe manifestement un lien rationnel entre la protection accrue des enfants contre le risque de violence sexuelle que représente le délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l’entrée en vigueur des dispositions issues des modifications de 2012

sentencing judges the discretionary power to limit those offenders who pose a continuing risk to children in contacting children in person or online, and in engaging with online child pornography (the means chosen). Although the Crown's fresh evidence, which I discuss below, assists in solidifying this causal link, at this stage, I am satisfied that reason and logic suffice to establish that Parliament proceeded rationally in opting to give s. 161(1)(c) and (d) retrospective effect in order to better protect children from recidivism risks posed by offenders who committed their offences before the 2012 amendments came into force.

(b) *Minimal Impairment*

[70] The question at this second stage is whether the 2012 amendments are minimally impairing, in the sense that “the limit on the right is reasonably tailored to the objective” (*Carter*, at para. 102). It is only when there are alternative, less harmful means of achieving the government's objective “in a real and substantial manner” that a law should fail the minimal impairment test (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 55).

[71] I am satisfied that the retrospective operation of the prohibitions contained in the 2012 amendments is minimally impairing of s. 11(i).

[72] The amendments were enacted within the context of a highly discretionary provision that is tailored to its objective. Prohibitions listed in s. 161(1) are to be imposed only when a judge is satisfied that the specific offender poses a continued risk to children upon his release into the community *and* that the specific terms of the order are a reasonable attempt to minimize the risk. The law is therefore not “drafted in a way that unnecessarily catches

(l'objectif) et l'octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu'il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). Bien que la preuve nouvelle du ministère public — sur laquelle je reviens plus loin — étoffe ce lien causal, je suis convaincue à ce stade que la raison et la logique suffisent pour établir que le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)(c) et d) un effet rétrospectif afin de mieux protéger les enfants contre le risque de récidive chez le délinquant sexuel dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

b) *Atteinte minimale*

[70] La question à trancher à cette deuxième étape est celle de savoir si les nouvelles dispositions portent atteinte le moins possible au droit constitutionnel, c'est-à-dire si « la restriction du droit est raisonnablement adaptée à l'objectif » (*Carter*, par. 102). Ce n'est que lorsqu'il existe d'autres moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif de l'État « de façon réelle et substantielle » qu'une loi ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 55).

[71] Je suis convaincue que l'application rétrospective des interdictions issues des modifications de 2012 porte atteinte le moins possible à l'al. 11i).

[72] Les modifications ont été apportées à une disposition qui confère un pouvoir hautement discrétionnaire et qui est adaptée à son objectif. Les interdictions du par. 161(1) ne doivent être prononcées que si le tribunal est convaincu que le contrevenant exposera toujours les enfants à un risque une fois libéré et rendu à la collectivité *et* que les conditions dont est assortie l'ordonnance visent raisonnablement à réduire le risque. La disposition

[conduct] that has little or nothing to do with the prevention of harm to children” (*Sharpe*, at para. 95). In other words, the retrospective use of s. 161(1)(c) and (d) is *available only* when a judge is satisfied that the prohibitions will advance the enhanced child-protection goal of the amendments. No risk, no retrospective order.

[73] Further, s. 161(1) permits a sentencing judge to impose any conditions or exemptions that correspond to the circumstances of a particular offender. Section 161(1)(c) provides that offenders may have contact with persons under the age of 16 if “the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate”. Similarly, s. 161(1)(d) permits offenders to use the Internet if “the offender does so in accordance with conditions set by the court”. Finally, the prohibition order can be limited in duration (s. 161(2)) and reviewed periodically to ensure it continues to correspond to an offender’s circumstances (s. 161(3)).

[74] Despite the highly discretionary and tailored nature of s. 161, the appellant argues that the impugned amendments are not minimally impairing because the Crown has failed to demonstrate that a purely prospective application of the amendments would undermine its objective.⁴ Although I will discuss the potential gaps in the evidentiary record more fully below when I weigh the deleterious and salutary effects of the law, I would not give effect to this submission at the minimal impairment stage, for a few reasons.

⁴ It was not argued that other prohibition regimes in the *Criminal Code* (such as those found in ss. 810, 810.1, or 810.2) could have achieved the government’s objective in a real and substantial manner.

n’est donc pas « rédigée de manière à englober inutilement [une conduite] qui n’a que peu ou [qui n’a] rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants » (*Sharpe*, par. 95). En d’autres mots, le recours rétrospectif aux nouveaux al. 161(1)c) et d) peut *seulement intervenir* lorsque le tribunal est convaincu que les interdictions favoriseront l’objectif des modifications, à savoir la protection accrue des enfants. Pas de risque, pas d’application rétrospective.

[73] En outre, le par. 161(1) permet au tribunal qui détermine la peine de prévoir toute condition ou exemption que commande la situation du contrevenant. L’alinéa 161(1)c) dispose que le contrevenant peut communiquer avec une personne âgée de moins de 16 ans s’il le fait « sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence ». Dans la même veine, l’al. 161(1)d) permet au contrevenant d’utiliser Internet s’il le fait « en conformité avec les conditions imposées par le tribunal ». Enfin, l’interdiction peut avoir une durée limitée (par. 161(2)) et être révisée périodiquement pour s’assurer qu’elle est toujours adaptée à la situation du contrevenant (par. 161(3)).

[74] L’appelant fait valoir que même si l’art. 161 confère un pouvoir hautement discrétionnaire et est adapté à son objectif, les dispositions en cause ne portent pas atteinte le moins possible au droit garanti, car le ministère public n’a pas démontré que si elles ne s’appliquaient que prospectivement la réalisation de leur objectif serait compromise⁴. Je reviendrai plus en détail sur les lacunes possibles du dossier de preuve lorsque je soupèserai les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit, mais je ne retiens pas l’argument au regard du volet de l’atteinte minimale, et ce, pour plusieurs raisons.

⁴ Nul n’a fait valoir que d’autres régimes d’interdiction du *Code criminel* (dont ceux correspondant aux art. 810, 810.1 et 810.2) auraient pu permettre à l’État d’atteindre son objectif de façon réelle et substantielle.

[75] It is widely accepted (and the record confirms) that a non-trivial percentage of sex offenders will reoffend. If the amendments operated only prospectively, a sentencing judge would be unable to impose the prohibitions in s. 161(1)(c) and (d) on offenders who committed their crimes before 2012 *even if* the judge were satisfied that the prohibitions were required to minimize the risk to a child that a sex offender will recidivate. I therefore accept that a purely prospective application of the amendments would have prevented Parliament from fully realizing its objective of enhancing the protection s. 161 affords to children from offenders who committed their offences before the coming into force of the 2012 amendments. Further, accepting the appellant's argument would fail to accord sufficient deference, at this stage of the analysis, to the government's choice of legislative means. And questions pertaining to the extent of the efficacy of the retrospective operation of the 2012 amendments are best left to the next step of the analysis: proportionality of effects.

[76] In sum, given the discretionary and tailored nature of s. 161 and the fact that a purely prospective operation of the amendments would have compromised Parliament's full objective, I conclude that the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) impairs the s. 11(i) right as little as reasonably possible.⁵ The more difficult issue is whether the benefits achieved from imposing the 2012 amendments retrospectively outweigh the deleterious effects.

⁵ It should be obvious from the above analysis that, had Parliament adopted a less tailored and discretionary regime, the 2012 amendments may very well have failed the minimal impairment test. It is accordingly unclear how my articulation of the purpose of the impugned amendments has rendered the minimal impairment analysis "redundant", as my colleague Brown J. alleges (para. 138). On the contrary, the minimal impairment test remains an important part of assessing whether Parliament has discharged its burden under s. 1.

[75] On reconnaît généralement (et le dossier confirme) qu'un pourcentage non négligeable de délinquants sexuels récidive. Si les nouvelles dispositions ne s'appliquaient que prospectivement, le tribunal qui détermine la peine ne pourrait soumettre aux interdictions prévues par les nouveaux al. 161(1)c) et d) le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012 *même s'il* était convaincu qu'elles sont nécessaires à la réduction du risque qu'un enfant soit victime de la récidive d'un délinquant sexuel. Par conséquent, je conviens qu'une application strictement prospective n'aurait pas permis au législateur de réaliser pleinement son objectif d'accroître la protection que l'art. 161 offre aux enfants contre un délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012. En outre, faire droit à la prétention de l'appelant reviendrait à déferer insuffisamment, à ce stade de l'analyse, à la décision de l'État d'opter pour une mesure législative plutôt qu'une autre. Il vaut mieux reporter l'examen des questions liées au degré d'efficacité de l'application rétrospective à l'étape suivante de l'analyse, celle de la proportionnalité des effets.

[76] En résumé, puisque l'art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu'il est adapté à son objectif, et comme l'application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l'objectif du législateur, je conclus que l'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*i*) aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire⁵. Il est plus difficile de savoir si les effets bénéfiques de leur application rétrospective l'emportent sur ses effets préjudiciables.

⁵ Il devrait apparaître clairement de l'analyse qui précède que si le législateur avait opté pour un régime moins adapté et de nature moins discrétionnaire, les dispositions issues des modifications de 2012 auraient fort bien pu ne pas satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Je m'explique donc mal comment ma formulation de l'objectif des modifications en cause a pu rendre « superfl[u] » l'examen de l'atteinte minimale comme le prétend mon collègue le juge Brown (par. 138). Au contraire, ce critère demeure un rouage important de la démarche qui consiste à se demander si le législateur s'est acquitté de son obligation pour les besoins de l'article premier.

(c) *Proportionality of Effects*

[77] At this final stage of the proportionality analysis, the Court must “weig[h] the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public good” (*Carter*, at para. 122).⁶ This final stage is an important one because it performs a fundamentally distinct role. As a majority of this Court observed in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877:

The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. . . . The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*. [para. 125]

[78] It is for this reason that Aharon Barak, former President of the Supreme Court of Israel, has described this final step as “the very heart of proportionality” (“Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 380). And in *Hutterian Brethren*, Abella J. wrote: “. . . most of the heavy conceptual lifting and balancing ought to be done at the final step — proportionality. Proportionality is, after all, what s. 1 is about” (para. 149).

[79] I agree. While the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the

⁶ In *Oakes*, this final stage of the proportionality analysis was initially conceived as a comparison between the deleterious effects of the limiting measure and the law’s objective. However, in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, Lamer C.J. reformulated the test to account for the “proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measur[e]” because characterizing the final step “as being concerned solely with the balance between the objective and the deleterious effects of a measure rests on too narrow a conception of proportionality” (p. 889 (emphasis deleted)).

c) *Proportionnalité des effets*

[77] À cette dernière étape de l’examen de la proportionnalité, la Cour doit « mettre en balance l’incidence de la loi sur les droits protégés et l’effet bénéfique de la loi au plan de l’intérêt supérieur du public » (*Carter*, par. 122)⁶. Il s’agit d’une étape importante, car son rôle est fondamentalement distinct. Comme le font observer les juges majoritaires de la Cour dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 :

Les première et deuxième étapes de l’analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. [. . .] La troisième étape de l’analyse de la proportionnalité donne l’occasion d’apprécier, à la lumière des détails d’ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. [par. 125]

[78] C’est la raison pour laquelle l’ancien président de la Cour suprême d’Israël, Aharon Barak, voit dans cette dernière étape [TRADUCTION] « le cœur même de la proportionnalité » (« Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 380). Et, dans l’arrêt *Hutterian Brethren*, la juge Abella écrit que « la majeure partie de l’analyse conceptuelle doit être faite à l’étape finale — celle de la proportionnalité. Après tout, c’est de la proportionnalité dont il est censé être question à l’article premier » (par. 149).

[79] Je suis d’accord. Bien que, de nos jours, au Canada, l’atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours sur l’article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur

⁶ Initialement, dans l’arrêt *Oakes*, cette dernière étape visait à comparer les effets préjudiciables de la mesure restrictive et l’objectif de la loi. Toutefois, dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer a reformulé le critère afin de tenir compte de la « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques » parce que la qualification de la dernière étape « comme concernant uniquement l’équilibre entre l’objectif et les effets préjudiciables d’une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité » (p. 889 (soulignement omis)).

heart of s. 1.⁷ It is only at this final stage that courts can transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society "in direct and explicit terms" (J. Cameron, "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 66). In other words, this final step allows courts to stand back to determine on a normative basis whether a rights infringement is justified in a free and democratic society. Although this examination entails difficult value judgments, it is preferable to make these judgments explicit, as doing so enhances the transparency and intelligibility of the ultimate decision. Further, as mentioned, proceeding to this final stage permits appropriate deference to Parliament's choice of means, as well as its full legislative objective.

[80] In this case, there are important differences between the effects of the two impugned amendments. I will therefore consider the two provisions separately.

- (i) Balancing the Deleterious and Salutory Effects of the Retrospective Operation of Section 161(1)(c) of the *Criminal Code*

[81] The deleterious effects flowing from the retrospective operation of s. 161(1)(c) are substantial. At the individual level, in depriving offenders of the benefit of the lesser punishment, s. 161(1)(c) prevents the appellant and other offenders from freely participating in society following their release into the community. Before the new s. 161(1)(c) was introduced, outside the digital realm, judges could prohibit offenders only from attending public parks, public swimming pools, daycare centres,

⁷ See D. Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, at pp. 393-97; M. Zion, "Effecting Balance: *Oakes* Analysis Restaged" (2012-2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 431; Barak, at pp. 380-82; F. Schauer, "Proportionality and the Question of Weight", in G. Huscroft, B. W. Miller and G. Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, at pp. 181-85.

l'essence de l'examen de la proportionnalité qui est au cœur de l'application de l'article premier⁷. Ce n'est qu'à la dernière étape que le tribunal peut transcender l'objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne [TRADUCTION] « d'une manière directe et explicite » (J. Cameron, « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 66). Autrement dit, cette dernière étape permet au tribunal de prendre du recul pour décider, sous l'angle normatif, si l'atteinte au droit est justifiée dans une société libre et démocratique. Même si l'examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites de manière à accroître la transparence et l'intelligibilité de la décision ultime. En outre, je le rappelle, cette dernière étape donne au tribunal l'occasion de faire preuve de la déférence qui s'impose envers le législateur quant au moyen retenu et à l'objectif global poursuivi.

[80] En l'espèce, il existe des différences importantes entre les effets des deux dispositions issues des modifications. Je les examine donc séparément.

- (i) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) du *Code criminel*

[81] Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)(c) sont importants. À l'échelle individuelle, en privant l'appelant de son droit de bénéficier de la peine la moins sévère, l'alinéa l'empêche — ainsi que d'autres contrevenants — de participer librement à la société une fois libéré et rendu à la collectivité. Avant l'adoption du nouvel al. 161(1)(c), le tribunal pouvait seulement, à l'extérieur du domaine numérique, interdire au contrevenant de fréquenter un parc public, une piscine, une

⁷ Voir D. Grimm, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, p. 393-397; M. Zion, « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Restaged » (2012-2013), 43 *R.O. Ottawa* 431; Barak, p. 380-382; F. Schauer, « Proportionality and the Question of Weight », dans G. Huscroft, B. W. Miller et G. Webber, dir., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, p. 181-185.

schoolgrounds, playgrounds, and community centres, or from seeking employment or volunteer opportunities involving children. The new s. 161(1)(c) potentially goes much further and prohibits “any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years” in a public or private space. For example, offenders might be prohibited from conversing with younger members of their family, or from freely moving about certain private and public spaces where children are present. This expanded prohibition, relative to the more limited prohibitions that existed previously, constitutes a substantial intrusion on the liberty and security of certain offenders.

[82] The deleterious effects experienced by specific offenders translate into broader societal harms. By impacting people like the appellant with a punishment of which they had no notice, the retrospective operation of s. 161(1)(c) undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law. These are core tenets of our justice system.

[83] The adverse impact the retrospective operation of s. 161(1)(c) has on fairness and the rule of law is particularly acute because, in broadening the scope of prohibited conduct, Parliament does not appear to have been responding to an emerging threat, or an evolving social context. Unfortunately, sexual offences against children have persisted for centuries. Setting aside for the moment the use of technology to contact young people, which is captured by s. 161(1)(d), why was additional protection required in 2012? In terms of sexual offences resulting from physical proximity, on this record, there appears to have been little change in the nature and degree of risk facing children since the last time s. 161(1) was amended. The dearth of a compelling temporal justification for imposing s. 161(1)(c) retrospectively enhances the damage the provision does to fairness and the rule of law, and thus

garderie, le terrain d’une école, un terrain de jeu ou un centre communautaire, ou de rechercher un emploi ou d’offrir ses services comme bénévole dans un domaine lié aux enfants. Le nouvel al. 161(1)(c) pourrait permettre au tribunal d’aller beaucoup plus loin et de lui interdire d’avoir « des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé. Par exemple, le tribunal pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants. Par rapport aux interdictions de portée plus restreinte qui existaient auparavant, il s’agit d’un empiétement substantiel sur le droit à la liberté et à la sécurité de certains contrevenants.

[82] Les effets préjudiciables subis par les contrevenants individuels se traduisent par un préjudice plus large infligé à la société. En condamnant un contrevenant comme l’appelant à une peine dont il ne se savait pas passible, l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) compromet l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux préceptes fondamentaux de notre système de justice.

[83] L’incidence préjudiciable de l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit est particulièrement grave, car en élargissant la portée de l’interdiction, le législateur ne paraît pas donner ainsi suite à une menace nouvelle ou à quelque évolution du contexte social. Les enfants sont malheureusement victimes d’infractions sexuelles depuis des siècles. On peut se demander, en faisant momentanément abstraction de l’utilisation de la technologie pour entrer en contact avec de jeunes personnes, laquelle fait l’objet de l’al. 161(1)(d), pour quelle raison une protection supplémentaire s’imposait en 2012. En ce qui concerne les infractions sexuelles résultant d’une proximité physique, au vu du dossier, la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du

undermines public confidence in the criminal justice system.

[84] The Crown submits that the benefit of retrospectively applying s. 161(1)(c) is that more children will be protected from sexual violence. In advancing this claim, the Crown chiefly relies on social science articles and statistics relating to recidivism of sexual offenders in order to clarify the risk children face when sexual offenders are released into the community.

[85] The Crown's social science articles endeavour to quantify rates of recidivism of sexual offenders. One article pegged the recidivism rates for "child molesters" at 13% 5 years following the commission of the offence, 18% after 10 years, and 23% after 15 years.⁸ The authors found that the recidivism rate for sexual offenders who victimize extra familial young boys (35% after 15 years) is significantly higher than the average recidivism rate for all sexual offenders (24% after 15 years) (p. 8). These recidivism rates were confirmed by another article adduced by the Crown, which asserts that "[s]exual interest in children was a significant predictor of sexual recidivism".⁹ That is, "[t]hose individuals with identifiable interests in deviant sexual activities were among those most likely to continue sexual offending. The evidence was strongest for sexual interest in children" (p. 15). The authors further observed that these figures "should be considered to underestimate the real recidivism rates"

par. 161(1). L'inexistence d'une justification d'ordre temporel convaincante de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) accroît l'atteinte à l'équité des procédures criminelles et à la primauté du droit et mine par conséquent la confiance du public dans le système de justice criminelle.

[84] Le ministère public soutient que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) permet de protéger plus d'enfants contre la violence sexuelle. Il invoque principalement à l'appui de sa prétention des articles et des statistiques relevant des sciences sociales et portant sur la récurrence sexuelle afin de préciser le risque que courent les enfants lorsqu'un délinquant sexuel est libéré et rendu à la collectivité.

[85] Les auteurs des articles en question tentent de déterminer le taux de récurrence en matière d'infractions sexuelles. Dans le cas des « agresseurs d'enfants », l'un d'eux fixe ce taux à 13 p. 100 cinq ans après la perpétration de l'infraction, à 18 p. 100 dix ans après et à 23 p. 100 quinze ans après.⁸ Les auteurs concluent que le taux de récurrence des délinquants sexuels qui s'en prennent à de jeunes garçons qui ne font pas partie de leur famille (35 p. 100 quinze ans après l'infraction) est de beaucoup supérieur à la moyenne pour l'ensemble des délinquants sexuels (24 p. 100 quinze ans après) (p. 10). Un autre article confirme ces données, et son auteur ajoute que « [l']existence chez ces délinquants d'intérêts sexuels à l'égard des enfants constitu[e] un prédicateur significatif de la récurrence sexuelle »⁹. Autrement dit, « [l]es délinquants qui manifest[ent] des intérêts identifiables à l'égard d'activités sexuelles déviantes [sont] parmi les plus susceptibles de continuer à commettre des

⁸ Public Safety and Emergency Preparedness Canada, "Sex Offender Recidivism: A Simple Question", by A. J. R. Harris and R. K. Hanson, March 2004 (online), at p. 7. This study used data from 10 follow-up studies of adult male sexual offenders with a combined sample of 4,724 offenders.

⁹ Public Safety and Emergency Preparedness Canada, "Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis", by R. K. Hanson and K. Morton-Bourgon, February 2004 (online), at p. 9. This article examined the research evidence of 95 different studies, involving more than 31,000 sexual offenders.

⁸ Sécurité publique et Protection civile Canada, « La récurrence sexuelle : d'une simplicité trompeuse », par A. J. R. Harris et R. K. Hanson, mars 2004 (en ligne), p. 9. Cette étude s'appuie sur les données de 10 études de suivi visant des délinquants sexuels adultes de sexe masculin et comportant un échantillon combiné de 4 724 contrevenants.

⁹ Sécurité publique et Protection civile Canada, « Les prédicteurs de la récurrence sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. K. Hanson et K. Morton Bourgon, février 2004 (en ligne), p. 11. L'article examine les éléments de preuve issus de 95 études visant plus de 31 000 délinquants sexuels.

because sexual crimes are significantly underreported (p. 8).

[86] These recidivism rates are significant. I accept that a non-trivial number of sexual offenders commit further sexual crimes after being released into the community. And the odds of this occurring appear to increase in the context of sexual offences against children. This is the harm the 2012 amendments are aimed at mitigating.

[87] The Crown also seeks to demonstrate the beneficial effects of making these enhanced prohibitions available retrospectively through statistics relating to the number of offenders potentially impacted by the 2012 amendments. Since the amendments came into force and as of May 14, 2015, 157 s. 161 orders have been imposed in British Columbia on offenders who committed their offences prior to August 9, 2012. And as of that same date there were 239 accused persons in British Columbia charged with offences captured by s. 161 that were committed prior to the coming into force of the 2012 amendments. On a national scale, these numbers would clearly be much higher. These statistics suggest that if the 2012 amendments cannot operate retrospectively, sentencing judges will be unable to consider imposing the enhanced prohibitions found in s. 161(1)(c) and (d) on many hundreds of sex offenders across the nation.

[88] I accept that the Crown's fresh evidence assists in identifying recidivism rates and the number of offenders who stand to be impacted by the retrospective operation of the 2012 amendments. Real risks to children are certainly present. And I accept that a provision prohibiting contact between sexual offenders and children will, to some extent, assist in mitigating these risks.

infractions sexuelles. La preuve [est] particulièrement solide pour l'intérêt sexuel à l'égard des enfants » (p. 18). Les auteurs font aussi observer que ces chiffres « doivent être considérés comme une sous-estimation des taux de récidive réels », étant donné que les crimes sexuels sont nettement sous-signalés (p. 10).

[86] Ces taux de récidive sont élevés. Je conviens qu'un nombre non négligeable de délinquants sexuels commettent d'autres crimes sexuels après leur libération et leur retour dans la collectivité. Et le risque de récidive sexuelle semble augmenter lorsque leurs victimes sont des enfants. Tel est le préjudice que les modifications de 2012 visaient à réduire.

[87] Le ministère public cherche aussi à démontrer les effets bénéfiques de l'application rétrospective des interdictions de portée accrue au moyen de statistiques sur le nombre de contrevenants susceptibles d'être touchés par les modifications de 2012. Entre l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions et le 14 mai 2015, 157 ordonnances ont été rendues en Colombie-Britannique sur le fondement de l'art. 161 à l'endroit de contrevenants dont les actes criminels étaient antérieurs au 9 août 2012. En date du 14 mai 2015 et dans la même province, 239 personnes avaient été accusées d'infractions visées à l'art. 161 et commises avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. À l'échelle nationale, les chiffres sont assurément beaucoup plus élevés. Ces statistiques donnent à penser que si les nouvelles dispositions ne peuvent être appliquées rétrospectivement, les juges qui déterminent la peine ne pourront envisager de soumettre des centaines de délinquants sexuels partout au pays aux nouvelles interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d).

[88] Je conviens que la preuve nouvelle du ministère public contribue à l'établissement des taux de récidive ainsi que du nombre de contrevenants susceptibles d'être touchés par l'application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. Il existe assurément un risque réel pour les enfants. Je reconnais également qu'une disposition interdisant au délinquant sexuel d'avoir des contacts avec des enfants contribuera jusqu'à un certain point à réduire ce risque.

[89] However, the appellant correctly points out that the Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the *degree of enhanced* protection s. 161(1)(c) provides in comparison to the previous version of the prohibition. It is therefore unclear what effect the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) would have on the recidivism rates identified by the Crown. And there is no evidence demonstrating that the risks s. 161(1)(c) are directed at have changed quantitatively or qualitatively, such that the fundamental fairness and rule of law concerns would be mitigated. Even in the passages of the legislative record that the Crown put before this Court, it is striking that there was almost no discussion of why the amendments to s. 161(1)(c) were required to better protect children.

[90] Put simply, the precise benefits of the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) remain unclear. It can be difficult to prove a negative, which is why reason and logic are important complements to tangible evidence. And, to some extent, these evidentiary difficulties may be unavoidable. After all:

Public policy is often based on approximations and extrapolations from the available evidence, inferences from comparative data, and, on occasion, even educated guesses. Absent a large-scale policy experiment, this is all the evidence that is likely to be available. Justice La Forest offered an observation in *McKinney* which rings true: “[d]ecisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society”.

(S. Choudhry, “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 524, quoting *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 304.)

[89] Or, l’appelant souligne à juste titre que le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert par le nouvel al. 161(1)(c) comparativement au libellé antérieur de l’interdiction. L’effet de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)(c) sur les taux de récidive avancés par le ministère public demeure donc indéterminé. Et aucune preuve ne démontre que le risque auquel cet alinéa est censé s’attaquer a changé sur les plans quantitatif ou qualitatif de manière à atténuer les craintes liées à l’équité fondamentale et à la primauté du droit. Même les extraits du dossier législatif déposés devant la Cour par le ministère public montrent de manière frappante que l’opportunité de modifier l’al. 161(1)(c) afin de mieux protéger les enfants n’a pratiquement fait l’objet d’aucun débat.

[90] Dit simplement, les effets bénéfiques précis de l’application *rétrospective* de l’al. 161(1)(c) demeurent indéterminés. Il peut se révéler difficile de prouver l’inexistence de quelque chose. C’est pourquoi la raison et la logique constituent des compléments importants à la preuve matérielle. Et jusqu’à un certain point, ces difficultés de preuve peuvent être inéluctables. Après tout :

[TRADUCTION] Les politiques gouvernementales sont souvent élaborées à partir d’approximations et d’extrapolations découlant de la preuve disponible, d’inférences tirées de données comparatives et même, à l’occasion, d’hypothèses émises en connaissance de cause. En l’absence de recherches politiques de grande envergure, cette preuve est vraisemblablement la seule dont on peut disposer. Dans *McKinney*, le juge La Forest a fait une observation très juste : « [d]ans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d’hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l’expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ».

(S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524, citant *McKinney v. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304-305.)

[91] Nonetheless, s. 1 mandates that the limitation on the right be *demonstrably* justified. As Dickson C.J. wrote in *Oakes*, this is a “stringent standard of justification” (p. 136). The retrospective operation of the impugned measure adversely impacts the liberty and security of offenders (relative to the previous version of s. 161), and, importantly, the fairness of criminal proceedings and the rule of law. Although this adverse impact will be experienced only when a judge concludes it is necessary to alleviate the risk the offender poses to children, it remains the case that the deleterious effects of the impugned measure are significant and tangible.

[92] In comparison, the benefits society stands to gain are marginal and speculative. While the Crown’s evidence regarding recidivism of sexual offenders begins to paint the picture (particularly since it shows that sex offenders who victimize children are more likely to reoffend), the rendering remains largely incomplete. In particular, the Crown has provided no temporal justification for the retrospective limitation, nor much evidence to establish the degree of enhanced protection s. 161(1)(c) provides. For example, the record suggests that many sexual assaults committed against children are perpetrated by family members or acquaintances. But surely this reality did not just recently come to Parliament’s attention. In the context of a s. 11(i) infringement, one expects the Crown to better explain why *retrospective* penal laws were required.

[93] Temporal considerations are relevant in this content because, at its root, s. 11(i) is about the *timing* of changes to penal laws. In this case, it is not Parliament’s decision to increase the punishment for sexual offenders that has, by itself, triggered *Charter* scrutiny — rather, it is Parliament’s decision to reach back in time to impose these enhanced

[91] Néanmoins, l’article premier exige que la justification de la restriction du droit *puisse se démontrer*. Comme le dit le juge en chef Dickson dans *Oakes*, il s’agit d’une « norme sévère en matière de justification » (p. 136). L’application rétrospective de la mesure en cause a une incidence préjudiciable sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant (comparativement au libellé antérieur de l’art. 161) et, fait important, sur l’équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Certes, cette incidence préjudiciable n’existe que lorsqu’un juge conclut à la nécessité d’atténuer le risque que le contrevenant représente pour les enfants, mais il demeure que les effets préjudiciables de la mesure en cause sont importants et tangibles.

[92] En comparaison, les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Bien que la preuve du ministère public concernant la récidive chez les délinquants sexuels esquisse le tableau de la situation (surtout en montrant que les délinquants sexuels qui s’en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels), le tableau demeure largement incomplet. En particulier, le ministère public n’a pas fait valoir l’existence d’une justification d’ordre temporel de la restriction rétrospective du droit et a avancé bien peu d’éléments pour établir le degré de protection accrue offert par l’al. 161(1)c). À titre d’exemple, le dossier indique que de nombreuses agressions sexuelles d’enfants sont perpétrées par des membres de la famille ou par des connaissances. Or, le législateur ne vient assurément pas tout juste de l’apprendre. Face à une allégation d’atteinte au droit que garantit l’al. 11i), on s’attendrait à ce que le ministère public en fasse davantage pour convaincre le tribunal de la nécessité qu’une disposition pénale s’applique *rétrospectivement*.

[93] Les considérations d’ordre temporel importent dans ce contexte, car l’al. 11i) s’intéresse foncièrement au *moment où intervient* la modification d’une disposition à caractère punitif. Dans la présente affaire, ce qui porte atteinte au droit garanti par l’al. 11i), ce n’est pas le choix du législateur d’accroître la peine infligée au délinquant sexuel

prohibitions on offenders who had no notice of them that offends s. 11(i). Thus, temporal factors that may help explain Parliament's rationale for circumventing a basic tenet of our criminal law are relevant to the s. 11(i) inquiry. When it comes to s. 11(i), timing can be everything.

[94] Evidence related to the risks of recidivism is generally insufficient, on its own, to discharge the Crown's justificatory burden. To hold otherwise would be to potentially eviscerate the s. 11(i) right for the simple reason that retrospectively increasing punishment in order to curtail the risk of recidivism is a rationale that could apply to a broad range of crimes.

[95] It may be tempting to conclude that mitigating the risk of sexual violence to even one child is worth the costs. However, there can be no broad exception to the protection of s. 11(i) whenever the victim is a child. Such an approach ascribes almost no value to the right. Section 11(i) protects fundamental interests that can be overridden only in demonstrably compelling circumstances. In my view, the Crown has failed to show that the largely speculative salutary effects of the retrospective operation of s. 161(1)(c) outweigh its tangible and substantial drawbacks.

[96] The retrospective operation of s. 161(1)(c) therefore cannot be justified under s. 1. As a result, s. 161(1)(c) applies only prospectively — that is, only to offenders who committed their offences after the 2012 amendments came into force (s. 52(1), *Constitution Act, 1982*).

[97] I note that there are other prohibition orders under the *Criminal Code* that may assist the Crown

et qui est à l'origine de l'examen au regard de la *Charte*, mais plutôt sa décision de remonter dans le temps pour rendre le contrevenant passible, sans que ce dernier ne l'ait su au moment de perpétrer l'infraction, de nouvelles interdictions dont la portée est accrue. Dès lors, les considérations d'ordre temporel qui sont susceptibles d'expliquer la décision du législateur de contourner un précepte fondamental du droit criminel sont pertinentes dans le cadre de l'examen que commande l'al. 11*i*). S'agissant de cette disposition de la *Charte*, la situation dans le temps peut primer toute autre considération.

[94] La preuve liée au risque de récidive est généralement insuffisante à elle seule pour permettre au ministère public de s'acquitter de son obligation de justification. Conclure le contraire pourrait vider de sa substance le droit garanti par l'al. 11*i*) pour la simple raison que l'accroissement rétrospectif de la peine dans le but de réduire le risque de récidive relève d'une logique susceptible de s'appliquer à une grande variété de crimes.

[95] On pourrait être tenté de conclure que la réduction du risque qu'un seul enfant soit victime de violence sexuelle en vaut le coût. Toutefois, il ne saurait y avoir d'exception générale à la protection de l'al. 11*i*) chaque fois que la victime est un enfant, sinon le droit protégé serait presque dénué de toute valeur. L'alinéa 11*i*) protège des droits fondamentaux qu'on ne peut écarter que dans des circonstances dont le caractère impérieux peut être démontré. À mon avis, le ministère public n'a pas établi que les effets bénéfiques largement conjecturaux de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) l'emportent sur ses inconvénients tangibles et substantiels.

[96] L'application rétrospective de l'al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l'article premier. En conséquence, l'alinéa ne s'applique que prospectivement, c'est-à-dire seulement au contrevenant qui a commis l'infraction après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012 (par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

[97] Je constate que le *Code criminel* — notamment aux art. 810, 810.1 et 810.2 — prévoit d'autres

to some extent in filling the gap left by the lack of any retrospective application of s. 161(1)(c), such as those that can be imposed pursuant to ss. 810, 810.1, and 810.2. However, I make no further comment on those provisions since they were not meaningfully raised or argued by any of the parties before us.

(ii) Balancing the Deleterious and Salutory Effects of the Retrospective Operation of Section 161(1)(d) of the *Criminal Code*

[98] The deleterious effects resulting from the retrospective operation of s. 161(1)(d) are also significant. A complete ban on “using the Internet or other digital network” — an indispensable tool of modern life and an avenue of democratic participation — is more intrusive than the previous ban on “using a computer system . . . for the purpose of communicating” with young people. This constitutes a significant deprivation of liberty. Therefore, the retrospective operation of s. 161(1)(d) can erect massive barriers to an offender’s full participation in society, which may result in substantial consequences both socially and economically.

[99] As with the retrospective operation of s. 161(1)(c), the imposition of punishment without notice translates into broader societal harms, including compromising the fairness of criminal proceedings and challenging the rule of law. Clarity and predictability are central to the proper functioning of the criminal justice system, and are at the core of s. 11(i)’s purpose. Respect for the law and public confidence in the administration of justice are threatened when laws are changed retrospectively, without notice.

[100] Turning to the salutary effects, the Crown’s evidence relating to the risk of harm from recidivism of sexual offenders, discussed above, applies equally here; however, when it comes to s. 161(1)(d),

ordonnances portant interdiction grâce auxquelles le ministère public pourrait, dans une certaine mesure, combler le vide occasionné par l’application non rétrospective de l’al. 161(1)c). Je m’abstiens cependant de toute remarque supplémentaire sur ces dispositions puisque leur application n’a pas été soulevée ou plaidée devant nous par l’une ou l’autre des parties.

(ii) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) du *Code criminel*

[98] Les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) sont eux aussi importants. L’interdiction totale « d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique » — un outil indispensable de la vie moderne, de même qu’une voie de participation à la démocratie — constitue un plus grand empiétement que l’interdiction antérieure « d’utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer » avec de jeunes personnes. Il en résulte une atteinte importante au droit à la liberté. Dès lors, l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) peut faire considérablement obstacle à la pleine participation du contrevenant à la société, ce qui est susceptible d’avoir de grandes conséquences socio-économiques.

[99] Comme pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), l’infliction d’une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l’équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. La clarté et la prévisibilité sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice criminelle et elles sont au cœur de la raison d’être de l’al. 11*i*). Le respect de la loi et la confiance du public dans l’administration de la justice sont mis en péril lorsqu’une règle de droit est modifiée rétrospectivement sans que l’intéressé n’ait pu connaître la nouvelle version au moment de commettre l’acte criminel.

[100] En ce qui concerne les effets bénéfiques, la preuve susmentionnée offerte par le ministère public sur le risque de préjudice lié à la récidive propre aux délinquants sexuels vaut également pour

this evidence is buttressed by other important considerations.

[101] As I shall explain, in brief, the record before this Court demonstrates that s. 161(1)(d) is directed at grave, emerging harms precipitated by a rapidly evolving social and technological context. This evolving context has changed both the *degree* and *nature* of the risk of sexual violence facing young persons. As a result, the previous iteration of s. 161 became insufficient to respond to the modern risks children face. By closing this legislative gap and mitigating these new risks, the benefits of the retrospective operation of s. 161(1)(d) are significant and fairly concrete.

[102] The rate of technological change over the past decade has fundamentally altered the social context in which sexual crimes can occur. Social media websites (like Facebook and Twitter), dating applications (like Tinder), and photo-sharing services (like Instagram and Snapchat) were all founded *after* 2002, the last time prior to the 2012 amendments that substantial revisions to s. 161(1) were made. These new online services have given young people — who are often early adopters of new technologies — unprecedented access to digital communities. At the same time, sexual offenders have been given unprecedented access to potential victims and avenues to facilitate sexual offending.

[103] The legislative record before this Court speaks to this rapid evolution and shows that, in enacting s. 161(1)(d) and giving it retrospective effect, Parliament was attempting to keep pace with technological changes that have substantially altered the degree and nature of the risks facing children. For example, at the second reading of the Bill, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said, “An increasing number of child sex offenders also use the Internet and other new technologies to facilitate the grooming of victims or to commit other child sex offences” (p. 6787). At a Committee debate, the Acting

l'al. 161(1)d), mais d'autres considérations d'importance viennent l'étayer.

[101] En bref, comme je l'explique plus loin, il appert du dossier de la Cour que l'al. 161(1)d s'attaque aux nouveaux préjudices graves dont l'infliction est précipitée par l'évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le *degré* que la *nature* du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l'art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu'elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d comporte des effets bénéfiques importants assez concrets.

[102] La vitesse à laquelle la technologie a évolué au cours de la dernière décennie a fondamentalement modifié le contexte social dans lequel peuvent survenir les crimes sexuels. Les médias sociaux (comme Facebook et Twitter), les applications de rencontres (comme Tinder), de même que les services de partage de photos (comme Instagram et Snapchat) ont tous vu le jour *après* 2002, soit l'année où le par. 161(1) avait été modifié la fois précédente. Ces nouveaux services en ligne ont donné aux jeunes — qui sont souvent les premiers à adopter les nouvelles technologies — un accès sans précédent aux communautés numériques. Parallèlement, les délinquants sexuels ont obtenu un accès inédit à des victimes potentielles et à des moyens qui facilitent la commission d'infractions sexuelles.

[103] Le dossier législatif dont dispose la Cour fait état de cette évolution rapide et montre que, par l'édiction de l'al. 161(1)d et son application rétrospective, le législateur entendait se mettre au diapason de la technologie dont l'évolution avait substantiellement modifié le degré et la nature du risque auquel étaient exposés les enfants. Par exemple, lors de la deuxième lecture du projet de loi, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit : « De plus en plus de délinquants sexuels dont les victimes sont des enfants utilisent aussi Internet et les nouvelles technologies pour

General Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice testified:

... what Bill C-54 recognizes is that offenders use the Internet computer systems for all sorts of reasons. Yes, they use it to communicate directly with a young person, and we catch that already, but they use it also to offend, in their offending pattern, whether it's to access child pornography, for example . . .

So the idea with Bill C-54 is to require a court to turn its mind to this each time it is sentencing a person who is convicted of one of these child sex offences and to consider whether in that instance, with the offender before them, given the nature of the offending pattern and the conduct before the court, there should be a restriction on that individual's access to the Internet or other technology that would otherwise facilitate his or her reoffending.

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, at p. 4)

[104] As well, a Statistics Canada Director (who was testifying before the Committee) said, “What we can say based on those data is that the number of charges of child luring via the Internet is increasing” (*Evidence*, No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, at p. 7). The legislative record contains other similar passages.

[105] In addition to this testimony concerning the evolving risks children face, others testified that controlling an offender's access to the Internet is an effective means of curbing these risks. For example, during other Committee debates, the Executive Director of BOOST Child Abuse Prevention and Intervention testified that “[t]he emerging research connecting online offences to hands-on sexual offences emphasizes the importance of the court's ability . . . to permit the offender use of the Internet

faciliter la “préparation” des victimes ou pour commettre d'autres infractions de nature sexuelle à l'endroit d'un enfant » (p. 6787). Lors du débat en comité, l'avocate générale intérimaire, Section de la politique en matière de droit pénal du ministère de la Justice, a témoigné :

... ce que le projet de loi C-54 reconnaît, c'est que les délinquants peuvent utiliser des ordinateurs reliés à Internet à toutes sortes de fins. Oui, ils les utilisent pour communiquer directement avec une jeune personne — et la loi couvre déjà cet aspect —, mais aussi pour commettre d'autres délits, selon leur comportement délinquant, qu'il s'agisse par exemple d'accéder à de la pornographie infantile . . .

Donc, l'idée, avec ce projet de loi C-54, est d'obliger un tribunal à en tenir compte chaque fois qu'il impose une peine à une personne reconnue coupable d'une de ces infractions de nature sexuelle à l'égard d'enfants, et à examiner si, en l'espèce, compte tenu du délinquant qu'il a devant lui, de la nature de son comportement criminel ou de sa conduite devant le tribunal, il y a lieu de restreindre l'accès de cette personne à Internet ou à d'autres technologies qui pourraient autrement faciliter une récidive de sa part.

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 50, 3^e sess., 40^e lég., 28 février 2011, p. 4)

[104] Par ailleurs, une directrice de Statistique Canada appelée à témoigner devant le comité a déclaré : « Ce que nous pouvons dire, sur la base de ces données, est que le nombre d'accusations de leurre d'enfants par Internet est en hausse » (*Témoignages*, n° 49, 3^e sess., 40^e lég., 16 février 2011, p. 7). D'autres passages du dossier législatif vont dans le même sens.

[105] Outre ces témoignages sur l'évolution du risque auquel sont exposés les enfants, d'autres ont porté sur le fait que contrôler l'accès d'un contrevenant à Internet constitue un moyen efficace de réduire ce risque. Par exemple, à une autre séance du comité, la directrice générale de BOOST Child Abuse Prevention and Intervention a déclaré que « [l]es nouvelles recherches qui établissent un lien entre les cyberprédateurs et les infractions réelles font état de l'importance que les tribunaux interdisent à un

only when supervised” (*Evidence*, No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, at p. 6).¹⁰

[106] The Crown’s social science literature also addresses the unique role the Internet plays in facilitating sexual crimes against children. For example:

The number of detected online sex offenders has drastically increased since the early 2000s

. . . .

. . . Indeed, the rates of online sexual crimes, and child pornography offences in particular, have increased substantially with the increasing use of the internet

. . . .

. . . Specifically, the ease of access to online child pornography may contribute to a new group of offenders who succumb to temptations that they would have otherwise controlled.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson and H. VanZuylen, “Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children” (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, at p. 46)

¹⁰ Another individual, who had been involved with police training, testified as follows:

In 2010, I completed a pan-Canadian research project that examined the exponential increase of crimes of exploitation committed on or facilitated by the Internet against children in Canada and globally. Accessing images of child abuse — somewhat understated by the use of the term “child pornography” — child luring, trafficking, and travelling for the purpose of sexual offending are crimes increasingly facilitated by modern, ubiquitous technologies, especially the Internet, around the globe. . . .

. . . .

. . . To prevent the ever-increasing numbers of crime, offenders must be disconnected from social networking sites through which they lurk and stalk.

(*Evidence*, No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, at pp. 5-6)

délinquant [. . .] d’utiliser Internet à moins d’être supervisé » (*Témoignages*, n° 46, 3^e sess., 40^e lég., 7 février 2011, p. 6)¹⁰.

[106] La documentation de sciences sociales produite par l’intimée fait également état du rôle unique d’Internet dans la facilitation de la commission d’infractions sexuelles contre des enfants. Par exemple :

[TRADUCTION] La détection de délinquants sexuels en ligne a radicalement augmenté depuis le début des années 2000

. . . .

. . . En fait, le taux de criminalité sexuelle en ligne, la pornographie juvénile en particulier, a substantiellement augmenté du fait du recours accru à Internet

. . . .

. . . Plus particulièrement, la facilité d’accès à la pornographie juvénile en ligne peut contribuer à l’émergence d’un nouveau type de contrevenant qui succombe à une tentation à laquelle il aurait résisté autrement.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson et H. VanZuylen, « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, p. 46)

¹⁰ Une autre personne qui avait participé à la formation de policiers a offert le témoignage suivant :

En 2010, j’ai mené un projet de recherche pancanadien qui consistait à examiner la hausse exponentielle des crimes d’exploitation commis sur Internet, ou grâce à Internet, contre des enfants au Canada et ailleurs. Accéder à des images d’enfants exploités sexuellement — sous-évaluées en quelque sorte par l’utilisation du terme « pornographie juvénile » — leurrer des enfants, faire la traite des enfants et voyager dans le but de les agresser sexuellement sont des crimes de plus en plus faciles à commettre en raison des technologies modernes et omniprésentes partout sur la planète, surtout Internet. . . .

. . . .

. . . Pour empêcher l’augmentation constante du nombre de crimes, on doit débrancher les agresseurs qui rôdent sur Internet et qui suivent des enfants.

(*Témoignages*, n° 44, 3^e sess., 40^e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6)

[107] New and qualitatively different opportunities to harm young people exist. The Internet is a portal to accessing and distributing child pornography, a crime that itself victimizes children. As this Court observed in *Sharpe*:

... possession of child pornography contributes to the market for child pornography, a market which in turn drives production involving the exploitation of children. Possession of child pornography may facilitate the seduction and grooming of victims and may break down inhibitions or incite potential offences. [para. 28]

Further, the Internet can be used to contact other adults for the purposes of planning and facilitating criminal behaviour — pursuits not captured by the previous version of s. 161.¹¹

[108] What emerges from the Crown’s materials is that the proliferation of new technologies has altered the nature and degree of risk facing children, which, in turn, created a legislative gap in s. 161. The previous iteration of s. 161 — which allowed sentencing judges to prohibit offenders only from using computer systems to contact children directly — was incapable of precluding sexual offenders from participating in other kinds of harmful behaviour. And, as the record and common sense suggest, monitoring an offender’s use of the Internet can limit an offender’s opportunities to offend and prevent this harmful behaviour.

[109] This unique social and technological context leads me to the conclusion that the benefits occasioned by retrospectively imposing the Internet

¹¹ In one disturbing case summarized by an expert witness who testified before the parliamentary committee studying the Bill, two adults were chatting with each other in an online forum to set up an ‘exchange’ of children (*Evidence*, No. 46, at p. 5, testimony of Lianna McDonald).

[107] De nouvelles avenues intrinsèquement différentes s’offrent pour s’en prendre aux jeunes. Internet est un portail qui permet d’accéder à la pornographie juvénile et d’en faire la distribution, un crime dont sont en soi victimes les enfants. Comme le fait observer la Cour dans l’arrêt *Sharpe* :

... la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l’exploitation d’enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l’initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d’infractions. [par. 28]

En outre, Internet peut permettre à un adulte de communiquer avec un autre pour planifier et faciliter un comportement criminel, ce que n’envisageait pas la version antérieure de l’art. 161¹¹.

[108] Il appert donc des documents déposés par le ministère public que la prolifération des technologies nouvelles a modifié la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants, d’où la lacune législative de l’art. 161. La précédente mouture de cet article qui permettait au juge appelé à déterminer la peine d’interdire seulement au contrevenant d’utiliser un système informatique pour communiquer directement avec un enfant n’était pas de nature à empêcher un délinquant sexuel de se livrer à d’autres activités préjudiciables. Et, comme le donnent à penser le dossier et le sens commun, surveiller l’utilisation d’Internet par un contrevenant peut restreindre les possibilités qui s’offrent à ce dernier de commettre une infraction et peut prévenir un tel comportement préjudiciable.

[109] Ce contexte sociotechnologique unique m’amène à conclure que les effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’interdiction d’utiliser

¹¹ Dans une affaire troublante résumée par un témoin expert devant le comité parlementaire étudiant le projet de loi, deux adultes clavardaient l’un avec l’autre dans un forum en ligne pour organiser un « échange » d’enfants (*Témoignages*, n° 46, p. 5, Lianna McDonald).

prohibition contained in s. 161(1)(d) are greater and more certain than those stemming from s. 161(1)(c).

[110] The fact that Parliament enacted s. 161(1)(d) as a means of closing a legislative gap created by rapid social and technological change does not just enhance the salutary effects of the law: it mitigates the provision's deleterious effects, too. From the perspective of public confidence in the criminal justice system, the retrospective operation of a law that was enacted to respond to a swiftly changing social context and emerging threats seems less unfair and less inconsistent with the rule of law than the retrospective operation of a law that was not enacted for a compelling temporal reason. As Professor C. Sampford writes in his book, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), "Retrospective laws which close 'loopholes' and 'unexpected interpretations and consequences' reinforce the guidance of primary laws" and can therefore advance the fairness of the legal system as a whole (p. 81).

[111] Thus, while fairness and the rule of law are compromised by laws that retrospectively undermine a citizen's liberty and security, these broader societal harms are mitigated by Parliament's compelling temporal justification for giving s. 161(1)(d) retrospective effect.

[112] I now must balance the deleterious and salutary effects of the law. As discussed, s. 161(1)(d) constitutes a significant impact on an offender's liberty and security. The impugned measure also has negative ramifications for society as a whole. Fairness and the rule of law are compromised by laws that retrospectively undermine a citizen's liberty and security, although these broader societal harms are less acute given the context in which the government legislated. In addition, the adverse impact the provision has on offenders will be experienced

Internet prévue à l'al. 161(1)d) sont plus grands et plus certains que ceux de l'application rétrospective de la nouvelle interdiction prévue à l'al. 161(1)c).

[110] Le fait que le législateur a édicté l'al. 161(1)d) afin de combler la lacune législative résultant de l'évolution rapide de la société et de la technologie ne fait pas qu'accroître les effets bénéfiques de la règle de droit, mais atténue également ses effets préjudiciables. En ce qui concerne la confiance du public dans le système de justice criminelle, l'application rétrospective d'une règle de droit visant à adapter la loi à un contexte social qui évolue rapidement et à des menaces nouvelles paraît moins contraire à l'équité des procédures criminelles et à la primauté du droit que l'application rétrospective d'une règle de droit qui n'a pas été édictée pour une raison d'ordre temporel convaincante. Comme l'écrit le Professeur C. Sampford dans son ouvrage intitulé *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), [TRADUCTION] « la disposition d'application rétrospective qui comble une "lacune" et remédie à "une interprétation ou une conséquence inattendues" renforce le message de la loi principale » et peut donc favoriser l'équité du système juridique dans son ensemble (p. 81).

[111] Par conséquent, bien que l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit soient compromises par une disposition qui porte rétrospectivement atteinte au droit à la liberté et à la sécurité d'un citoyen, ce préjudice général causé à la société est atténué par l'existence de la justification d'ordre temporel convaincante invoquée par le législateur pour donner un effet rétrospectif à l'al. 161(1)d).

[112] Je dois maintenant soupeser les effets préjudiciables de la règle de droit et ses effets bénéfiques. Je le répète, l'al. 161(1)d) a une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. La mesure considérée a aussi des répercussions défavorables sur l'ensemble de la société. L'équité des procédures criminelles et la primauté du droit sont compromises par une disposition qui porte atteinte rétrospectivement au droit à la liberté et à la sécurité d'un citoyen, même si ce préjudice social général est moins grave en raison

only when there is good reason: in circumstances where a judge finds that doing so will mitigate the risk an offender poses to children.

[113] As for the salutary effects, the record demonstrates that the Internet is increasingly being used to sexually offend against young people and that sex offenders who target children are more likely to reoffend. This is not simply about changing technology or general risks associated with recidivism, broad factors that can relate to many offences. Rather, the *nature and degree* of the risks facing some of the most vulnerable members of our society have changed drastically since 2002, the last time s. 161(1) was substantially amended. Technology and the proliferation of social media cyber communities have increased the degree of risk facing young persons. This has created new triggers, and new avenues for offenders to pursue in committing further offences. The previous prohibition was insufficient to address these evolving risks. But the enhanced prohibition in s. 161(1)(d) can restrict the viability of these routes. While it remains difficult to quantify the precise benefits the retrospective operation of s. 161(1)(d) may create, it seems to me that the salutary effects associated with s. 161(1)(d) are quite tangible and compelling.

[114] On balance, in my view, Parliament was justified in giving s. 161(1)(d) retrospective effect in the unique context within which it was legislating. A variety of factors support this conclusion. The harms at stake (sexual offending against young people) are particularly powerful. The statutory regime is highly tailored and discretionary. An Internet prohibition, while invasive, is not among the most onerous punishments, such as increased incarceration. And, significantly, the rapidly evolving technological and social context surrounding the enactment of s. 161(1)(d) has created new and emerging risks that make the law's salutary effects more concrete

du contexte dans lequel le gouvernement légifère. De plus, l'effet préjudiciable de la disposition sur le contrevenant ne se manifeste que lorsque son application est fondée, soit dans le cas où le juge conclut que, s'il applique la disposition, le risque auquel le contrevenant expose les enfants sera atténué.

[113] En ce qui concerne les effets bénéfiques, le dossier indique qu'Internet est de plus en plus utilisé pour commettre des infractions sexuelles contre des jeunes et que les délinquants sexuels qui s'en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels. L'évolution de la technologie ou les risques généraux liés à la récidive — des facteurs au large spectre susceptibles d'être associés à de nombreuses infractions — ne sont pas seuls en cause. En fait, *la nature et le degré* du risque auquel s'exposent certains des membres les plus vulnérables de notre société ont radicalement changé depuis 2002, l'année de la modification précédente du par. 161(1). La technologie et la prolifération des cybercollectivités de médias sociaux ont accru le degré du risque auquel sont exposés les jeunes personnes, de sorte que de nouvelles incitations et de nouvelles avenues amènent le contrevenant à persister dans son comportement criminel. L'interdiction antérieure n'était plus adaptée à l'évolution du risque, alors que la nouvelle — correspondant à l'al. 161(1)d) et dont la portée est accrue — peut réduire la viabilité de ces avenues. Bien qu'il demeure difficile de quantifier les effets bénéfiques précis de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d), ses effets bénéfiques me paraissent tout à fait tangibles et convaincants.

[114] Tout bien considéré, j'estime que le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l'al. 161(1)d) un effet rétrospectif. Diverses considérations appuient ma conclusion. Les préjudices en jeu (les infractions sexuelles commises à l'endroit de jeunes personnes) sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L'interdiction d'utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue. Et surtout, l'évolution rapide de la technologie et le contexte

— while mitigating the adverse impact the law has on fairness and the rule of law. Although any one of these factors may have been insufficient in isolation, taken together, they create a compelling case. The benefits of the law outweigh its deleterious effects.

VI. Disposition

[115] I find that the retrospective operation of s. 161(1)(c) of the *Criminal Code* limits the right protected by s. 11(i) of the *Charter* and that this limit is *not* justified under s. 1. Accordingly, I would allow the appeal with respect to s. 161(1)(c). As a result, the provision does not apply retrospectively to offenders who committed their offences prior to the coming into force of the 2012 amendments.

[116] I also find that the retrospective operation of s. 161(1)(d) of the *Criminal Code* limits the s. 11(i) right. However, I conclude that this *is* a reasonable constitutional compromise under s. 1. I would therefore dismiss the appeal with respect to s. 161(1)(d).

The following are the reasons delivered by

[117] ABELLA J. (dissenting in part) — I agree with Justice Karakatsanis that both ss. 161(1)(c) and 161(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 161(1)(c) cannot be justified under s. 1. With great respect, however, I do not share the view that s. 161(1)(d) is justified.

[118] From 2008 to 2011, when K.R.J. committed the offences for which he was eventually convicted, s. 161(1) of the *Criminal Code* stated:

social de l'adoption de l'al. 161(1)d ont fait naître des risques nouveaux qui rendent plus tangibles les effets bénéfiques de la règle de droit tout en atténuant son incidence préjudiciable sur l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Aucune de ces considérations prise isolément n'est suffisante mais, ensemble, elles justifient la mesure contestée. Les effets bénéfiques de la règle de droit l'emportent sur ses effets préjudiciables.

VI. Dispositif

[115] Je conclus que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c du *Code criminel* restreint le droit protégé par l'al. 11i) de la *Charte* et que cette restriction *ne* se justifie *pas* par application de l'article premier. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui a trait à l'al. 161(1)c). La disposition ne s'applique donc pas rétrospectivement au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

[116] Je conclus également que l'application rétrospective de l'al. 161(1)d du *Code criminel* restreint le droit protégé par l'al. 11i). Toutefois, cette restriction *constitue* une atteinte constitutionnelle raisonnable au regard de l'article premier. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui a trait à l'al. 161(1)d).

Version française des motifs rendus par

[117] LA JUGE ABELLA (dissidente en partie) — Je conviens avec la juge Karakatsanis que les al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, contreviennent tous deux à l'al. 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que l'al. 161(1)c) ne peut être justifié au regard de l'article premier. Soit dit en tout respect, je ne partage toutefois pas son point de vue selon lequel l'al. 161(1)d) est justifié.

[118] De 2008 à 2011, période pendant laquelle K.R.J. a commis les infractions dont il a par la suite été reconnu coupable, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

161. (1) When an offender is convicted . . . of an offence referred to in subsection (1.1) in respect of a person who is under the age of 16 years, the court that sentences the offender . . . in addition to any other punishment that may be imposed for that offence . . . shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(a) attending a public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can reasonably be expected to be present, or a day-care centre, schoolground, playground or community centre;

(b) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of 16 years; or

(c) using a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years.

[119] Under this scheme, K.R.J. could be subjected to geographic, work-related, and “virtual” restrictions. He could be prohibited from attending a wide variety of venues such as pools and schools, and from using a computer for the purpose of communicating with anyone *under 16 years of age*. He would still, however, have been entitled to engage in online activities with adults.

[120] By the time K.R.J. was sentenced, Parliament amended the provision. While s. 161(1)(a) and (b) were left unchanged, s. 161(1)(c) was amended and s. 161(1)(d) was added, giving sentencing judges authority to prohibit offenders from:

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable [. . .] d’une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l’égard d’une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine [. . .], en plus de toute autre peine [. . .] applicabl[e] en l’espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu’il indique, peut interdire au contrevenant :

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l’on peut se baigner s’il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s’il est raisonnable de s’attendre à ce qu’il y en ait, une garderie, un terrain d’école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d’accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d’autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans;

c) d’utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

[119] Suivant ce régime, K.R.J. pouvait être soumis à des restrictions d’ordre géographique, professionnel et « virtuel ». Il pouvait lui être interdit de se trouver dans une multitude de lieux, telle une piscine ou une école, et d’utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec une personne *âgée de moins de 16 ans*, auquel cas il lui demeurerait toutefois possible de participer à des activités en ligne avec des adultes.

[120] Avant la détermination de la peine de K.R.J., le législateur a modifié la disposition en cause. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés, mais l’al. 161(1)c) a été modifié et l’al. 161(1)d) s’est ajouté, de sorte que le juge appelé à déterminer la peine pouvait désormais interdire au contrevenant :

c) d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

d) d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

[121] The amendments expanded the restrictions K.R.J. could be placed under. Rather than being banned from certain venues, s. 161(1)(c) could be used to prohibit him from attending *any* place where children are present. And rather than being prohibited from using the internet *for the purpose of communicating with children*, s. 161(1)(d) could be used to prohibit him from using the internet for *any* purpose.

[122] I agree with the majority that these potential restrictions would significantly affect K.R.J.'s liberty and security interests, and would, as a result, constitute punishment under s. 11(i) of the *Charter*, which states:

11. Any person charged with an offence has the right

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

[123] The wording in this provision is unequivocal. As noted by Prof. Don Stuart, the intention behind this text is “crystal clear”: *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6th ed. 2014), at p. 523.

[124] In my view, the absolutist language used by the drafters of the *Charter* in s. 11 must colour the s. 1 analysis by demanding the most stringent of justifications. That was the approach taken by this Court in *Canada (Attorney General) v. Whaling*, [2014] 1 S.C.R. 392. The issue was the retrospective repeal of the accelerated parole review under s. 11(h) of the *Charter*, which protects individuals from being punished twice for the same offence. Because the Crown had failed to adduce “compelling evidence” demonstrating that its objectives would be “significantly undermined” unless the repeal was applied on a retrospective as well as prospective basis, this Court concluded that the infringement was not justified under s. 1.

[121] Les modifications ont élargi les restrictions auxquelles pouvait être assujéti K.R.J. L’alinéa 161(1)c) permettait de lui interdire de se trouver, non plus dans certains lieux, mais à *tout* endroit où il y a des enfants et l’al. 161(1)d), d’utiliser Internet, non pas *dans le but de communiquer avec des enfants*, mais à *quelque fin que ce soit*.

[122] Je conviens avec les juges majoritaires que ces interdictions potentielles restreindraient sensiblement le droit de K.R.J. à la liberté et à la sécurité et constituent donc une peine au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte*, dont voici le libellé :

11. Tout inculpé a le droit :

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

[123] Le libellé de la disposition est sans équivoque. Comme le fait observer le professeur Don Stuart, l’intention sous-jacente est [TRADUCTION] « claire comme du cristal » (*Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6^e éd. 2014), p. 523).

[124] À mon avis, la formulation absolue employée à l’art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influencer sur l’analyse que commande l’article premier par l’exigence de la justification la plus stricte. Telle est l’approche de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392. Dans cette affaire, la suppression rétrospective d’une procédure d’examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) était contestée sur le fondement de l’al. 11*h*) de la *Charte*, lequel garantit qu’une personne ne sera pas punie deux fois pour la même infraction. Le ministère public ne l’ayant pas « convaincu[e] » que ses objectifs seraient « considérablement compromis » si la suppression n’était pas appliquée de manières rétrospective et prospective, la Cour conclut que l’atteinte n’est pas justifiée au regard de l’article premier.

[125] The repeal of the accelerated parole review was subsequently also found to be unconstitutional by the British Columbia Court of Appeal, but from the perspective of s. 11(i), the provision at issue in this appeal. In *Liang v. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, the British Columbia Court of Appeal concluded that the Crown’s concern that it could take years to phase out the program if it could not be applied retrospectively, did not justify overriding the right:

... the *Charter* specifically requires that if punishment has changed between offence commission and sentencing, the offender is entitled to the lesser punishment. . . . [T]he fact the offender will receive a lesser punishment, and perhaps one that does not meet the objectives of the present sentencing regime, is exactly what s. 11(i) contemplates. . . .

... to meet the burden under s. 1 in this case, something more must be asserted than that the objective of the increased punishment is important, and therefore those who are constitutionally entitled to the lesser punishment must forego their rights. [Emphasis added; paras. 59 and 61.]

[126] Both *Whaling* and *Liang* are clear that s. 11 imposes a singularly onerous evidentiary burden on the Crown to justify a violation under s. 1. To apply a lesser burden transforms s. 11(i) from being practically an air-tight right into a porous one. In this case, that means that the Crown has the highest possible evidentiary burden, namely, to demonstrate through “compelling evidence” that the previous provisions so “significantly undermined” the government’s objectives, that the retrospective application of greater punishment was justified.

[127] As the majority notes, the Crown’s evidentiary record consisted largely of statistics about s. 161(1) orders in British Columbia, and studies on recidivism rates pertaining to sexual offenders in

[125] La suppression de la procédure d’examen expéditif a par la suite été jugée inconstitutionnelle par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, mais en fonction de l’al. 11*i*), soit la disposition en cause dans le présent pourvoi. Dans *Liang c. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, cette même cour conclut que la crainte du ministère public qu’il puisse falloir des années pour mettre fin progressivement au programme si sa suppression ne pouvait s’appliquer rétrospectivement ne justifiait pas que l’on bafoue le droit en question :

[TRADUCTION] . . . la *Charte* exige expressément, lorsque la peine est modifiée entre la perpétration de l’infraction et la sentence, que le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère. [. . .] [Q]ue le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère et, peut-être, d’une peine non conforme aux objectifs du régime actuel de détermination de la peine, telle est précisément la raison d’être de l’al. 11*i*). . .

... satisfaire au fardeau de preuve qu’impose en l’espèce l’article premier exige davantage que l’affirmation selon laquelle l’objectif de l’accroissement de la peine est important, de sorte que les personnes auxquelles la Constitution garantit le droit à la peine la moins sévère doivent y renoncer. [Je souligne; par. 59 et 61.]

[126] Les arrêts *Whaling* et *Liang* indiquent tous deux clairement que l’art. 11 impose au ministère public un fardeau de preuve particulièrement strict pour justifier l’atteinte au regard de l’article premier. S’il en allait autrement, la protection du droit garanti à l’al. 11*i*) ne serait plus pour ainsi dire étanche, mais deviendrait poreuse. Dès lors, en l’espèce, le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu’il doit « convaincre » le tribunal que l’application des dispositions antérieures aurait si « considérablement compromis » les objectifs de l’État que l’application rétrospective d’une peine plus sévère était justifiée.

[127] Comme le signalent les juges majoritaires, le dossier de preuve du ministère public est constitué en grande partie de statistiques sur les ordonnances rendues en Colombie-Britannique en application du

general, including two that suggested a link between recidivism and online activities. The Crown also argued that the language shift from “computer system” to “Internet and digital network” in s. 161(1)(d) was designed to reflect advancements in technology. I agree with the majority that this evidence is insufficient to justify s. 161(1)(c) because “the Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the *degree of enhanced* protection . . . in comparison to the previous version of the prohibition” such that “the precise benefits of the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) remain unclear”: paras. 89-90 (emphasis in original).

[128] But unlike my colleagues, I find that this same reasoning is fatal to s. 161(1)(d). Far from offering compelling evidence, the Crown offered no evidence in the context of s. 161(1)(d) to show that the former provisions so significantly undermined its objectives, that the retroactive application of greater restrictions was justified. If all that is needed to justify a breach of s. 11(i) is the suggestion of a possible reduction in recidivism rates, whether based on changes in technology or otherwise, the state could, in theory, justify the retrospective application of more stringent punishments so routinely that s. 11(i) is written out of the *Charter*.

[129] In fact, there was no evidence about how the retrospective application of s. 161(1)(d) was expected to, or would, reduce recidivism rates any more than those under the former s. 161(1)(c) “computer” restrictions. I see no reason to bridge the significant empirical gaps in the evidence with inferences, particularly in the context of s. 11.

[130] I would therefore allow the appeal in connection with both ss. 161(1)(c) and 161(1)(d).

par. 161(1) et d’études sur les taux de récidive chez les délinquants sexuels en général, dont deux indiquent un lien entre la récidive et l’activité en ligne. Le ministère public fait également valoir que le renvoi, à l’al. 161d), non plus à un « ordinateur » mais à « Internet [et au] réseau numérique » vise à emboîter le pas aux progrès technologiques. Je conviens avec les juges majoritaires que cette preuve est insuffisante pour justifier l’al. 161(1)c), car « le ministère public n’a présenté que peu d’éléments ou n’en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert [. . .] comparativement au libellé antérieur de l’interdiction », de telle sorte que « les effets bénéfiques précis de l’application *retrospective* de l’al. 161(1)c) demeurent indéterminés » (par. 89-90 (en italique dans l’original)).

[128] Mais, contrairement à mes collègues, j’estime que le même raisonnement porte un coup fatal à l’al. 161(1)d). Loin d’offrir une preuve de nature à convaincre, l’État n’a produit à l’appui de l’al. 161(1)d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement ses objectifs que l’application rétrospective d’interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l’al. 11*i*), il suffit d’invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l’évolution technologique ou toute autre considération, l’État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l’application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l’al. 11*i*) de la *Charte*.

[129] En fait, nul élément de la preuve n’indique comment l’application rétrospective de l’al. 161(1)d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettait l’interdiction d’utiliser un « ordinateur » que prévoyait l’ancien al. 161(1)c). Je ne vois aucune raison de combler par des inférences les lacunes empiriques importantes de la preuve, en particulier pour l’application l’art. 11.

[130] Je serais donc d’avis d’accueillir le pourvoi en ce qui concerne les al. 161(1)c) et d).

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

BROWN J. (dissenting in part) —

LE JUGE BROWN (dissident en partie) —

I. Introduction

I. Introduction

[131] As my colleague Karakatsanis J. aptly notes for the majority, sexual offences against children have “persisted for centuries” (para. 83). Their legacy is toxic. They are notorious for their devastating impact, often ruining the lives of their victims, and of those whose lives intersect with those victims as they move into adulthood. Trauma from childhood sexual abuse may reverberate for generations, creating pernicious cycles of abuse.

[131] Comme le fait remarquer à juste titre ma collègue la juge Karakatsanis au nom des juges majoritaires, les enfants sont victimes d’infractions sexuelles « depuis des siècles » (par. 83). Il s’agit d’un héritage toxique. Nul ne conteste les effets dévastateurs de ces actes qui ruinent souvent la vie des victimes et celle des personnes qui côtoient les victimes une fois qu’elles sont devenues adultes. Le traumatisme de la violence sexuelle subie pendant l’enfance peut se répercuter sur plusieurs générations et enclencher des cycles de violence pernicieux.

[132] My colleague recounts how, in response to this persistent grave misconduct and its consequent social harms, Parliament amended s. 161(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in 2012, augmenting the conditions which a sentencing judge may, in his or her discretion, impose upon an offender convicted of designated sexual offences, where the sentencing judge considers such conditions appropriate to prevent the offender from committing sexual offences against children in the future. Specifically, the sentencing judge’s discretion was expanded from prohibiting offenders from “using a computer system . . . for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years” to the following:

[132] Ma collègue fait état de la manière dont le législateur, pour contrer ces actes graves et persistants et les problèmes sociaux qui en découlent, a modifié en 2012 le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en accroissant la portée des interdictions que le juge qui détermine la peine peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, prononcer à l’endroit de la personne déclarée coupable d’une infraction sexuelle énumérée lorsqu’il estime que l’une ou l’autre de ces interdictions s’impose pour empêcher le contrevenant de récidiver et de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Plus particulièrement, le pouvoir discrétionnaire qui permettait au juge d’interdire au contrevenant « d’utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans » s’est accru de manière à lui permettre d’interdire ce qui suit au contrevenant :

161 (1) . . .

161 (1) . . .

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

e) d’avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence;

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

Significantly, these amendments apply to all offenders being sentenced for a designated offence, irrespective of when the offender committed that offence.

[133] I agree with Karakatsanis J. that these conditions constitute “punishment” within the meaning of s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and I endorse the test by which she makes that determination. I also agree that their retrospective application infringes s. 11(i). My point of departure is at the s. 1 stage of the analysis. Whereas my colleague concludes that the Crown has met its burden of justifying its infringement of s. 11(i) only in respect of the conditions relating to Internet use contained in s. 161(1)(d), in my view the Crown has also done so in respect of the conditions imposed under s. 161(1)(c) relating to contact with children. I would therefore uphold both conditions, dismiss the appeal, and affirm the s. 161 order made by the Court of Appeal.

II. Section 1

[134] It is worth bearing in mind that s. 11(i) of the *Charter* deals with the retrospective application of laws which are punitive in nature. At issue under s. 11(i), then, is not the punishment itself, but rather the means by which it is imposed. In my view, this means-based quality of the s. 11(i) protection affects the analysis to be applied under s. 1, since the *Oakes* analysis considers the proportionality between a legislative objective and the *Charter*-infringing effects resulting from its pursuit, not the choice of means that, by itself, constitutes a *Charter* infringement. The s. 1 analysis should be sensitive to this, in keeping with Dickson C.J.’s direction in *Oakes*: “. . . the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances” (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 139). The *Oakes*

d) d’utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

Il importe de signaler que ces nouvelles dispositions s’appliquent à toute personne qui se voit infliger une peine pour avoir commis, peu importe le moment, une infraction énumérée.

[133] Je conviens avec le juge Karakatsanis que chacune de ces interdictions constitue une « peine » au sens de l’al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et je fais mien le critère qu’elle applique pour arriver à cette conclusion. Je conviens également que l’application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l’al. 11*i*). C’est à l’étape de l’analyse au regard de l’article premier que je diffère d’opinion. Alors que ma collègue conclut que le ministère public s’est acquitté de son obligation de justifier l’atteinte au droit garanti par l’al. 11*i*) seulement en ce qui concerne l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)d), j’estime qu’il s’en est également acquitté quant à l’interdiction prévue à l’al. 161(1)c), à savoir celle d’avoir des contacts avec des enfants. En conséquence, je serais d’avis de confirmer la validité des deux interdictions, de rejeter le pourvoi et de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel fondée sur l’art. 161.

II. Article premier

[134] Il faut se rappeler que l’al. 11*i*) de la *Charte* vise l’application rétrospective d’une disposition à caractère punitif. Ce n’est donc pas la peine comme telle qui est en cause pour les besoins de son application, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. J’estime que cette caractéristique de la protection de l’al. 11*i*) fondée sur le moyen entre en jeu dans l’analyse que commande l’article premier, étant donné que, dans l’arrêt *Oakes*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l’objectif législatif et des effets attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l’atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L’analyse au regard de l’article premier doit en tenir compte pour se conformer aux directives du juge en chef Dickson dans ce même arrêt : « . . . la nature

test is not, and should not be treated as, a technical inquiry, as it is “dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision”: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 735, per Dickson C.J. As La Forest J. (dissenting, but not on this point) stated in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199:

In *Oakes*, this Court established a set of principles, or guidelines, intended to serve as a framework for making this determination. However, these guidelines should not be interpreted as a substitute for s. 1 itself. It is implicit in the wording of s. 1 that the courts must, in every application of that provision, strike a delicate balance between individual rights and community needs. Such a balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic “test” uniformly applicable in all circumstances. The s. 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement. [Emphasis added; para. 62.]

[135] In other words, a technical and inflexible application of the *Oakes* test risks reducing what ought to be a rich, contextual inquiry under s. 1 into a form of “mechanical jurisprudence”, where “[c]onceptions are fixed”, “[t]he premises are no longer to be examined”, and “[p]rinciples cease to have importance”: R. Pound, “Mechanical Jurisprudence” (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, at p. 612. The moral nuances inherent in the question of justifiable limits on fundamental rights cannot be reduced to “technical questions of weight and balance”: G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (2009), at p. 104. Yet, and despite its statements to the contrary, the majority in this case has in my respectful view done precisely that. Its rigid and acontextual application of *Oakes* and its subsequent jurisprudence causes it to lose sight of the broader context and overall goal sought by Parliament. It reads the purpose of

du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 139). L’application du critère de l’arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas être tenue pour telle, puisqu’« on s’induit dangereusement en erreur si l’on voit dans l’article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme » (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 735 (le juge en chef Dickson)). Voici ce que dit le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 :

Dans l’arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l’article premier. Le libellé de l’article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu’ils l’appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l’abstrait, à partir seulement d’un « critère » formaliste qui s’appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L’examen fondé sur l’article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu’ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation. [Je souligne; par. 62.]

[135] En d’autres termes, l’application formaliste et rigide du critère de l’arrêt *Oakes* risque de réduire ce qui devrait constituer un examen contextuel étoffé au regard de l’article premier à une sorte de [TRADUCTION] « processus décisionnel mécanique » où les « notions sont figées », où « l’examen des postulats n’est plus nécessaire » et où « les principes n’ont plus d’importance » (R. Pound, « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, p. 612). On ne saurait ramener les nuances morales inhérentes au caractère justifiable de la restriction d’un droit fondamental à une [TRADUCTION] « entreprise formaliste de pondération et de mise en balance » (G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights* (2009), p. 104). Or, soit dit en tout respect, c’est précisément ce que font selon moi les juges majoritaires en l’espèce, même s’ils affirment le contraire. En appliquant l’arrêt *Oakes* et les décisions rendues dans sa foulée avec rigidité

the legislation in an excessively narrow fashion, which results in an application of the *Oakes* test in a way that is ill-suited to deal with punitive laws which apply retrospectively. It holds Parliament to an exacting standard of proof, thereby denying Parliament the room necessary to perform its legislative policy-development role when addressing a chronic social problem. And it also insists on direct evidence of anticipated benefits which, given that chronic nature of the harm, is likely impossible to obtain.

[136] The insight of Dickson C.J. and La Forest J. in our jurisprudence is that the s. 1 analysis must account for the broader picture. The issue is not, as La Forest J. put it, whether a particular “formalistic ‘test’” has been satisfied. The “unavoidably normative inquiry” must remain focussed on the broader picture: has the state demonstrated that the impugned law prescribes a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society? To be clear, I do not suggest that *Oakes* is incorrect. Rather, I echo Dickson C.J.’s and La Forest J.’s warnings about its rigid, acontextual application. We should not lose the proportionality forest for the *Oakes* trees.

A. *Objective of the Measure*

[137] The means-based quality of s. 11(i)’s protection should therefore inform the characterization of the objective anchoring the s. 1 proportionality analysis. The majority says that the relevant objective for the purpose of a proportionality analysis is that of the *Charter*-infringing measure — which, in this case, is the retrospective operation of the amendments to s. 161(1). I agree, but only to a point. The relevant objective for this purpose is indeed the objective of the measure. However, as I will explain, the measure to be considered here

et sans tenir compte du contexte, ils perdent de vue le tableau général et l’objectif global du législateur. Ils interprètent trop étroitement l’objet de la disposition législative, de sorte qu’ils appliquent le critère de l’arrêt *Oakes* d’une manière qui ne convient pas dans le cas d’une disposition à caractère punitif qui s’applique rétrospectivement. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s’acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu’il s’agit de s’attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

[136] Les nuances apportées par le juge en chef Dickson et le juge La Forest veulent que l’analyse au regard de l’article premier tienne compte du tableau général. Comme l’indique le juge La Forest, il ne s’agit pas de savoir si le « “critère” formaliste » précis est rempli. L’« examen inévitablement normatif » doit s’attacher au tableau général : l’État a-t-il établi que la règle de droit contestée emporte une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique? Bien évidemment, je ne laisse pas entendre que la Cour a fait erreur dans l’arrêt *Oakes*. Je rappelle plutôt la mise en garde du juge en chef Dickson et du juge La Forest contre l’application rigide et non contextuelle. Il ne faut pas perdre de vue la forêt de la proportionnalité derrière l’arbre d’*Oakes*.

A. *Objectif de la mesure*

[137] La caractéristique de la protection de l’al. 11*i* fondée sur le moyen devrait donc jouer dans la détermination de l’objectif en fonction duquel il convient d’effectuer l’examen de la proportionnalité dans le cadre de l’analyse au regard de l’article premier. Les juges majoritaires affirment que l’objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire, soit, en l’occurrence, l’application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1). J’en conviens, mais seulement jusqu’à un certain point. L’objectif à considérer est

comprises the amendments as a whole, and not merely their retrospectivity.

[138] Considering retrospectivity in isolation from the broader provision of which it forms a part skews the *Oakes* analysis by making several of its elements largely redundant. If, as the majority says, Parliament’s objective was to “better protect children from the risks posed by offenders like the appellant” (para. 65) — i.e., offenders who committed a designated offence before, but were sentenced after, the amendments came into force and who pose a risk to reoffend sexually against children — then the application of such orders to offenders like the appellant is obviously rationally connected to this objective. And, there would be no possible less-impairing means of achieving this objective: simply put, the only way Parliament can apply the protective aspect of s. 161(1) orders to such offenders retrospectively is to apply s. 161(1) orders to such offenders retrospectively. Indeed, under the majority’s approach, the minimal impairment inquiry becomes otiose. Of course, were such orders to be applied retrospectively as to offenders *unlike* the appellant (i.e., those who do not pose a risk to reoffend sexually against children), the rational connection and minimal impairment steps would then have some work to do under the *Oakes* analysis. By narrowly construing Parliament’s purpose as the majority has, however, considerations of the rational connection and minimal impairment elements of the proportionality analysis are limited to determining whether the *Charter*-infringing measure captures the individuals which it targets, not whether the measure is rationally connected to the objective and minimally impairing of the *Charter* rights of those who legitimately fall within its ambit.

effectivement celui de la mesure, mais comme je l’explique plus loin, la mesure à examiner en l’espèce s’entend des modifications dans leur totalité, et non seulement de l’application rétrospective des dispositions qui en sont issues.

[138] L’examen de la rétrospectivité sans égard à la disposition dans laquelle elle s’inscrit fausse l’analyse préconisée dans l’arrêt *Oakes* en rendant en grande partie superflus plusieurs des éléments de celle-ci. Si, comme le soutiennent les juges majoritaires, le législateur a voulu « mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant [. . .] comme l’appellant » (par. 65), c’est-à-dire un contrevenant qui a commis une infraction énumérée avant l’entrée en vigueur des modifications, mais qui a été condamné après celle-ci, et qui présente le risque de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants, l’application d’une ordonnance fondée sur l’art. 161 à un contrevenant comme l’appellant a manifestement un lien rationnel avec cet objectif. Qui plus est, aucun autre moyen moins attentatoire ne permettrait d’atteindre cet objectif : en somme, le législateur ne peut faire en sorte que la vocation protectrice d’une telle ordonnance s’applique rétrospectivement à un tel contrevenant autrement qu’en prévoyant l’application rétrospective de l’ordonnance à un tel contrevenant. Suivant l’approche restrictive des juges majoritaires, l’examen du caractère minimal de l’atteinte devient en effet inutile. Évidemment, si une telle ordonnance s’appliquait à un contrevenant *différent* de l’appellant (c.-à-d. qui ne présenterait pas le risque de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants), les volets du lien rationnel et de l’atteinte minimale joueraient leur rôle jusqu’à un certain point dans l’analyse établie par l’arrêt *Oakes*. L’interprétation étroite de l’intention du législateur à laquelle se livrent les juges majoritaires fait en sorte que l’examen du lien rationnel et de l’atteinte minimale que comporte l’analyse de la proportionnalité se limite à se demander si la mesure attentatoire atteint les personnes qu’elle vise, à l’exclusion de la question de savoir si la mesure a un lien rationnel avec l’objectif et si l’atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux personnes auxquelles la mesure s’applique légitimement est minimale.

[139] A broader examination of Parliament's purpose is therefore necessary in order to anchor a useful proportionality analysis. The measure that gave rise to the *Charter* infringement, and which should anchor the proportionality analysis, comprises the amendments to s. 161 as a whole. And, as to that measure, I agree with the majority's characterization of its objective as being to "enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by convicted sexual offenders" (para. 65). The retrospective application of these amendments is rationally connected to that protective purpose, since the risk an offender poses to re-offend sexually against children is not affected by whether the offence occurred before or after the measure's enactment. And, given Parliament's objective of enhancing the protections that s. 161 affords to children, there is no less-impairing alternate measure that would allow for s. 161(1)'s protections to be realized in respect of an offender who committed his or her offence before the amendments came into force and who poses a risk to reoffend.

B. *Balancing Salutory and Deleterious Effects*

[140] I agree with the majority that the final stage of the s. 1 analysis allows courts to "transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society" (para. 79). But a robust examination of this impact takes us only so far because, after all, the impact of a provision on a free and democratic society is hardly a measurable thing. The question we are trying to answer is whether "the deleterious effects are out of proportion to the public good achieved by the infringing measure": *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 78. Neither criterion is amenable to demonstrative proof. The final proportionality analysis is tied to the practical impacts and benefits of the law, but what is ultimately being weighed is much more abstract and philosophical: the detriment to *Charter*-protected rights against the public benefit sought. We must therefore

[139] Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l'intention du législateur. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l'examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l'art. 161. Je conviens avec les juges majoritaires que l'objectif de cette mesure est « d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles » (par. 65). L'application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n'a rien à voir avec le fait que l'infraction a été commise avant ou après l'adoption de la mesure. Et vu l'objectif du législateur d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par l'art. 161 dans le cas du contrevenant qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

B. *Mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables*

[140] Je conviens avec les juges majoritaires que la dernière étape de l'analyse au regard de l'article premier permet au tribunal de « transcender l'objectif de la règle de droit et [de] se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne » (par. 79). Cet examen rigoureux est toutefois limité puisque, après tout, on peut difficilement mesurer l'incidence d'une règle de droit sur une société libre et démocratique. La question à laquelle nous tentons de répondre est celle de savoir si « [l]es effets préjudiciables sont disproportionnés [. . .] aux avantages que l'ensemble de la population en tirera » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 78). Le respect de l'un ou l'autre de ces critères ne peut être concrètement démontré. La dernière étape de l'examen de la proportionnalité se rattache à l'incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l'objet de

be careful to avoid insisting upon too strict an evidentiary burden.

[141] With these general comments in mind, I turn to the majority’s proportionality analysis. It suffers, in my respectful view, from several flaws. First, it imposes an evidentiary burden on the state that is impossible to satisfy, especially in the murky area of recidivism risks and criminal law policy. Second, it overstates the deleterious effects of s. 161(1)(c) while understating its salutary effects. Further, the majority’s reasons for upholding the retrospective application of s. 161(1)(d) are, in principle, equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c). In other words, if the majority’s reasoning on s. 161(1)(d) is accepted, then the retrospective application of s. 161(1)(c) must also be a proportionate limit on the appellant’s s. 11(i) right.

(1) The Evidentiary Burden

[142] The majority stresses — almost to a determinative extent — shortcomings it sees in the Crown’s social science evidence, concluding that while it sufficiently demonstrates that the sought-after “degree of enhanced protection” for children will be achieved by the retrospective operation of s. 161(1)(d), “the rendering remains largely incomplete” in respect of s. 161(1)(c) (para. 92).

[143] This reasoning is troubling in several respects. First, it departs significantly from this Court’s approach to social science evidence and the evidentiary burden borne by the state under s. 1. Social science evidence used to establish legislative facts should ordinarily be adduced through expert witnesses in order to allow its truth to be tested: *Public School Boards’ Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1

la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l’effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l’effet bénéfique recherché pour la société. Nous devons donc nous garder d’imposer un fardeau de preuve trop strict.

[141] Au vu de ces remarques générales, je passe à l’examen de la proportionnalité par les juges majoritaires, lequel, à mon humble avis, comporte plusieurs lacunes. Premièrement, les juges majoritaires imposent à l’État un fardeau de preuve dont il ne pourra jamais s’acquitter, en particulier pour ce qui concerne le monde nébuleux des risques de récidive et des politiques en matière de droit criminel. Deuxièmement, ils exagèrent les effets préjudiciables de l’al. 161(1)(c) tout en sous-estimant ses effets bénéfiques. En outre, les raisons qu’ils invoquent pour valider l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d) valent en principe tout autant pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c). En d’autres mots, si on fait droit à leur raisonnement concernant l’al. 161(1)(d), l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) doit équivaloir elle aussi à une restriction proportionnée du droit que l’al. 11i) garantit à l’appelant.

(1) Le fardeau de preuve

[142] Les juges majoritaires signalent — et ce, de manière presque déterminante dans leurs motifs — les faiblesses de la preuve relevant des sciences sociales produite par le ministère public et concluent que même si cette preuve suffit à démontrer que l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d) permet d’atteindre le « degré de protection accrue » à offrir aux enfants, « le tableau demeure largement incomplet » pour ce qui est de l’al. 161(1)(c) (par. 92).

[143] Ce raisonnement est déroutant sous plusieurs rapports. Premièrement, il rompt sensiblement avec l’approche de la Cour à l’égard de la preuve relevant des sciences sociales et du fardeau de preuve que l’article premier impose à l’État. La preuve relevant des sciences sociales censée établir un fait législatif doit normalement être présentée par un témoin expert de façon à permettre la contestation de sa véracité (*Public School Boards’ Assn. of*

S.C.R. 44, at paras. 4-5, per Binnie J. This social science evidence, however, was adduced through a “Brandeis brief”, and is untested by the ordinary truth-seeking processes of a trial. Considerable care should therefore be taken in examining this evidence and drawing inferences — whether favourable or adverse from the state’s standpoint — from it: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 296, per Bastarache J., writing separate but concurring reasons.

[144] Further, given the complex social context in which Parliament often develops policy — of which the prevention of recidivism in cases of sexual offences against children is clearly an instance — it will sometimes be difficult, if not impossible, for the state to provide reliable and direct evidence of the benefit its measures will achieve. Recidivism rates are derived from statistical extrapolation, psychology, and other elements of social science, which will not always translate easily into proof to the standard of demonstrable justification. As this Court has recognized, “social claims are not always amenable to proof by empirical evidence”: *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 144. As a result, “public policy is often made on the basis of incomplete knowledge”: S. Choudhry, “So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 524. The proportionality analysis should therefore be sensitive to policy-makers’ need for a measure of latitude to consider and try previously untried alternatives, particularly when confronting persistent and complex public policy concerns.

[145] This is not to say that these evidentiary difficulties compel acceptance of the Crown’s claims. This Court has held that a rigorous s. 1 analysis may also be accomplished by employing “logic [and] reason” in assessing justifiable limits on *Charter*

Alberta c. Alberta (Procureur général), 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 4-5, le juge Binnie). Or, dans la présente affaire, la preuve relevant des sciences sociales a été présentée au moyen d’un « mémoire de Brandeis » et sa véracité n’a pas été contestée dans le cadre du processus habituel de recherche de la vérité qu’est le procès. Une grande prudence est donc de mise lorsqu’il s’agit de considérer une telle preuve et d’en tirer des inférences, qu’elles soient favorables ou non à la thèse de l’État (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 296 (le juge Bastarache, motifs concordants)).

[144] Par ailleurs, compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour — et dont un exemple manifeste est la prévention de la récidive en matière d’infractions sexuelles contre des enfants —, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l’État d’avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d’une mesure. Les taux de récidive sont établis à partir d’extrapolations statistiques, de données psychologiques et d’autres éléments relevant des sciences sociales qui ne pourront pas toujours se transformer d’emblée en éléments de preuve susceptibles de satisfaire à la norme de la justification démontrable. La Cour reconnaît que « [l]es revendications de nature [. . .] sociale ne se prêtent pas toujours à une preuve empirique » (*Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 144). Il s’ensuit que [TRADUCTION] « les politiques publiques voient souvent le jour à partir de données incomplètes » (S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*’s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524). L’examen de la proportionnalité devrait donc tenir compte de la nécessité qu’un décideur jouisse d’une certaine latitude pour envisager une solution inédite et la mettre à l’essai, surtout lorsqu’il s’attaque à un problème d’intérêt public à la fois persistant et complexe.

[145] Pour autant, de telles difficultés au chapitre de la preuve n’obligent pas le tribunal à faire droit aux prétentions du ministère public. La Cour a statué qu’on pouvait aussi se livrer à une analyse rigoureuse au regard de l’article premier en recourant

rights: *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, at para. 78; see also *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503-4, per Sopinka J.; *Keegstra*, at p. 776, per Dickson C.J.; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 107, per Bastarache J.; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 85-94, per McLachlin C.J.; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at para. 20, per Bastarache J., and paras. 100-103, per Abella J., dissenting. By applying this approach here (instead of demanding empiricism where none can exist), the salutary effects of s. 161(1)(c) become clear, as does the true scope of its deleterious effects.

(2) Salutary and Deleterious Effects of Section 161(1)(c)

[146] The majority says that the retrospective operation of s. 161(1)(c) creates serious deleterious effects at an individual and societal level. At an individual level, it views s. 161(1)(c) as going much further in its potential restrictions of an offender's liberty than did its predecessor, since it “prohibits any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years” (para. 81 (emphasis in original)). It warns that this provision could have the effect of prohibiting offenders from conversing with younger members of his or her family, or that it could prohibit offenders from “freely moving about certain private and public spaces where children are present” (para. 81). At a societal level, the majority says that the retrospective operation of a punitive law “undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law” (para. 82) (although this can, of course, be said of any measure which infringes s. 11(i)).

[147] The general restriction on liberty or security of the person which results from retrospectively applied punishment is not, however, relevant to the inquiry under s. 11(i) of the *Charter*. What is

« à la logique [et] à la raison » pour décider si la restriction d'un droit garanti par la *Charte* est justifiable ou non (*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 78; voir également *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503-504 (le juge Sopinka); *Keegstra*, p. 776 (le juge en chef Dickson); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 107 (le juge Bastarache); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 85-94 (la juge en chef McLachlin); *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 20 (le juge Bastarache) et par. 100-103 (la juge Abella, dissidente)). Si la Cour appliquait cette démarche en l'espèce (au lieu d'exiger une preuve empirique alors qu'il n'en existe aucune), les effets bénéfiques de l'al. 161(1)c apparaîtraient clairement, et l'étendue véritable de ses effets préjudiciables aussi.

(2) Les effets bénéfiques de l'al. 161(1)c et ses effets préjudiciables

[146] Les juges majoritaires estiment que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c a de sérieux effets préjudiciables sur les plans individuel et social. Sur le plan individuel, ils sont d'avis que l'al. 161(1)c va beaucoup plus loin que la disposition qu'il remplace dans la restriction éventuelle du droit du contrevenant à la liberté en ce qu'il « interdi[t] d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé (par. 81 (souligné dans l'original)). Ils préviennent que la disposition pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou « de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants » (par. 81). Sur le plan social, ils font valoir que l'application rétrospective d'une disposition à caractère punitif « compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit » (par. 82) (bien que l'on puisse évidemment dire la même chose de toute mesure qui contrevient à l'al. 11(i)).

[147] La restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle d'une peine appliquée rétrospectivement n'a cependant pas à être considérée dans l'analyse que commande

relevant when assessing the deleterious impact upon the offender of a retrospectively applied punitive law is *the degree by which it increases punishment* relative to the original law. For example, a retrospective increase in a mandatory minimum term of incarceration from one year to 14 years would have a greater deleterious impact on offenders and on the rule of law than would a retrospective increase in a fine from \$100 to \$101. But, again, this is because of the relative differences in the degree of increased punishment wrought by such measures, and not because of the general restrictions on liberty or security of the person that they impose. Again, s. 11(i) is not concerned with the nature of the punishment, but with its retrospective increase.

[148] Further, the majority's conclusion regarding the deleterious impact upon the offender's liberty interests is, in my view, overstated.

[149] It is useful to return to the text of s. 161(1)(c):

161 (1) . . . the court that sentences the offender . . . shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

. . . .

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate

[150] Section 161(1)(c) contains two crucial qualifications which circumscribe its deleterious impact upon an offender's liberty interest. First, the matter is left to the sentencing judge's discretion, both as to whether to impose conditions ("shall consider making and may make"), and as to the tailoring of the conditions themselves ("subject to the conditions or exemptions that the court directs"). Second, a s. 161(1)(c) order — even when imposed without

l'al. 11*i*) de la *Charte*. Ce qui doit être pris en compte pour apprécier l'effet préjudiciable sur le contrevenant d'une disposition à caractère punitif appliquée rétrospectivement c'est *le degré d'accroissement de la peine* par rapport à la disposition antérieure. À titre d'exemple, l'accroissement rétrospectif qui ferait passer une peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an à 14 ans aurait un effet préjudiciable plus grand sur le contrevenant et sur la primauté du droit que l'accroissement rétrospectif qui ferait passer une amende de 100 \$ à 101 \$. Or, je le répète, il en est ainsi en raison des différents degrés d'accroissement de la peine qui correspondent à ces mesures, et non de la restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle de celles-ci. Rappelons que l'analyse au regard de l'al. 11*i*) ne s'intéresse pas à la nature de la peine, mais bien à son accroissement rétrospectif.

[148] Par ailleurs, la conclusion des juges majoritaires concernant l'effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant est à mon sens exagérée.

[149] Considérons à nouveau le texte de l'al. 161(1)(c) :

161 (1) . . . le tribunal qui [. . .] inflige une peine [au contrevenant] [. . .], sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant

. . . .

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence.

[150] L'alinéa 161(1)(c) renferme deux éléments cruciaux qui circonscrivent son effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant. D'abord, le juge se voit conférer un pouvoir discrétionnaire lui permettant à la fois de prononcer une interdiction (« peut interdire au contrevenant ») et d'adapter celle-ci (« sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique »). Ensuite, l'interdiction prononcée sur le fondement de l'al. 161(1)(c) —

other conditions or exemptions — still contains the internal qualification that the prohibition of contact with a person under the age of 16 years only applies to such contact which occurs without the “supervision of a person whom the court considers appropriate”.

[151] In other words, an offender who seeks to interact with, for example, younger members of his or her family, may do so either by seeking an exemption or under the supervision of a person the court considers appropriate. Similarly — and assuming that, as the majority suggests, freely moving about in a public space where children are present is sufficient to constitute “contact” or to risk “contact” (a suggestion to which I return below) — were an offender to provide a legitimate reason for being in a public space where children are present, that offender may obtain an exemption for that particular place, or may be in that place under the supervision of a person the court considers appropriate. In determining whether such exemptions are appropriate, the sentencing court must of course consider the danger the offender poses to re-offend sexually against children. But the point is that s. 161(1)(c) gives a sentencing judge the tools to ensure that the offender’s liberty is not restricted more than is necessary to mitigate that offender’s risk.

[152] As to the meaning of “contact”, the majority’s assessment of the deleterious effects of s. 161(1)(c)’s retrospective application largely rests on an overly expansive interpretation of the meaning of “contact” in s. 161(1)(c). More to the point, the majority’s suggestion that merely “moving about” in a public space where children are present constitutes or risks “contact” represents a strained interpretation of the scope of the restriction on contact, and is directly at odds with the well-established principle that the criminal law’s prohibitions on conduct should be construed strictly: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 38-39, per Lamer C.J. To the extent, therefore, that the meaning of “contact” is ambiguous, it “must be interpreted in

assortie ou non de conditions ou d’exemptions — renferme toujours un élément intrinsèque qui fait en sorte que l’interdiction d’avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans ne vaut que pour les contacts qui ont lieu sans la « supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence ».

[151] Autrement dit, le contrevenant qui souhaite interagir avec, par exemple, un jeune membre de sa famille peut le faire moyennant une exemption ou sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence. De même — et à supposer, comme le laissent entendre les juges majoritaires, que le fait de se trouver dans un lieu privé ou public où il y des enfants suffise pour qu’il y ait « contacts » ou risque de « contacts » (ce sur quoi je reviendrai) —, le contrevenant qui avancerait un motif légitime de se trouver dans un lieu public où il y a des enfants pourrait obtenir une exemption pour ce lieu en particulier ou pourrait s’y trouver sous la supervision d’une personne que le tribunal estime convenir en l’occurrence. Pour décider de l’opportunité d’une telle exemption, le juge qui détermine la peine doit bien sûr tenir compte du risque que le contrevenant récidive et s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L’alinéa 161(1)c) lui offre donc des avenues pour faire en sorte que le droit à la liberté du contrevenant ne soit pas restreint plus qu’il ne le faut pour atténuer le risque qu’il représente.

[152] En ce qui a trait au sens du mot « contacts » employé à l’al. 161(1)c), l’appréciation par les juges majoritaires des effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’alinéa repose en grande partie sur une interprétation indûment libérale de ce mot. Plus précisément, leur affirmation selon laquelle le simple fait de « se trouver » dans un lieu public où il y a des enfants équivaut à « avoir des contacts » ou présente un risque d’« avoir des contacts » revient à forcer l’interprétation de la portée de l’interdiction des contacts et va directement à l’encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l’interdiction d’une conduite doive être interprétée restrictivement (*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 38-39, le juge en chef Lamer).

the manner most favourable to accused persons”: *McIntosh*, at para. 39.

[153] While overstating the deleterious effects of s. 161(1)(c)’s retrospective operation, the majority also understates its salutary effects. The risk that some offenders pose to reoffend sexually against children simply cannot be mitigated by the original version of s. 161(1). The appellant presents an example of this. Having committed several designated offences against his infant daughter, he was found by the sentencing judge to pose a “substantial” risk to reoffend sexually against children. While s. 161(1)(a) would have allowed the sentencing judge to restrict the offender’s presence in specified public places such as public parks and public swimming areas in which children are present or could reasonably be expected to be present, the sentencing judge could not tailor a s. 161(1) order to restrict the appellant’s ability to interact with children in private. But this is, of course, precisely where the appellant and other similar offenders pose the greatest risk to children. The evidence before Parliament showed that (1) of the children of the age of five years and less who were the victims of sexual offences in 2009, approximately 60% of boys and 70% of girls were victimized by family members; and (2) most victims under the age of 16 were victimized by family members or acquaintances. Far from “speculative” (para. 95), then, the salutary effects of s. 161(1)(c)’s retrospective operation seem manifest. It restricts an offender whose offences predate the amendments to s. 161(1)(c) from having unsupervised access to children, both in private and in public, where the sentencing judge determines that such a condition is necessary to address a risk that the offender will commit further sexual offences against children.

Dès lors, dans la mesure où le mot « contacts » n’a pas un sens clair, il « faut [l’]interpréter [. . .] de la façon qui favorisera le plus l’accusé » (*McIntosh*, par. 39).

[153] S’ils exagèrent les effets préjudiciables de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c), les juges majoritaires sous-estiment ses effets bénéfiques. Le risque que certains contrevenants récidivent et s’en prennent à nouveau sexuellement à des enfants ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). L’appelant en est un bon exemple. Comme il avait perpétré plusieurs infractions énumérées à l’encontre de sa propre fillette, le juge a estimé qu’il existait un risque [TRADUCTION] « important » qu’il récidive et s’en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L’alinéa 161(1)a) aurait certes permis au juge de lui interdire de se rendre dans certains lieux publics, tel un parc ou un lieu de baignade fréquenté par des enfants ou dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’il soit fréquenté par des enfants, mais il n’aurait pu adapter l’interdiction fondée sur le par. 161(1) de manière à l’empêcher d’interagir avec des enfants dans un lieu privé. Or, c’est précisément là où l’appelant et d’autres délinquants du même acabit présentent le risque le plus grand pour les enfants. Selon la preuve dont disposait le législateur, (1) parmi les enfants de cinq ans et moins qui ont été victimes d’infractions sexuelles en 2009, environ 60 p. 100 des garçons et 70 p. 100 des filles l’ont été aux mains de membres de leur famille et (2) la plupart des victimes de moins de 16 ans ont subi leur triste sort aux mains de membres de leur famille ou de connaissances. Ainsi, loin d’être « conjecturaux » (par. 95), les effets bénéfiques de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) paraissent manifestes. Cette dernière empêche le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à la modification de l’al. 161(1)c) d’avoir accès sans supervision à des enfants, que ce soit dans un lieu privé ou public, lorsque le juge qui détermine la peine estime qu’une interdiction en ce sens est nécessaire pour contrer le risque que le contrevenant commette à nouveau des infractions sexuelles contre des enfants.

[154] The majority’s consideration of the deleterious effects of the retrospective operation of this provision also views as significant the “dearth of a compelling temporal justification” for s. 161(1)(c)’s retrospective operation, in the sense that “there appears to have been little change in the nature and degree of risk facing children since the last time s. 161(1) was amended” (para. 83). But with respect, and even assuming this concern could fairly be characterized as “temporal” in nature, this is not the sort of temporal concern that s. 11(i) engages, being the retrospective application of punishment. The majority, is, in substance, questioning whether Parliament’s objective — which the majority has already found to have met the “pressing and substantial” objective requirement of *Oakes* — was pressing and substantial. Further, even if this “temporal justification” were an appropriate consideration at this stage of the analysis, it should not be virtually determinative when assessing the deleterious impact of a retrospective punishment. Bearing in mind that the record indicates that Parliament was responding to what it believed to be a grave social harm — which harm the majority acknowledges as persistent — it is worth recalling this Court’s statement in *Keegstra* (at p. 776, per Dickson C.J.) that it is “well accepted that Parliament can use the criminal law to prevent the risk of serious harms”. It does not matter whether that risk has remained constant or increased, or whether it is longstanding or emerging. This Court has never, for example, required the Crown to advance a compelling “temporal” justification to uphold *Charter*-infringing impaired driving legislation by showing that the persistent social harm of impaired driving has taken a turn for the worse: see, e.g., *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187 (upholding the presumption of identity in s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*). Parliament should be entitled, within constitutional limits, to innovate in finding a solution to chronic harms, irrespective of whether the incidence of such harms has remained stable, increased, or even declined.

[154] Dans leur examen des effets préjudiciables, les juges majoritaires tiennent également pour importante « [l]’inexistence d’une justification d’ordre temporel convaincante » de l’application rétrospective de l’al. 161(1)c) en ce sens que « la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du par. 161(1) » (par. 83). Mais, soit dit en tout respect, à supposer même que cette préoccupation puisse être « d’ordre temporel », il ne s’agit pas du genre de préoccupation « d’ordre temporel » qui intéresse l’al. 11*i*), à savoir l’application rétrospective d’une peine. Les juges majoritaires remettent essentiellement en cause l’objectif du législateur, dont ils estiment pourtant qu’il est « urgent et réel » suivant le critère de l’arrêt *Oakes*. En outre, même s’il convenait à ce stade de l’analyse de se pencher sur l’existence d’une « justification d’ordre temporel », cette considération ne devrait pas être déterminante, pour ainsi dire, dans l’appréciation de l’effet préjudiciable d’une peine d’application rétrospective. Gardant présent à l’esprit que, selon le dossier, le législateur s’attaquait à ce qui constituait selon lui un grave préjudice social — un préjudice que les juges majoritaires tiennent pour persistant —, il vaut la peine de rappeler les propos de la Cour dans l’arrêt *Keegstra* (p. 776, le juge en chef Dickson) selon lesquels il est « généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves ». Peu importe que le risque soit demeuré constant ou se soit accru, ou qu’il existe de longue date ou depuis peu. Par exemple, la Cour n’a jamais exigé, pour valider une disposition sur la conduite en état d’ébriété qui contrevenait à la *Charte*, que le ministère public établisse l’existence d’une justification « d’ordre temporel » convaincante et démontre l’aggravation du préjudice persistant causé par la conduite en état d’ébriété (voir p. ex. *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187 (confirmant la présomption d’identité prévue à l’al. 258(1)d.1) du *Code criminel*). Le législateur devrait pouvoir, à l’intérieur des limites fixées par la Constitution, faire preuve d’innovation dans la recherche d’une solution à un préjudice chronique, peu importe que l’incidence de ce préjudice soit demeurée stable, ait augmenté ou ait même diminué.

[155] To be clear, nobody doubts that s. 11(i) deals with temporal considerations, because, as the majority says, it is “about the *timing* of changes to penal laws” (para. 93 (emphasis in original)). But the “temporal” concern identified by the majority speaks more (if not exclusively) to the pressing and substantial nature of Parliament’s objective than it does to the deleterious effects of retrospective punishment on the rule of law (e.g. para. 93: “. . . temporal factors that may help explain Parliament’s rationale . . .”). *All* retrospective changes to the law derogate from the rule of law, irrespective of Parliament’s reasons for enacting them. *All* retrospective punishment is imposed without fair warning, denying a person “the opportunity to know what is expected of her and to decide what to do in light of that knowledge”: D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), at p. 75. In every such case, and even where the majority’s concern about whether there has been “change in the nature and degree of risk” (para. 83) is assuaged, the rule of law is harmed: see L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at pp. 53-54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), at p. 81. The relevance of this concern driving the majority’s assessment of the deleterious impacts on the rule of law in this case is therefore far from evident.

(3) Inconsistent Treatment of Paragraphs (c) and (d)

[156] I also observe that, apart from the matter of “temporal” justifications which I have just addressed, all the reasons identified by the majority in support of its conclusion that the limit imposed on the appellant’s s. 11(i) right by the retrospective application of s. 161(1)(d) is justified are equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c).

[157] In this regard, the majority observes in respect of s. 161(1)(d) that the harms at stake are

[155] Précisons que nul ne doute que les considérations d’ordre temporel importent pour les besoins de l’al. 11*i*) puisque, comme le disent les juges majoritaires, celui-ci « s’intéresse [. . .] au *moment où intervient* la modification d’une disposition à caractère punitif » (par. 93 (en italique dans l’original)). Or, cette préoccupation que relèvent mes collègues a plus (sinon seulement) à voir avec la nature urgente et réelle de l’objectif du législateur qu’avec les effets préjudiciables d’une peine d’application rétrospective sur la primauté du droit (p. ex. au par. 93 : « . . . les considérations d’ordre temporel qui sont susceptibles d’expliquer la décision du législateur . . . »). *Toute* modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur. *Toute* peine d’application rétrospective est infligée sans que le contrevenant n’ait pu vraiment savoir qu’il en était passible et a privé ce dernier de [TRADUCTION] « la possibilité de savoir ce qu’on attendait de lui et d’agir en conséquence » (D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), p. 75). Chaque fois alors, même lorsque les juges majoritaires se soucient moins de savoir si « la nature et le degré du risque [ont] changé » (par. 83), la primauté du droit est compromise (voir L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 53-54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), p. 81). La pertinence de cette préoccupation qui sous-tend l’appréciation, par les juges majoritaires, des effets préjudiciables de la mesure sur la primauté du droit en l’espèce est donc loin d’aller de soi.

(3) Analyse différente des al. c) et d)

[156] Outre la question de l’existence d’une justification « d’ordre temporel », examinée précédemment, je remarque aussi que toutes les raisons invoquées par les juges majoritaires à l’appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit que l’al. 11*i*) garantit à l’appelant, du fait de l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d), valent également pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c).

[157] Les juges majoritaires signalent que, pour ce qui concerne l’al. 161(1)(d), les préjudices en jeu

“particularly powerful”; that the statutory regime “is highly tailored and discretionary”; and that the Internet prohibition is “not among the most onerous punishments, such as increased incarceration” (para. 114). But each of these reasons support the conclusion that the retrospective operation of s. 161(1)(c) is justified as well. Section 161(1)(c) addresses precisely the same “particularly powerful” concern as does s. 161(1)(d), being sexual offences against children. The condition in s. 161(1)(c), as I have explained, is also “highly tailored and discretionary”, since it is imposed only where the sentencing judge deems it necessary, and also since it is subject to such exemptions as the sentencing judge sees fit to allow. And the punishment imposed by s. 161(1)(c) is “not among the most onerous punishments, such as increased incarceration”, since it prohibits an offender only from having unsupervised contact with a child. It therefore follows that, if the retrospective operation of s. 161(1)(d) is a proportional and justified limit on an offender’s s. 11(i) right, the retrospective operation of s. 161(1)(c) must be as well.

(4) The Proper Balancing

[158] I accept that the retrospective operation of the amendments to s. 161(1) works a relative increase in punishment that is not trivial. Section 161(1)(c)’s conditions on unsupervised contact with children regardless of location is more restrictive than the conditions imposable under the original provision. And s. 161(1)(d)’s restriction on Internet access goes much further in restricting an offender’s use of computers than did the original provision. I also accept that, like any other s. 11(i) infringement, the retrospective operation of each has a deleterious impact on the rule of law and fairness in the criminal justice system, as each signifies an increase in possible punishment without notice to the individual.

sont « particulièrement convaincants », le régime législatif « a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire » et l’interdiction d’utiliser Internet « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue » (par. 114). Pourtant, chacune de ces raisons appuie la conclusion selon laquelle l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c) est elle aussi justifiée. L’alinéa 161(1)(c) s’attaque précisément au même préjudice « particulièrement convaincant » que l’al. 161(1)(d), à savoir les infractions sexuelles contre les enfants. Comme je l’explique précédemment, l’interdiction que prévoit l’al. 161(1)(c) est elle aussi « très bien circonscrite et [relève du] pouvoir discrétionnaire », puisqu’elle n’est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu’elle est nécessaire et, également, qu’elle fait l’objet de toute exemption que le juge indique. Et la peine infligée par l’al. 161(1)(c) « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d’emprisonnement accrue », car elle interdit seulement au contrevenant d’avoir des contacts non supervisés avec un enfant. Dès lors, si l’application rétrospective de l’al. 161(1)(d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l’al. 11(i) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l’application rétrospective de l’al. 161(1)(c).

(4) La mise en balance qui s’impose

[158] Je reconnais que l’application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1) entraîne un accroissement relatif de la peine qui n’est pas négligeable. L’interdiction que l’al. 161(1)(c) fait au contrevenant d’avoir des contacts non supervisés avec un enfant, peu importe le lieu, est plus restrictive que celle qui pouvait résulter de l’application de la disposition antérieure. Et l’interdiction d’utiliser Internet prévue à l’al. 161(1)(d) a une bien plus grande portée que celle d’utiliser un ordinateur que prévoyait la disposition antérieure. Je reconnais également que, comme n’importe quelle atteinte au droit garanti par l’al. 11(i), l’application rétrospective de chacune des dispositions a un effet préjudiciable sur la primauté du droit et sur l’équité du système de justice criminelle, chacune d’elle emportant l’infliction éventuelle d’une peine accrue dont l’intéressé ne se savait pas passible.

[159] As for salutary effects, the evidence before Parliament and before this Court shows that a significant number of offenders convicted of designated sexual offences pose a risk to reoffend sexually against children. It also shows that most child victims are known to sexual offenders — they are not strangers taken from a public place, the victims of random chance. And it shows that Internet-based offending is rapidly increasing, which could realistically result in contact-based offences being committed against a child. Finally, it shows that the previous version of s. 161(1) could not address either of these issues — unsupervised contact with a child whether the child is known to the offender or not, and unsupervised access to the Internet for offenders who are likely to use the Internet to facilitate sexual offending.

[160] Balancing these deleterious and salutary effects at the proportionality stage of the s. 1 analysis entails, as the majority recognizes, “difficult value judgments” (para. 79). This is never a “neutral utilitarian calculus”: *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), at p. 369, per Brennan J., dissenting in part. Despite claims to the contrary (see D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), at pp. 166-69; A. Barak, “Proportionality and Principled Balancing” (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (abstract)), undertaking a proportionality analysis does not entail making a truly objective calculation, because it requires the court to weigh incommensurables — in this case, to weigh the deleterious impact on the sexual offender and on the rule of law against the possible benefit of protecting children from sexual offenders.

[161] Despite the impossibility of weighing incommensurables objectively, a reviewing court must nevertheless come to a reasoned conclusion. In my view, the salutary effects pursued are worth the cost in rights limitation: the harms sought to be addressed are grave, persistent, and worthy of Parliament’s efforts in the criminal law realm. The

[159] Quant aux effets bénéfiques, il appert de la preuve dont disposait le législateur et qui figure au dossier de la Cour qu’un nombre élevé d’auteurs d’infractions sexuelles énumérées sont susceptibles de récidiver et de s’en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Elle montre par ailleurs que la plupart des jeunes victimes sont connues des délinquants sexuels, qu’elles ne sont pas choisies au hasard dans un lieu public. Elle nous apprend en outre que la criminalité liée à Internet s’accroît rapidement, ce qui pourrait effectivement mener à la perpétration d’infractions liées aux contacts. Enfin, selon la preuve, la version antérieure du par. 161(1) ne pouvait réprimer aucun de ces actes, soit les contacts non supervisés avec des enfants, connus ou non du contrevenant, et l’accès non supervisé à Internet par un contrevenant susceptible d’utiliser la toile pour faciliter la commission d’une infraction sexuelle.

[160] La mise en balance de ces effets préjudiciables et de ces effets bénéfiques à l’étape de l’examen de la proportionnalité que comporte l’analyse au regard de l’article premier suppose, comme le reconnaissent les juges majoritaires, « des jugements de valeur difficiles » (par. 79). Il ne s’agit jamais d’un [TRADUCTION] « calcul utilitaire objectif » (*New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), p. 369, le juge Brennan, dissident en partie). Malgré les prétentions qui vont dans le sens contraire (voir D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), p. 166-169; A. Barak, « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (résumé)), l’examen de la proportionnalité ne comporte pas de véritable calcul objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l’occurrence l’effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l’effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels.

[161] Malgré l’impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Selon moi, les effets bénéfiques escomptés justifient la restriction du droit: les préjudices que l’on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives

provisions are sufficiently tailored so that no offenders' s. 11(i) rights will be unduly limited — it is only those offenders who pose a risk to reoffend against children who will be subject to a s. 161(1) order, and it is only those offenders who pose a risk to reoffend either through unsupervised access to children or unsupervised use of the Internet who will be retrospectively subject to the impugned provisions. Neither of the impugned provisions works a drastic increase in the punishment imposed. On balance, the potential salutary effect of the retrospective operation of s. 161(1)(c) and s. 161(1)(d) of better protecting children from all sexual offenders who pose a risk to reoffend sexually against them, regardless of when the offender committed a designated offence, outweighs the modest impact on fairness and the rule of law.

III. Conclusion

[162] In my view, the retrospective operation of s. 161(1)(c) is a justified infringement on the appellant's s. 11(i) right. I would therefore dismiss the appeal and affirm the s. 161(1) order imposed by the majority of the Court of Appeal.

Appeal allowed in part, ABELLA and BROWN JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

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

relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l'al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ce ne sont en effet que les contrevenants susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à des enfants qui font l'objet d'une interdiction fondée sur le par. 161(1) et ce ne sont que les contrevenants susceptibles de récidiver soit par l'accès non supervisé à des enfants, soit par l'utilisation non supervisée d'Internet qui feront l'objet de l'application rétrospective des dispositions en cause. Ni l'une ni l'autre de ces dernières n'emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l'effet bénéfique potentiel de l'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis l'acte criminel, prime l'effet modéré qui en résulte sur l'équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

III. Conclusion

[162] À mon sens, l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) constitue une atteinte justifiée au droit que l'al. 11*i*) garantit à l'appelant. Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance des juges majoritaires de la Cour d'appel fondée sur le par. 161(1).

Pourvoi accueilli en partie, les juges ABELLA et BROWN sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

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

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ordinary Seaman Cawthorne *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia and
Director of Criminal and Penal Prosecutions
of Quebec** *Intervenors*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Warrant Officer J.G.A. Gagnon *Respondent*

and

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Corporal A.J.R. Thibault *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec and
Attorney General of
British Columbia** *Intervenors*

INDEXED AS: **R. v. CAWTHORNE**

2016 SCC 32

File Nos.: 36466, 36844.

2016: April 25; 2016: July 22.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Matelot de 3^e classe Cawthorne *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
procureur général de la
Colombie-Britannique et directeur
des poursuites criminelles et pénales
du Québec** *Intervenants*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Adjudant J.G.A. Gagnon *Intimé*

et

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Caporal A.J.R. Thibault *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec et
procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. CAWTHORNE**

2016 CSC 32

N^{os} du greffe : 36466, 36844.

2016 : 25 avril; 2016 : 22 juillet.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL
APPEAL COURT OF CANADA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR
MARTIALE DU CANADA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Armed forces — Prosecutorial independence — Right to trial by independent tribunal — Members of Canadian Forces charged with criminal offences — Sections 230.1 and 245(2) of National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, giving Minister of National Defence authority to appeal from decisions of court martial or Court Martial Appeal Court — Whether these provisions violate ss. 7 and 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Forces armées — Indépendance de la poursuite — Droit d'être jugé par un tribunal indépendant — Militaires canadiens accusés d'infractions criminelles — Articles 230.1 et 245(2) de la Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, qui confèrent au ministre de la Défense nationale le pouvoir d'interjeter appel des décisions d'une cour martiale ou de la Cour d'appel de la cour martiale — Ces dispositions violent-elles les art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Criminal law — Trial — Evidence — Mistrial — Accused bringing motion for mistrial on basis of prejudice arising from inadmissible re-examination evidence — Whether military judge erred in declining to grant mistrial.

Droit criminel — Procès — Preuve — Annulation du procès — Requête en annulation du procès présentée par l'accusé en raison du préjudice causé par un témoignage inadmissible donné en réinterrogatoire — Le juge militaire a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès?

C was charged with two child pornography offences. At trial, defence counsel objected to re-examination evidence given by C's former girlfriend. The military judge ruled that it was inadmissible and advised the jury panel to disregard it, but C brought a motion for a mistrial on the basis of the prejudice arising from it. The military judge dismissed the motion and gave a further limiting instruction to the panel. C was found guilty. On appeal, a majority of the Court Martial Appeal Court found that the mistrial ought to have been granted and ordered a new trial. The Minister of National Defence ("Minister") appeals as of right to this Court, pursuant to s. 245(2) of the *National Defence Act*, arguing that the military judge made no error in declining to grant a mistrial. C brings a motion to quash the Minister's appeal, on the basis that s. 245(2), which gives the Minister the authority to appeal to this Court, violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

C a été accusé de deux infractions de pornographie juvénile. Au procès, l'avocat de la défense s'est opposé au témoignage donné en réinterrogatoire par l'ex-petite amie de C. Le juge militaire a décidé que ce témoignage était inadmissible et a dit au jury de ne pas en tenir compte, mais C a déposé une requête en annulation du procès en raison du préjudice causé par le témoignage. Le juge militaire a rejeté la requête et a donné au jury une autre directive restrictive. C a été déclaré coupable. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la cour martiale ont conclu que le procès aurait dû être annulé et ils ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le ministre de la Défense nationale (« ministre ») interjette appel de plein droit à la Cour en vertu du par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale*, prétendant que le juge militaire n'a pas commis d'erreur en refusant d'annuler le procès. C dépose une requête pour faire casser l'appel du ministre au motif que le par. 245(2), qui confère à ce dernier le pouvoir d'interjeter appel à la Cour, viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

G and T were each charged with sexual assault. G was acquitted and the Minister appealed, seeking a new trial. T presented a plea in bar of trial, on the basis that the matter was not under military jurisdiction because of an insufficient nexus with military service. The military judge allowed the plea and the Minister appealed. G and T brought motions to quash the Minister's appeals on the basis that s. 230.1 of the *National Defence Act*, which gives the Minister the authority to appeal to the Court Martial Appeal Court, violates s. 7 of the *Charter*. The Court Martial

G et T ont tous deux été accusés d'agression sexuelle. G a été acquitté et le ministre a interjeté appel de cette décision et demandé la tenue d'un nouveau procès. T a soulevé une fin de non-recevoir parce que l'affaire ne relevait pas de la compétence des tribunaux militaires à cause de l'insuffisance de son lien avec le service militaire. Le juge militaire a accueilli ce moyen et le ministre a interjeté appel de cette décision. G et T ont demandé par voie de requête la cassation des appels formés par le ministre, car l'art. 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, qui confère

Appeal Court dismissed the motions to quash but agreed that s. 230.1 should be invalidated, as it violates the right to an independent prosecutor. The Minister appeals to this Court.

Held: The motion to quash should be dismissed and the appeals should be allowed. Sections 230.1 and 245(2) of the *National Defence Act* are constitutional.

The power that ss. 230.1 and 245(2) of the *National Defence Act* confer on the Minister — that is, to initiate an appeal — may effect a deprivation of liberty. Therefore, s. 7 of the *Charter* is engaged. The law recognizes as constitutional the principle that prosecutors must not act for improper purposes, such as purely partisan motives. This principle is a basic tenet of our legal system. It safeguards the rights of the individual and the integrity of the justice system, and it satisfies the criteria to be considered a principle of fundamental justice. A prosecutor — whether it be an Attorney General, a Crown prosecutor, or some other public official exercising a prosecutorial function — has a constitutional obligation to act independently of partisan concerns and other improper motives.

The Minister, like the Attorney General or other public officials with a prosecutorial function, is entitled to a strong presumption that he exercises prosecutorial discretion independently of partisan concerns. The mere fact of the Minister's membership in Cabinet does not displace that presumption. The law presumes that the Attorney General, also a member of Cabinet, can and does set aside partisan duties in exercising prosecutorial responsibilities, and there is no compelling reason to treat the Minister differently in this regard. Accordingly, Parliament's conferral of authority over appeals in the military justice system on the Minister does not violate s. 7 of the *Charter*. As to the argument that the impugned provisions violate the right to an independent tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, it cannot succeed.

The military judge in C's case did not err in declining to grant a mistrial. Once an error has occurred at trial, a trial judge may, in deciding whether to grant a mistrial, consider whether the error has been or can be remedied at trial. The decision of whether to grant a mistrial falls within the discretion of the judge, who must assess

au ministre le pouvoir d'interjeter appel à la Cour d'appel de la cour martiale, viole l'art. 7 de la *Charte*. La Cour d'appel de la cour martiale a rejeté les requêtes en cassation, mais a convenu qu'il y a lieu d'invalider l'art. 230.1 parce qu'il viole le droit à un poursuivant indépendant. Le ministre se pourvoit devant la Cour.

Arrêt : La requête en cassation est rejetée et les pourvois sont accueillis. L'article 230.1 et le par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* sont constitutionnels.

Le pouvoir que confèrent au ministre l'art. 230.1 et le par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* — soit d'interjeter appel — peut entraîner une privation de liberté. Par conséquent, l'art. 7 de la *Charte* entre en jeu. Le droit reconnaît le caractère constitutionnel du principe voulant que les poursuivants n'agissent pas à des fins illégitimes, comme des motifs purement partisans. Ce principe est un précepte fondamental de notre système juridique. Il sauvegarde les droits de la personne et l'intégrité du système de justice. En outre, il satisfait aux critères de reconnaissance d'un principe de justice fondamentale. Un poursuivant — qu'il s'agisse d'un procureur général, d'un procureur du ministère public ou d'un autre fonctionnaire exerçant une fonction de poursuivant — a l'obligation constitutionnelle d'agir indépendamment de toute considération partisane et d'autres motifs illégitimes.

À l'instar du procureur général ou des autres fonctionnaires exerçant une fonction de poursuivant, le ministre a droit au bénéfice d'une forte présomption qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites indépendamment de toute considération partisane. Le simple fait que le ministre est membre du Cabinet n'écarte pas cette présomption. La loi présume que le procureur général — lui aussi membre du Cabinet — peut faire abstraction des obligations partisans et en fait abstraction dans l'exercice de ses responsabilités de poursuivant et il n'y a aucune raison impérieuse de traiter le ministre différemment à cet égard. Par conséquent, l'octroi par le législateur au ministre d'un pouvoir sur les appels interjetés au sein du système de justice militaire ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Quant à l'argument que les dispositions attaquées violent le droit à un tribunal indépendant garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, il ne saurait être retenu.

Le juge militaire dans l'affaire C n'a pas commis d'erreur en refusant d'annuler le procès. Lorsqu'une erreur survient au cours du procès, le juge du procès peut, pour décider s'il convient d'annuler le procès, se demander si l'erreur a été corrigée ou s'il est possible d'y remédier lors du procès. La décision d'annuler le procès ou non

whether there is a real danger that trial fairness has been compromised. That discretion is not absolute, but its exercise must not be routinely second-guessed by the court of appeal.

Cases Cited

Referred to: *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130, 230.1, 245(2).

Authors Cited

Rosenberg, Marc. “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.
 Scott, Ian. “Law, Policy, and the Role of the Attorney General: Constancy and Change in the 1980s” (1989), 39 *U.T.L.J.* 109.
 Sterling, Lori, and Heather Mackay. “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: *Krieger v. Law Society of Alberta*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169.

MOTION to quash the appeal from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Veit, Zinn and Abra JJ.A.), 2015 CMAC 1, 472 N.R. 47, [2015] C.M.A.J. No. 1 (QL), 2015 CarswellNat 1361 (WL Can.), setting aside the accused’s convictions for possession of child pornography and accessing child pornography and ordering a new trial. Motion to quash dismissed. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Bell C.J. and Deschênes and Cournoyer JJ.A.), 2015 CMAC 2, [2015]

relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit vérifier s’il existe un danger réel que l’équité du procès ait été compromise. Ce pouvoir discrétionnaire n’est pas absolu, mais la cour d’appel doit se garder d’en mettre systématiquement l’exercice en doute après coup.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 130, 230.1, 245(2).

Doctrine et autres documents cités

Rosenberg, Marc. « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813.
 Scott, Ian. « Law, Policy, and the Role of the Attorney General : Constancy and Change in the 1980s » (1989), 39 *U.T.L.J.* 109.
 Sterling, Lori, and Heather Mackay. « Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions : *Krieger v. Law Society of Alberta* » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169.

REQUÊTE en cassation de l’appel d’un arrêt de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada (les juges Veit, Zinn et Abra), 2015 CACM 1, 472 N.R. 47, [2015] A.C.A.C. n° 1 (QL), 2015 CarswellNat 5288 (WL Can.), qui a annulé les déclarations de culpabilité de possession de pornographie juvénile et d’accès à la pornographie juvénile prononcées contre l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Requête en cassation rejetée. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Bell et les juges Deschênes et Cournoyer), 2015 CACM 2,

C.M.A.J. No. 2 (QL), 2015 CarswellNat 7156 (WL Can.), declaring invalid s. 230.1 of the *National Defence Act*. Appeal allowed.

David Antonyshyn, Dylan Kerr and B. W. MacGregor, for the appellant.

Mark Létourneau and Jean-Bruno Cloutier, for the respondents.

François Lacasse and Ginette Gobeil, for the intervener the Attorney General of Canada.

Patrick J. Monahan and Jamie Klukach, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Sylvain Leboeuf, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Joanne Marceau and Patrick Michel, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] These appeals present two issues. First, do provisions of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, giving the Minister of National Defence (“Minister”) the authority to appeal from decisions of a court martial or the Court Martial Appeal Court violate ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Second, did the military judge in the Cawthorne matter err in declining to grant a mistrial?

[2015] A.C.A.C. n° 2 (QL), 2015 CarswellNat 9263 (WL Can.), qui a déclaré invalide l’art. 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*. Pourvoi accueilli.

David Antonyshyn, Dylan Kerr et B. W. MacGregor, pour l’appelante.

Mark Létourneau et Jean-Bruno Cloutier, pour les intimés.

François Lacasse et Ginette Gobeil, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Patrick J. Monahan et Jamie Klukach, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Sylvain Leboeuf, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r., pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Joanne Marceau et Patrick Michel, pour l’intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Les présents pourvois soulèvent deux questions. Premièrement, les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, qui confèrent au ministre de la Défense nationale (« ministre ») le pouvoir d’interjeter appel des décisions d’une cour martiale ou de la Cour d’appel de la cour martiale violent-elles l’art. 7 ou l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, dans l’affaire Cawthorne, le juge militaire a-t-il commis une erreur en refusant d’annuler le procès?

II. Background

A. *Ordinary Seaman Cawthorne*

[2] In July 2012, Ordinary Seaman Cawthorne was on exercise near Hawaii. On July 20, an able seaman found an iPhone on board the ship. To determine the owner of the phone, the seaman swiped the screen. He saw an image of a man having sex with a child. The seaman took the phone to a superior. The phone belongs to O.S. Cawthorne.

[3] O.S. Cawthorne was charged with two child pornography offences under s. 130 of the *National Defence Act*. O.S. Cawthorne did not contest ownership of the phone, nor did he deny accessing and possessing pornographic images of teenage girls. He testified, however, that his practice was to download an entire thread of pornographic images, without reviewing each image individually. He claimed that his download of the child pornography was inadvertent, and that he had not knowingly possessed or accessed child pornography.

[4] O.S. Cawthorne's former girlfriend testified for the prosecution at trial. During her examination-in-chief, she testified about several conversations she had with him. She stated that he told her that he had been arrested "for having inappropriate images on his phone". She also asked him what types of images were on his phone. When asked if she recalled his answer, her response was the following: "He said they were children and I believe that he said they were both male and female."

[5] In brief cross-examination, she was asked whether her conversations with O.S. Cawthorne amounted to his merely advising her of the allegations against him (i.e., as opposed to his admitting culpability). She agreed.

[6] In re-examination, she was asked, "During any of those conversations, do you recall him

II. Contexte

A. *Matelot de 3^e classe Cawthorne*

[2] En juillet 2012, le matelot de 3^e classe Cawthorne participait à un exercice près d'Hawaii. Le 20 juillet, un matelot de 2^e classe a trouvé un iPhone à bord du navire. Cherchant à savoir qui en était le propriétaire, le matelot a glissé son doigt sur l'écran. Il a alors vu l'image d'un homme ayant des rapports sexuels avec un enfant. Le matelot a remis le téléphone à un supérieur. Le téléphone appartient au mat 3 Cawthorne.

[3] Le mat 3 Cawthorne a été accusé de deux infractions de pornographie juvénile en application de l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*. Le mat 3 Cawthorne n'a pas nié que le téléphone lui appartenait ni qu'il accédait à des images pornographiques d'adolescentes et qu'il en possédait. Il a cependant déclaré qu'il avait l'habitude de télécharger un fil complet d'images pornographiques sans examiner chacune d'elles individuellement. Il a prétendu avoir téléchargé de la pornographie juvénile par inadvertance et qu'il n'avait pas sciemment accédé à de la pornographie juvénile ou été en possession de pornographie juvénile.

[4] Au procès, l'ex-petite amie du mat 3 Cawthorne a témoigné pour la poursuite. Au cours de son interrogatoire principal, elle a parlé de plusieurs conversations qu'elle avait eues avec l'accusé. Selon elle, il lui a dit qu'il avait été arrêté [TRADUCTION] « parce que des images inappropriées se trouvaient sur son téléphone ». Elle lui a demandé de quel type d'images il s'agissait. Lorsqu'on lui a demandé si elle se souvenait de la réponse de l'accusé, elle a répondu : « Il a dit que c'étaient des enfants et je crois qu'il a dit que c'étaient des garçons et des filles. »

[5] Durant un bref contre-interrogatoire, on lui a demandé si, dans les conversations qu'elle avait eues avec le mat 3 Cawthorne, ce dernier s'était contenté de l'informer des faits qui lui étaient reprochés (c.-à-d. plutôt que d'admettre sa culpabilité). Elle a répondu par l'affirmative.

[6] En réinterrogatoire, on lui a demandé : [TRADUCTION] « Pendant ces conversations, vous

saying that he did in fact do these things?” She said: “Yes.”

[7] Defence counsel objected, and the military judge ruled that her evidence on re-examination was inadmissible because it did not arise from cross-examination. The military judge advised the jury panel to disregard the question and answer.

[8] The defence then brought a motion for a mistrial on the basis of the prejudice arising from the inadmissible re-examination evidence. The military judge dismissed the motion and gave a further limiting instruction to the panel:

. . . I further instruct you that you shall not draw any inference against the accused . . . from that inadmissible evidence because it is both unreliable and prejudicial. I therefore instruct you to completely and absolutely ignore the inadmissible evidence and that you shall evacuate from your mind anything about it.

[9] The panel returned a verdict of guilty on both counts charged.

[10] A majority of the Court Martial Appeal Court found that the mistrial ought to have been granted. The court allowed O.S. Cawthorne’s appeal and ordered a new trial (2015 CMAC 1, 472 N.R. 47).

[11] The Minister appeals as of right to this Court, pursuant to s. 245(2)(a) of the *National Defence Act*. The Minister argues that the military judge made no error in declining to grant a mistrial. O.S. Cawthorne seeks to quash the Minister’s appeal on the basis that s. 245(2) violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

B. *Warrant Officer Gagnon and Corporal Thibault*

[12] Warrant Officer Gagnon and Corporal Thibault were each charged with sexual assault.

[13] Warrant Officer Gagnon was acquitted. The Minister appealed to seek a new trial, on the basis that the military judge erred by putting the defence

rappelez-vous s’il a dit qu’il avait vraiment fait ces choses? » Elle a répondu : « Oui. »

[7] L’avocat de la défense s’y est opposé et le juge militaire a décidé que la réponse du témoin en réinterrogatoire était inadmissible parce qu’elle ne découlait pas du contre-interrogatoire. Le juge militaire a dit au jury de ne pas tenir compte de la question et de la réponse.

[8] La défense a alors déposé une requête en annulation du procès en raison du préjudice causé par la réponse inadmissible donnée lors du réinterrogatoire. Le juge militaire a rejeté la requête et a donné au jury une autre directive restrictive :

[TRADUCTION] . . . je vous donne aussi comme directive de ne pas tirer une conclusion défavorable à l’accusé [. . .] de cette preuve inadmissible, parce que celle-ci est à la fois non digne de foi et préjudiciable. Je vous donne donc comme directive de ne tenir aucunement compte de la preuve inadmissible et de ne plus penser à tout ce qui s’y rapporte.

[9] Le jury a rendu un verdict de culpabilité à l’égard des deux chefs d’accusation.

[10] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la cour martiale ont conclu que le procès aurait dû être annulé. La cour a accueilli l’appel du mat 3 Cawthorne et ordonné la tenue d’un nouveau procès (2015 CACM 1).

[11] Le ministre interjette appel de plein droit à la Cour en vertu de l’al. 245(2)a) de la *Loi sur la défense nationale*. Il prétend que le juge militaire n’a pas commis d’erreur en refusant d’annuler le procès. Le mat 3 Cawthorne demande la cassation de l’appel du ministre au motif que le par. 245(2) viole l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*.

B. *Adjudant Gagnon et caporal Thibault*

[12] L’adjudant Gagnon et le caporal Thibault ont tous deux été accusés d’agression sexuelle.

[13] L’adjudant Gagnon a été acquitté. Le ministre a interjeté appel de cette décision et demandé la tenue d’un nouveau procès, parce que le juge

of honest but mistaken belief in consent to the panel.

[14] Corporal Thibault presented a plea in bar of trial, claiming that the matter was not under military jurisdiction because of an insufficient nexus with military service. The military judge allowed the plea (2015 CM 1001). The Minister appealed.

[15] Warrant Officer Gagnon and Corporal Thibault brought motions to quash the Minister's appeals on the basis that s. 230.1 of the *National Defence Act*, which gives the Minister the authority to appeal to the Court Martial Appeal Court, violates s. 7 of the *Charter*.

[16] The Court Martial Appeal Court dismissed the motions to quash but agreed that s. 230.1 of the *National Defence Act* should be invalidated. It found that the law's conferral of the authority to appeal on the Minister violates the right to an independent prosecutor, which it held is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* (2015 CMAc 2).

III. The Challenged Legislation

[17] Sections 230.1 and 245(2) of the *National Defence Act* provide the following:

230.1 The Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

- (a) with leave of the Court or a judge thereof, the severity of the sentence, unless the sentence is one fixed by law;
- (a.1) the decision not to make an order under subsection 745.51(1) of the *Criminal Code*;
- (b) the legality of any finding of not guilty;
- (c) the legality of the whole or any part of the sentence;

militaire a commis une erreur en soumettant au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

[14] Le caporal Thibault a soulevé une fin de non-recevoir, prétendant que l'affaire ne relevait pas de la compétence des tribunaux militaires à cause de l'insuffisance de son lien avec le service militaire. Le juge militaire a accueilli ce moyen (2015 CM 1001). Le ministre a interjeté appel de cette décision.

[15] L'adjudant Gagnon et le caporal Thibault ont demandé par voie de requête la cassation des appels formés par le ministre, car l'art. 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, qui confère au ministre le pouvoir d'interjeter appel à la Cour d'appel de la cour martiale, viole l'art. 7 de la *Charte*.

[16] La Cour d'appel de la cour martiale a rejeté les requêtes en cassation, mais a convenu qu'il y a lieu d'invalider l'art. 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*. Elle a conclu que le pouvoir de faire appel conféré par la loi au ministre viole le droit à un poursuivant indépendant, droit qui constitue, selon elle, un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (2015 CACM 2).

III. Les dispositions législatives contestées

[17] L'article 230.1 et le par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* disposent :

230.1 Le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d'une cour martiale :

- a) avec l'autorisation de la Cour d'appel ou de l'un de ses juges, la sévérité de la sentence, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi;
- a.1) la décision de ne pas rendre l'ordonnance visée au paragraphe 745.51(1) du *Code criminel*;
- b) la légalité de tout verdict de non-culpabilité;
- c) la légalité de la sentence, dans son ensemble ou tel aspect particulier;

(d) the legality of a decision of a court martial that terminates proceedings on a charge or that in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction in respect of a charge;

(e) the legality of a finding of unfit to stand trial or not responsible on account of mental disorder;

(f) the legality of a disposition made under section 201, 202 or 202.16;

(f.1) the legality of an order for a stay of proceedings made under subsection 202.121(7);

(g) the legality of a decision made under any of subsections 196.14(1) to (3); or

(h) the legality of a decision made under subsection 227.01(2).

245 . . .

(2) The Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, may appeal to the Supreme Court of Canada against a decision of the Court Martial Appeal Court

(a) on any question of law on which a judge of the Court Martial Appeal Court dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

IV. Analysis

A. *Is the Conferral of the Authority to Appeal on the Minister of National Defence Unconstitutional?*

[18] The main question on these appeals is whether provisions of the *National Defence Act* that give the Minister the authority to appeal from decisions of a court martial or Court Martial Appeal Court infringe the right to liberty under s. 7 of the *Charter*, and if so, whether the limitation is justified under s. 1 of the *Charter*. It is also argued that the law infringes the right to trial by an independent tribunal under s. 11(d) of the *Charter*.

d) la légalité d'une décision d'une cour martiale qui met fin aux délibérations ou qui refuse ou fait défaut d'exercer sa juridiction à l'égard d'une accusation;

e) relativement à l'accusé, la légalité d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux;

f) la légalité d'une décision rendue aux termes de l'article 201, 202 ou 202.16;

f.1) la légalité d'une ordonnance de suspension d'instance rendue en vertu du paragraphe 202.121(7);

g) la légalité de la décision prévue à l'un des paragraphes 196.14(1) à (3);

h) la légalité de la décision rendue en application du paragraphe 227.01(2).

245 . . .

(2) Le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada d'une décision de la Cour d'appel de la cour martiale sur toute question de droit, dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

a) un juge de la Cour d'appel de la cour martiale exprime son désaccord à cet égard;

b) l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême.

IV. Analyse

A. *L'octroi au ministre de la Défense nationale du pouvoir d'interjeter appel est-il inconstitutionnel?*

[18] La principale question soulevée dans les présents pourvois est celle de savoir si les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* qui confèrent au ministre le pouvoir d'interjeter appel des décisions d'une cour martiale ou de la Cour d'appel de la cour martiale portent atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'atteinte est justifiée par application de l'article premier de la *Charte*. Ces dispositions portent également atteinte, soutient-on, au droit, garanti à l'al. 11d) de la *Charte*, d'être jugé par un tribunal indépendant.

[19] Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[20] The power that ss. 230.1 and 245(2) of the *National Defence Act* confer on the Minister — that is, to initiate an appeal — may effect a deprivation of liberty. Section 7 is engaged.

[21] The next question is whether the deprivation of liberty conforms to the principles of fundamental justice. If it does not, the law violates s. 7.

[22] The answer is found in this Court’s jurisprudence on prosecutorial independence and abuse of process. It establishes, as a matter of constitutional law, that partisan or other improper considerations must not influence prosecutorial decisions.

[23] Our cases on prosecutorial independence tend to discuss this principle in the context of the role of the Attorney General. In *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, Iacobucci and Major JJ., writing for the Court, noted that there is a “constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions”: para. 30. Charron J. reiterated this point in *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, describing the independence of the Attorney General as a “constitutionally entrenched” principle that “requires that the Attorney General act independently of political pressures from government”: para. 46. But the logic of these statements clearly extends to Crown prosecutors and other public officials exercising a prosecutorial function. Indeed, both *Krieger* and *Miazga* cited with approval Binnie J.’s reasons (dissenting on another point) in *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 157, where he remarked that a Crown Attorney’s duty “to respect his or her ‘Minister of Justice’ obligations of objectivity and independence” easily

[19] L’article 7 de la *Charte* dispose :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[20] Le pouvoir que confèrent au ministre l’art. 230.1 et le par. 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* — soit d’interjeter appel — peut entraîner une privation de liberté. L’article 7 entre en jeu.

[21] La question suivante est celle de savoir si la privation de liberté respecte les principes de justice fondamentale. Si elle ne les respecte pas, les dispositions violent l’art. 7.

[22] La réponse se trouve dans la jurisprudence de la Cour sur l’indépendance de la poursuite et l’abus de procédure. Cette jurisprudence établit qu’en droit constitutionnel, les considérations partisans ou autres considérations illégitimes ne doivent pas influencer les décisions d’un procureur du ministère public.

[23] Notre jurisprudence relative à l’indépendance de la poursuite tend à analyser ce principe sous l’angle du rôle joué par le procureur général. S’exprimant au nom de la Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, les juges Iacobucci et Major ont souligné que « [d]ans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute considération partisane lorsqu’il supervise les décisions d’un procureur du ministère public » (par. 30). La juge Charron a repris cette idée dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, décrivant l’indépendance du procureur général comme un principe « consacré[é] par la Constitution » qui « veut que le procureur général agisse indépendamment de toute pression politique du gouvernement » (par. 46). Or, la logique de ces affirmations s’étend clairement aux procureurs du ministère public et aux autres fonctionnaires exerçant une fonction de poursuivant. D’ailleurs, les arrêts *Krieger* et *Miazga* citent tous deux avec approbation les motifs du juge Binnie (dissentant sur un autre point) dans *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002]

met the criteria for a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

[24] These cases establish that a prosecutor — whether it be an Attorney General, a Crown prosecutor, or some other public official exercising a prosecutorial function — has a constitutional obligation to act independently of partisan concerns and other improper motives: see generally L. Sterling and H. Mackay, “Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions: *Krieger v. Law Society of Alberta*” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169, at p. 170; see also M. Rosenberg, “The Attorney General and the Administration of Criminal Justice” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813, at pp. 832-36.

[25] This principle is also reflected in this Court’s abuse of process jurisprudence. We have long recognized that the Crown’s unfair or oppressive treatment of an accused can rise to the level of an abuse of the court’s process and warrant judicial intervention: see *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 612-15. Both the common law and s. 7 of the *Charter* empower a court to stay proceedings

where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court’s process through oppressive or vexatious proceedings.

(*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, quoted in *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at p. 455.)

Those principles of justice may be violated where there is “conspicuous evidence of improper motives or of bad faith” on the Crown’s part: *Power*, at p. 616.

1 R.C.S. 297, par. 157, où il a fait remarquer que le devoir d’un procureur de la Couronne « de s’acquitter de ses obligations d’objectivité et d’indépendance de “représentant de la justice” » répondait aisément aux critères de reconnaissance d’un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*.

[24] Cette jurisprudence établit qu’un poursuivant — qu’il s’agisse d’un procureur général, d’un procureur du ministère public ou d’un autre fonctionnaire exerçant une fonction de poursuivant — a l’obligation constitutionnelle d’agir indépendamment de toute considération partisane et d’autres motifs illégitimes (voir, de façon générale, L. Sterling et H. Mackay, « Constitutional Recognition of the Role of the Attorney General in Criminal Prosecutions : *Krieger v. Law Society of Alberta* » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 169, p. 170; voir aussi M. Rosenberg, « The Attorney General and the Administration of Criminal Justice » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 813, p. 832-836).

[25] Ce principe se dégage aussi de la jurisprudence de la Cour sur l’abus de procédure. Nous reconnaissons depuis longtemps que le traitement injuste ou oppressif réservé par le ministère public à un accusé peut constituer un abus des procédures de la cour et justifier une intervention judiciaire (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 612-615). La common law et l’art. 7 de la *Charte* habilite tous deux la cour à suspendre l’instance

lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, ainsi que pour empêcher l’abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire.

(*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, p. 136-137, cité dans *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, p. 455.)

Il peut y avoir violation de ces principes de justice si la « preuve démontre clairement l’existence de motifs illégitimes [ou] de mauvaise foi » de la part du ministère public (*Power*, p. 616).

[26] I conclude that the law recognizes as constitutional the principle that prosecutors must not act for improper purposes, such as purely partisan motives. This principle is a basic tenet of our legal system. It safeguards the rights of the individual and the integrity of the justice system. And it satisfies the criteria for a principle of fundamental justice identified in *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 113, and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 8. This principle is, accordingly, a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

[27] I emphasize that the scope of “partisan” in this context is narrow. “Partisan” is not broadly synonymous with “political”. An Attorney General — like other public officials exercising a prosecutorial function — is a “protector of the public interest”: Sterling and Mackay, at p. 179. As L’Heureux-Dubé J. explained in *Power*, at p. 616:

... the Attorney General is a member of the executive and as such reflects, through his or her prosecutorial function, the interest of the community to see that justice is properly done. The Attorney General’s role in this regard is not only to protect the public, but also to honour and express the community’s sense of justice. Accordingly, courts should be careful before they attempt to “second-guess” the prosecutor’s motives when he or she makes a decision.

[28] Decisions to prosecute (or to not prosecute) can have broad social repercussions, and regard for those repercussions properly informs prosecutorial discretion: Sterling and Mackay, at p. 179; Rosenberg, at pp. 821-22, fn. 24. It is not open to a court to scrutinize this exercise of discretion, or to question a prosecutor’s particular conception of the public interest. A government policy of strict prosecution of certain offences, if motivated by concerns for the public interest, does not offend s. 7. It is only when the considerations underlying a prosecution are partisan — that is, when a prosecutor acts not for the public good, but “for the good of the

[26] Je conclus que le droit reconnaît le caractère constitutionnel du principe voulant que les poursuivants n’agissent pas à des fins illégitimes, comme des motifs purement partisans. Ce principe est un précepte fondamental de notre système juridique. Il sauvegarde les droits de la personne et l’intégrité du système de justice. En outre, il satisfait aux critères de reconnaissance d’un principe de justice fondamentale qui sont énoncés dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113, et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 8. Il s’agit par conséquent d’un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*.

[27] Je tiens à souligner que le mot « partisan » a une portée restreinte dans ce contexte. Le mot « partisan » n’est pas, au sens large, synonyme de « politique ». Le procureur général, tout comme les autres fonctionnaires exerçant une fonction de poursuivant, est un [TRADUCTION] « défenseur de l’intérêt public » (Sterling et Mackay, p. 179). Comme l’a expliqué la juge L’Heureux-Dubé dans *Power*, p. 616 :

... le procureur général est un représentant de l’exécutif et, à ce titre, il reflète, de par sa fonction de poursuivant, l’intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue. Le rôle du procureur général à cet égard consiste non seulement à protéger le public, mais également à honorer et à exprimer le sens de justice de la collectivité. Aussi, les tribunaux devraient-ils être prudents avant de s’adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision.

[28] Les décisions de poursuivre ou non peuvent avoir de vastes répercussions sur le plan social et la prise en compte de ces répercussions guide à juste titre le poursuivant dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire (Sterling et Mackay, p. 179; Rosenberg, p. 821-822, note de bas de page 24). Il n’est pas loisible à un tribunal d’examiner minutieusement l’exercice de ce pouvoir ou de mettre en question la conception particulière qu’un poursuivant se fait de l’intérêt public. Une politique gouvernementale prévoyant la poursuite stricte de certaines infractions ne contrevient pas à l’art. 7 si elle est motivée par un souci de l’intérêt public. Ce

government of the day” — that a court’s intervention is warranted: *Sterling and Mackay*, at p. 179, citing I. Scott, “Law, Policy, and the Role of the Attorney General: Constancy and Change in the 1980s” (1989), 39 *U.T.L.J.* 109, at p. 121.

[29] Whether a prosecutor’s purposes are “improper” will depend on the facts of the case. It would be impossible to exhaustively define all considerations that are improper in the context of a prosecution, but our abuse of process decisions provide some guidance on that issue. These decisions indicate that, whatever the circumstances of the particular case, the bar for finding that a prosecutor’s conduct was prompted by an improper motive is rightly very high.

[30] Recognition of this principle as one of fundamental justice does not affect the existing and well-developed doctrine of abuse of process; indeed, the two are integrally related. Claims of improper prosecutorial conduct, including partisan-motivated conduct, will continue to be brought and assessed under the doctrine of abuse of process, which determines the standard for improper conduct and the appropriate remedy: see *Power*, at pp. 615-16; *O’Connor*, at pp. 465-68.

[31] There is no evidence of any improper prosecutorial conduct in the cases before us. But the respondents say such evidence is unnecessary. In their view, the principle of prosecutorial independence requires both that a prosecutor be independent *and* that a reasonable person perceive him or her as independent. The Minister, they say, is independent neither in fact nor in appearance. They emphasize that the Minister is a member of Cabinet not bound by the conventions of independence that apply to the Attorney General, and that the Minister’s “quasi-judicial” role is incompatible with his control and administration of the Canadian Forces. Accordingly,

n’est que lorsque les considérations sous-tendant une poursuite sont partisanses, soit lorsqu’un poursuivant agit non pas pour le bien public, mais [TRADUCTION] « pour le bien du gouvernement au pouvoir », que l’intervention d’un tribunal est justifiée (*Sterling et Mackay*, p. 179, citant I. Scott, « Law, Policy, and the Role of the Attorney General : Constancy and Change in the 1980s » (1989), 39 *U.T.L.J.* 109, p. 121).

[29] Pour ce qui est de savoir si les objectifs d’un poursuivant sont « illégitimes », cela dépend des faits en cause. Il serait impossible de définir de façon exhaustive toutes les considérations qui sont illégitimes dans le contexte d’une poursuite, mais notre jurisprudence en matière d’abus de procédure fournit certaines indications sur ce point. Cette jurisprudence indique que, quelles que soient les circonstances de l’affaire en cause, la barre à atteindre pour conclure que la conduite d’un poursuivant était motivée par un motif illégitime est très haute avec raison.

[30] Reconnaître que ce principe en est un de justice fondamentale ne modifie pas la doctrine actuelle et bien établie de l’abus de procédure; en fait, les deux font partie intégrante l’un de l’autre. Les allégations de conduite irrégulière du poursuivant, notamment de conduite partisane, seront encore présentées et évaluées en fonction de la doctrine de l’abus de procédure, qui établit la norme applicable pour établir l’existence d’une conduite irrégulière ainsi que la réparation convenable (voir *Power*, p. 615-616; *O’Connor*, p. 465-468).

[31] Aucune preuve n’indique que les poursuivants ont agi irrégulièrement dans les affaires qui nous occupent. Les intimés disent toutefois qu’une telle preuve n’est pas nécessaire. À leur avis, le principe de l’indépendance de la poursuite requiert à la fois que le poursuivant soit indépendant *et* qu’une personne raisonnable le perçoive ainsi. Le ministre, disent-ils, n’est indépendant ni dans les faits, ni en apparence. Ils soulignent que le ministre est un membre du Cabinet qui n’est pas lié par les conventions d’indépendance applicables au procureur général, et que le rôle « quasi judiciaire » du ministre est incompatible avec les fonctions de

the respondents argue that the law's conferral on the Minister of authority over appeals in the military justice system violates s. 7 of the *Charter*.

[32] I cannot agree. The Minister, like the Attorney General or other public officials with a prosecutorial function, is entitled to a strong presumption that he exercises prosecutorial discretion independently of partisan concerns. The mere fact of the Minister's membership in Cabinet does not displace that presumption. Indeed, the law presumes that the Attorney General — also a member of Cabinet — can and does set aside partisan duties in exercising prosecutorial responsibilities. There is no compelling reason to treat the Minister differently in this regard.

[33] It follows that Parliament's conferral of authority over appeals in the military justice system on the Minister does not violate s. 7 of the *Charter*.

[34] It is conceivable that a statute could create a prosecutorial framework that genuinely casts doubt on a prosecutor's independence, for example, by requiring the prosecutor to take partisan or other improper considerations into account in the exercise of prosecutorial discretion. But short of such a statutory regime, and in the absence of "conspicuous evidence" of partisan conduct in a particular case, there is no violation of s. 7 of the *Charter*.

[35] The respondents did not press the argument that the law violates s. 11(d) of the *Charter*, except to suggest that an abusive prosecution may taint the entire judicial process. In my view, the argument that the law violates the right to an independent tribunal cannot succeed.

[36] I conclude, accordingly, that the impugned provisions of the *National Defence Act* do not violate s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*.

contrôle et d'administration qu'il exerce à l'égard des Forces armées canadiennes. En conséquence, les intimés soutiennent que l'octroi par la loi au ministre d'un pouvoir sur les appels interjetés au sein du système de justice militaire viole l'art. 7 de la *Charte*.

[32] Je ne peux partager cet avis. À l'instar du procureur général ou des autres fonctionnaires exerçant une fonction de poursuivant, le ministre a droit au bénéfice d'une forte présomption qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites indépendamment de toute considération partisane. Le simple fait que le ministre est membre du Cabinet n'écarte pas cette présomption. En effet, la loi présume que le procureur général — lui aussi membre du Cabinet — peut faire abstraction des obligations partisans et en fait abstraction dans l'exercice de ses responsabilités de poursuivant. Il n'y a aucune raison impérieuse de traiter le ministre différemment à cet égard.

[33] Par conséquent, l'octroi par le législateur au ministre d'un pouvoir sur les appels interjetés au sein du système de justice militaire ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

[34] Il se peut qu'une loi instaure un cadre de poursuite qui jette réellement un doute sur l'indépendance d'un poursuivant, par exemple en exigeant de lui qu'il tienne compte de considérations partisans ou d'autres considérations illégitimes dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Mais faute d'un tel régime législatif et à défaut d'une « preuve [qui] démontre clairement » l'existence d'une conduite partisane dans un cas donné, il n'y a pas violation de l'art. 7 de la *Charte*.

[35] Les intimés n'ont pas plaidé que la loi viole l'al. 11d) de la *Charte*, si ce n'est qu'en laissant entendre qu'une poursuite abusive peut vicier l'intégralité du processus judiciaire. À mon avis, l'argument voulant que la loi viole le droit à un tribunal indépendant ne saurait être retenu.

[36] Je conclus donc que les dispositions contestées de la *Loi sur la défense nationale* ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

B. *Did the Military Judge in the Cawthorne Matter Err in Declining to Grant a Mistrial?*

[37] The Crown says that the Court Martial Appeal Court should not have disturbed the military judge's considered decision to not grant a mistrial. It argues that the evidence of O.S. Cawthorne's former girlfriend was not inadmissible, but that even if it was, the military judge correctly applied the proper law. The respondent says that the inadmissibility of the evidence is not properly before this Court, and further that the military judge erred in dismissing the motion for a mistrial.

[38] I would give effect to this ground of appeal. Even if the evidence in question was inadmissible, of which I am not convinced, the military judge did not err in declining to grant a mistrial.

[39] The legal principles on the granting of a mistrial were discussed by LeBel J. in his reasons in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823. Once an error has occurred at trial, a trial judge may, in deciding whether to grant a mistrial, consider whether the error has been or can be remedied at trial: para. 79. The decision of whether to grant a mistrial "falls within the discretion of the judge, who must assess whether there is a real danger that trial fairness has been compromised": *ibid.* That discretion is not absolute, but "its exercise must not be routinely second-guessed by the court of appeal": *ibid.*

[40] The majority of the Court Martial Appeal Court did not ask itself whether the judge had erred in declining to grant a mistrial, but instead focused on the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The curative proviso applies only when an error has been established. The issue on appeal is the following: Did the military judge commit a reviewable error in declining to grant a mistrial? Only if the answer to that question is yes do we turn to the curative proviso.

B. *Dans l'affaire Cawthorne, le juge militaire a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès?*

[37] Le ministère public affirme que la Cour d'appel de la cour martiale n'aurait pas dû modifier la décision réfléchie du juge militaire de ne pas annuler le procès. Il soutient que le témoignage de l'ex-petite amie du mat 3 Cawthorne n'était pas inadmissible, et que même s'il l'était, le juge militaire a correctement appliqué les bonnes règles de droit. L'intimé affirme que la Cour n'est pas saisie à bon droit de la question de l'inadmissibilité du témoignage et ajoute que le juge militaire a commis une erreur en rejetant la requête en annulation du procès.

[38] Je suis d'avis de faire droit à ce moyen d'appel. Même si le témoignage en cause était inadmissible, ce dont je ne suis pas convaincue, le juge militaire n'a pas commis d'erreur en refusant d'annuler le procès.

[39] Les principes juridiques relatifs à l'annulation d'un procès ont été examinés par le juge LeBel dans les motifs qu'il a rédigés dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823. Lorsqu'une erreur survient au cours du procès, le juge du procès peut, pour décider s'il convient d'annuler le procès, se demander si l'erreur a été corrigée ou s'il est possible d'y remédier lors du procès (par. 79). La décision d'annuler le procès ou non « relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit vérifier s'il existe un danger réel que l'équité du procès ait été compromise » (*ibid.*). Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, mais « la cour d'appel doit se garder d'en mettre systématiquement l'exercice en doute après coup » (*ibid.*).

[40] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la cour martiale ne se sont pas demandé si le juge avait commis une erreur en refusant d'annuler le procès. Ils se sont plutôt concentrés sur la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La disposition réparatrice ne s'applique que lorsqu'une erreur est établie. La question en litige est la suivante : Le juge militaire a-t-il commis une erreur susceptible de révision en refusant d'annuler le procès? Ce n'est que

The Court Martial Appeal Court erred in failing to ask itself the right question: see *Khan*, at para. 19, per Arbour J.

[41] In my view, the military judge did not err in declining to grant the motion for a mistrial. As LeBel J. stated in *Khan*, at paras. 80-82:

A decision on whether an incident has affected trial fairness in a way which would warrant declaring a mistrial must take into account any corrective measure which has been brought, or could be brought, by the judge to remedy the irregularity

Thus, when a trial judge realizes that an error has occurred but decides not to order a mistrial, the court should consider the remedy selected by the judge, if any, as one of the elements in its assessment of whether the trial has been or has appeared unfair. If the remedy chosen by the judge consisted of a warning to the jury on what they should or should not consider in reaching their verdict, the ability of a jury to follow instructions must be recognized, although this reality is obviously subject to its own limits. . . .

Thus, we should not presume that jurors are incapable of following instructions given by the judge. On the contrary, when the judge issues a clear and forceful warning about the use of some information, we are entitled to presume that it diminishes the danger that the jury will misuse this information when rendering its verdict. [Emphasis added.]

[42] Here, the decision not to grant a mistrial was within the military judge's discretion. He made a reasonable attempt to remedy the error through two instructions, one immediate and another mid-trial. In his mid-trial instruction, he instructed the panel to disregard the evidence because it was both "unreliable and prejudicial". Nothing suggested to the judge that the panel was unwilling or unlikely to follow his instruction. I would not interfere with his decision.

si la réponse à cette question est affirmative que nous pouvons recourir à la disposition réparatrice. La Cour d'appel de la cour martiale a fait erreur en ne se posant pas la bonne question (voir *Khan*, par. 19, la juge Arbour).

[41] À mon avis, le juge militaire n'a pas commis d'erreur en refusant de faire droit à la requête en annulation du procès. Comme l'a dit le juge LeBel dans l'arrêt *Khan*, par. 80-82 :

Pour décider si un incident a porté atteinte à l'équité du procès de manière à en justifier l'annulation, il faut tenir compte de toute mesure réparatrice que le juge a prise ou pouvait prendre afin de remédier à l'irrégularité

Par conséquent, lorsque le juge du procès se rend compte d'une erreur commise sans pour autant décider d'annuler le procès, la cour devrait considérer la réparation choisie par le juge, le cas échéant, comme l'un des éléments à prendre en compte pour déterminer si le procès a été ou a paru inéquitable. Si la réparation choisie par le juge consiste en une mise en garde au jury sur ce que celui-ci devrait ou ne devrait pas prendre en considération pour rendre son verdict, il faut reconnaître la capacité du jury de suivre des directives même s'il va de soi que, dans les faits, cette capacité a des limites qui lui sont inhérentes. . . .

Nous ne devons donc pas présumer que les jurés sont incapables de suivre les directives données par le juge. Au contraire, lorsque le juge fait une mise en garde claire et ferme sur l'utilisation de certains renseignements, nous pouvons présumer que le risque que le jury fasse mauvais usage de ces renseignements pour rendre son verdict s'en trouve réduit. [Je souligne.]

[42] Ici, la décision de ne pas annuler le procès relevait du pouvoir discrétionnaire du juge militaire. Ce dernier a raisonnablement tenté de remédier à l'erreur en donnant deux directives, une première sur-le-champ et une autre à mi-procès. Dans cette dernière directive, il a demandé au jury de ne pas tenir compte du témoignage en question parce qu'il était à la fois [TRADUCTION] « non digne de foi et préjudiciable ». Rien ne laissait croire au juge que le jury n'était pas disposé à respecter cette directive ou qu'il n'allait vraisemblablement pas la respecter. Je suis d'avis de ne pas modifier sa décision.

V. Conclusion

[43] In the Cawthorne matter, I would dismiss O.S. Cawthorne's motion to quash the appeal. Section 245(2) of the *National Defence Act* is constitutional. The Minister's appeal is allowed and the convictions entered at trial against O.S. Cawthorne are reinstated.

[44] In the Gagnon and Thibault matter, I would allow the Minister's appeal. Section 230.1 of the *National Defence Act* is constitutional. The matter is remitted to the Court Martial Appeal Court for the hearing of the appeals on the merits.

Motion to quash appeal dismissed. Appeals allowed.

Solicitor for the appellant: Canadian Military Prosecution Service, Ottawa.

Solicitor for the respondents: Defence Counsel Services, Gatineau.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec: Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Québec.

V. Conclusion

[43] Dans l'affaire Cawthorne, je suis d'avis de rejeter la requête en cassation de l'appel présentée par le mat 3 Cawthorne. Le paragraphe 245(2) de la *Loi sur la défense nationale* est constitutionnel. Le pourvoi du ministre est accueilli et les déclarations de culpabilité inscrites à l'issue du procès contre le mat 3 Cawthorne sont rétablies.

[44] Dans l'affaire Gagnon et Thibault, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministre. L'article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale* est constitutionnel. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel de la cour martiale pour qu'elle entende les appels sur le fond.

Requête en cassation de l'appel rejetée. Pourvois accueillis.

Procureur de l'appelante : Service canadien des poursuites militaires, Ottawa.

Procureur des intimés : Service d'avocats de la défense, Gatineau.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Oswald Oliver Villaroman *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of British Columbia
and Criminal Lawyers’
Association (Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. VILLAROMAN

2016 SCC 33

File No.: 36435.

2016: March 21; 2016: July 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Circumstantial evidence — Inferences — Reasonable verdict — Accused found guilty on charge of possession of child pornography — Whether trial judge erred in his analysis of circumstantial evidence by requiring that inference supporting conclusion other than guilt be based on evidence rather than upon lack of evidence — Whether guilty verdict was unreasonable.

V was having problems with his laptop computer, so he left it with a repair shop. The repair technician found child pornography on the laptop. He called the police, whose search of the laptop confirmed the presence of child pornography. V was charged with a number of pornography related offences, including possession of child pornography. The trial judge found that the mainly circumstantial evidence against V proved guilt on the charge of possession of child pornography beyond a reasonable doubt. The trial judge also disagreed with V that the police search of the laptop violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Oswald Oliver Villaroman *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario,
procureur général de la
Colombie-Britannique
et Criminal Lawyers’
Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. VILLAROMAN

2016 CSC 33

N° du greffe : 36435.

2016 : 21 mars; 2016 : 29 juillet.

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

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

Droit criminel — Preuve — Preuve circonstancielle — Inférences — Verdict raisonnable — Accusé déclaré coupable d’une accusation de possession de pornographie juvénile — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son analyse de la preuve circonstancielle en exigeant qu’une inférence ou une hypothèse appuyant une conclusion autre que la culpabilité soit basée sur la preuve plutôt que sur l’absence de preuve? — Le verdict de culpabilité était-il déraisonnable?

V éprouvait des problèmes avec son ordinateur portable et il l’a en conséquence confié à un atelier de réparation. Le technicien chargé de le réparer a découvert de la pornographie juvénile dans celui-ci et il a appelé la police. La fouille de l’ordinateur par les policiers a permis de confirmer la présence de pornographie juvénile. V a été accusé de plusieurs infractions relatives à la pornographie, y compris de possession de pornographie juvénile. Le juge du procès a estimé que la preuve à charge contre V — principalement de nature circonstancielle — établissait hors de tout doute raisonnable la culpabilité de ce dernier à l’égard de l’accusation de possession de pornographie

Court of Appeal concluded that the judge had misstated the current law respecting circumstantial evidence and that the verdict of guilt based on that evidence was unreasonable. The Court of Appeal therefore set aside the conviction and entered an acquittal. The Court of Appeal declined to consider the *Charter* issues because its acquittal of V made those issues academic.

Held: The appeal should be allowed, the acquittal set aside and the case remanded to the Court of Appeal for hearing and disposition of the *Charter* ss. 8 and 24(2) issues.

No particular form of instruction to the jury is required where the evidence on one or more elements of the offence is entirely or primarily circumstantial. However, where proof of one or more elements of the offence depends solely or largely on circumstantial evidence, it may be helpful for the jury to receive instructions that will assist them to understand the nature of circumstantial evidence and the relationship between proof by circumstantial evidence and the requirement of proof beyond reasonable doubt.

An explanation of the difference between direct and circumstantial evidence is included in most criminal jury charges and rarely causes difficulty. An instruction concerning the use of circumstantial evidence and the reasonable doubt instruction have different, although related, purposes. The reasonable doubt instruction describes a state of mind — the degree of persuasion that entitles and requires a juror to find an accused guilty. An instruction about circumstantial evidence, in contrast, alerts the jury to the dangers of the path of reasoning involved in drawing inferences from circumstantial evidence. Telling the jury that an inference of guilt drawn from circumstantial evidence should be the only reasonable inference that such evidence permits will often be a succinct and accurate way of helping the jury to guard against the risk of “filling in the blanks” by too quickly overlooking reasonable alternative inferences. While this Court has used the words “rational” and “reasonable” interchangeably to describe the potential inferences, there is an advantage of using the word “reasonable” to avoid the risk of confusion between the reasonable doubt standard and inferences that may arise from circumstantial evidence. However, using the traditional term “rational”

juvénile. Le juge du procès a également rejeté la prétention de V selon laquelle la fouille de l’ordinateur avait violé l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d’appel a conclu que le juge avait mal exposé le droit applicable en matière de preuve circonstancielle et que le verdict de culpabilité, qui était basé sur cette preuve, était déraisonnable. Elle a donc écarté la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement. La Cour d’appel a indiqué qu’elle n’examinerait pas les questions relatives à la *Charte*, étant donné que ces questions devenaient théoriques puisqu’elle acquittait V.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, l’acquittement est annulé et l’affaire est renvoyée à la Cour d’appel pour qu’elle entende et décide les questions fondées sur l’art. 8 et le par. 24(2) de la *Charte*.

Aucune forme particulière de directive au jury n’est nécessaire lorsque la preuve relative à un ou plusieurs des éléments de l’infraction est entièrement ou principalement circonstancielle. Toutefois, dans les cas où la preuve de l’un ou de plusieurs éléments de l’infraction repose uniquement ou largement sur une preuve circonstancielle, il peut être utile que le jury reçoive des directives qui l’aideront à comprendre la nature d’une telle preuve et le rapport entre le recours à des éléments de preuve circonstancielle et l’obligation de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l’accusé.

La plupart des exposés faits aux jurés dans les affaires criminelles comportent des explications sur la différence entre une preuve directe et une preuve circonstancielle, et ces explications causent rarement des difficultés. Une directive sur l’utilisation d’éléments de preuve circonstancielle vise des objectifs différents — bien que connexes — d’une directive concernant le doute raisonnable. La directive relative au doute raisonnable décrit un état d’esprit — le degré de conviction qui autorise et oblige un juré à conclure à la culpabilité de l’accusé. Par comparaison, une directive concernant la preuve circonstancielle alerte le jury à propos du danger que présente le mode de raisonnement consistant à tirer des inférences à partir d’éléments de preuve circonstancielle. Dire au jury qu’une inférence de culpabilité tirée d’éléments de preuve circonstancielle doit être la seule inférence raisonnable qui peut être tirée de ces éléments constituera dans la plupart des cas une manière succincte et précise d’aider le jury à éviter de « combler les vides » en écartant trop rapidement d’autres inférences raisonnables. Bien que la Cour ait utilisé les mots « rationnel » et « raisonnable » de manière interchangeable pour décrire les inférences susceptibles d’être tirées, l’emploi du mot « raisonnable » présente un avantage en ce qu’il

is not an error as the necessary message may be imparted in different ways.

A view that inferences of innocence must be based on proven facts is no longer accepted. In assessing circumstantial evidence, inferences consistent with innocence do not have to arise from proven facts. The issue with respect to circumstantial evidence is the range of reasonable inferences that can be drawn from it. If there are reasonable inferences other than guilt, the Crown's evidence does not meet the proof beyond the reasonable doubt standard. A certain gap in the evidence may result in inferences other than guilt. But those inferences must be reasonable given the evidence and the absence of evidence, assessed logically, and in light of human experience and common sense. When assessing circumstantial evidence, the trier of fact should consider other plausible theories and other reasonable possibilities which are inconsistent with guilt. The Crown thus may need to negate these reasonable possibilities, but certainly does not need to disprove every possible conjecture which might be consistent with innocence. Other plausible theories or other reasonable possibilities must be based on logic and experience applied to the evidence or the absence of evidence, not on speculation.

The Court of Appeal found that the trial judge erred because he failed to consider reasonable inferences inconsistent with guilt that could have arisen from a lack of evidence. While there are certainly some problematic statements in the trial judge's reasons, when the reasons are read as a whole and these passages are read in their proper context, he made no reversible error. The judge correctly stated the law in relation to circumstantial evidence. Contrary to V, the judge did not lose sight of proper process of inference-drawing, the overall burden of proof, or the difference between the standard applied to a committal for trial and the reasonable doubt standard applied to a finding of guilt.

The judge's conclusions that a user of V's computer knowingly downloaded pornography and that V was

permet d'éviter le risque de confusion entre la norme du doute raisonnable et les inférences qui peuvent découler d'éléments de preuve circonstancielle. Cependant, l'utilisation du mot « rationnel » ne constitue pas une erreur, étant donné que le message requis peut être communiqué de diverses façons.

Le point de vue voulant que les inférences compatibles avec l'innocence doivent être basées sur des faits établis n'est plus accepté. Pour évaluer une preuve circonstancielle, des inférences compatibles avec l'innocence n'ont pas à découler de faits établis. Pour ce qui est de la preuve circonstancielle, il s'agit de considérer l'éventail des conclusions raisonnables qui peuvent être tirées de cette preuve. S'il existe d'autres conclusions raisonnables que la culpabilité, la preuve du ministère public ne satisfait pas à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable. Une lacune particulière dans la preuve peut fonder d'autres inférences raisonnables que la culpabilité. Mais ces inférences doivent être raisonnables compte tenu d'une appréciation logique de la preuve ou de l'absence de preuve, et suivant l'expérience humaine et le bon sens. Lorsqu'il apprécie des éléments de preuve circonstancielle, le juge des faits doit considérer d'autres thèses plausibles et d'autres possibilités raisonnables qui ne sont pas compatibles avec la culpabilité. Il peut donc être nécessaire pour le ministère public de réfuter ces possibilités raisonnables, mais il n'a certainement pas à réfuter toutes les hypothèses qui pourraient être compatibles avec l'innocence de l'accusé. Une autre thèse plausible ou une autre possibilité raisonnable doit être basée sur l'application de la logique et de l'expérience à la preuve ou à l'absence de preuve, et non sur des conjectures.

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur, parce qu'il n'a pas pris en compte des inférences raisonnables incompatibles avec la culpabilité qui auraient pu découler d'une absence de preuve. Les motifs du juge du procès renferment certes des énoncés problématiques, mais si l'on considère les motifs globalement et les énoncés en question contextuellement, le juge n'a pas commis d'erreur révisable. Le juge a énoncé correctement le droit relatif à la preuve circonstancielle. Contrairement aux prétentions de V, le juge n'a pas perdu de vue le processus d'inférence approprié, le fardeau de preuve général ou la différence entre la norme applicable en matière de renvoi à procès et la norme du doute raisonnable applicable en matière de conclusion de culpabilité.

Les conclusions du juge portant qu'un utilisateur de l'ordinateur de V y avait sciemment téléchargé du

knowingly in possession of the child pornography that had been saved on his computer were reasonable. While there were gaps in the Crown evidence about V's possession and control of the computer, the Court of Appeal's analysis of these gaps in effect retried the case. It was for the trial judge to decide whether the evidence of V's possession and control, when considered in light of human experience and the evidence as a whole and the absence of evidence, excluded all reasonable inferences other than guilt. While not every trier of fact would inevitably have reached the same conclusion as did the trial judge, that conclusion was a reasonable one.

Cases Cited

Considered: *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; **approved:** *R. v. Dipnarine*, 2014 ABCA 328, 584 A.R. 138; **referred to:** *R. v. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. v. Laboucan*, 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5; *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688; *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42; *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. v. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380; *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 1; *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115; *R. v. McIver*, [1965] 2 O.R. 475, aff'd [1966] S.C.R. 254; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Defaveri*, 2014 BCCA 370, 361 B.C.A.C. 301; *R. v. Bui*, 2014 ONCA 614, 14 C.R. (7th) 149; *R. v. Comba*, [1938] O.R. 200, aff'd [1938] S.C.R. 396; *R. v. Baigent*, 2013 BCCA 28, 335 B.C.A.C. 11; *R. v. Mitchell*, [2008] QCA 394; *R. v. Bagshaw*, [1972] S.C.R. 2; *Martin v. Osborne* (1936), 55 C.L.R. 367; *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376; *R. v. Liu* (1989), 95 A.R. 201; *R. v. S.L.R.*, 2003 ABCA 148; *R. v. Cardinal* (1990), 106 A.R. 91; *R. v. Kaysaywaysemat* (1992), 97 Sask. R. 66; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253.

matériel pornographique et que V avait sciemment eu en sa possession la pornographie juvénile qui avait été sauvegardée dans son ordinateur étaient raisonnables. La preuve du ministère public concernant la possession de l'ordinateur par V et la maîtrise qu'il exerçait sur celui-ci comportait des lacunes, mais dans son analyse de ces lacunes la Cour d'appel a, dans les faits, jugé l'affaire à nouveau. C'est au juge du procès qu'il appartenait de décider si cette preuve — considérée à la lumière de l'expérience humaine, ainsi que de l'ensemble de la preuve disponible et de l'absence de preuve — avait pour effet d'exclure toute autre conclusion raisonnable que la culpabilité. Même si ce ne sont pas tous les juges des faits qui seraient inévitablement arrivés à la même conclusion que le juge du procès, il s'agissait d'une conclusion raisonnable.

Jurisprudence

Arrêt examiné : *Hodge's Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136; **arrêt approuvé :** *R. c. Dipnarine*, 2014 ABCA 328, 584 A.R. 138; **arrêts mentionnés :** *R. c. Daniels*, 2004 NLCA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. c. Laboucan*, 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5; *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688; *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42; *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. c. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380; *John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Fraser c. The King*, [1936] R.C.S. 1; *Lizotte c. The King*, [1951] R.C.S. 115; *R. c. McIver*, [1965] 2 O.R. 475, conf. par [1966] R.C.S. 254; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Defaveri*, 2014 BCCA 370, 361 B.C.A.C. 301; *R. c. Bui*, 2014 ONCA 614, 14 C.R. (7th) 149; *R. c. Comba*, [1938] O.R. 200, conf. par [1938] R.C.S. 396; *R. c. Baigent*, 2013 BCCA 28, 335 B.C.A.C. 11; *R. c. Mitchell*, [2008] QCA 394; *R. c. Bagshaw*, [1972] R.C.S. 2; *Martin c. Osborne* (1936), 55 C.L.R. 367; *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376; *R. c. Liu* (1989), 95 A.R. 201; *R. c. S.L.R.*, 2003 ABCA 148; *R. c. Cardinal* (1990), 106 A.R. 91; *R. c. Kaysaywaysemat* (1992), 97 Sask. R. 66; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Authors Cited

Berger, Benjamin L. “The Rule in Hodge’s Case: Rumours of its Death are Greatly Exaggerated” (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 47.
Canadian Judicial Council. *Model Jury Instructions*, 10.2 Direct and Circumstantial Evidence (online: <https://www.nji-inm.ca/index.cfm/publications/model-jury-instructions/>, last updated June 2012).
Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “rational”, “reasonable”.
Dufraimont, Lisa. “*R. v. Griffin* and the Legacy of *Hodge’s Case*” (2009), 67 *C.R.* (6th) 74.
Gans, Arthur M. “Hodge’s Case Revisited” (1972-73), 15 *C.L.Q.* 127.
Scott, Eric. “Hodge’s Case: A Reconsideration” (1965-66), 8 *C.L.Q.* 17.
Wills, William. *Wills’ Principles of Circumstantial Evidence*, 7th ed. London: Butterworth & Co., 1937.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté and O’Ferrall JJ.A. and Macleod J. (*ad hoc*)), 2015 ABCA 104, 599 A.R. 294, 13 Alta. L.R. (6th) 369, 320 C.C.C. (3d) 50, 643 W.A.C. 294, [2015] A.J. No. 293 (QL), 2015 CarswellAlta 436 (WL Can.), setting aside the conviction for possession of child pornography entered by Yamauchi J., 2013 ABQB 279, 562 A.R. 105, 83 Alta. L.R. (5th) 297, [2013] A.J. No. 538 (QL), 2013 CarswellAlta 857 (WL Can.), and entering an acquittal. Appeal allowed.

Jolaine Antonio and *Jason Wuttunee*, for the appellant.

Ian D. McKay and *Heather Ferg*, for the respondent.

Matthew Asma, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Daniel M. Scanlan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 163.1(4).

Doctrine et autres documents cités

Berger, Benjamin L. « The Rule in Hodge’s Case : Rumours of its Death are Greatly Exaggerated » (2005), 84 *R. du B. can.* 47.
Conseil canadien de la magistrature. *Modèles de directives au jury*, 10.2 Preuve directe et circonstancielle (en ligne : <https://www.nji-inm.ca/index.cfm/publications/model-jury-instructions/?langSwitch=fr>, dernière mise à jour juin 2012).
Dufraimont, Lisa. « *R. v. Griffin* and the Legacy of *Hodge’s Case* » (2009), 67 *C.R.* (6th) 74.
Gans, Arthur M. « Hodge’s Case Revisited » (1972-73), 15 *C.L.Q.* 127.
Grand Robert de la langue française (version électronique), « rationnel », « raisonnable ».
Scott, Eric. « Hodge’s Case : A Reconsideration » (1965-66), 8 *C.L.Q.* 17.
Wills, William. *Wills’ Principles of Circumstantial Evidence*, 7th ed., London, Butterworth & Co., 1937.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté et O’Ferrall et le juge Macleod (*ad hoc*)), 2015 ABCA 104, 599 A.R. 294, 13 Alta. L.R. (6th) 369, 320 C.C.C. (3d) 50, 643 W.A.C. 294, [2015] A.J. No. 293 (QL), 2015 CarswellAlta 436 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité à l’égard de la possession de pornographie juvénile inscrite par le juge Yamauchi, 2013 ABQB 279, 562 A.R. 105, 83 Alta. L.R. (5th) 297, [2013] A.J. No. 538 (QL), 2013 CarswellAlta 857 (WL Can.), et prononcé un acquittement. Pourvoi accueilli.

Jolaine Antonio et *Jason Wuttunee*, pour l’appelant.

Ian D. McKay et *Heather Ferg*, pour l’intimé.

Matthew Asma, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Daniel M. Scanlan*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Sharon E. Lavine and Naomi M. Lutes, for the interveners the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The respondent, Mr. Oswald Villaroman, was having problems with his laptop computer, so he left it with a repair shop. The repair technician found child pornography on the laptop. He called the police, whose search of the laptop confirmed the presence of child pornography. Mr. Villaroman was charged with a number of pornography-related offences, including possession of child pornography contrary to s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the only charge relevant to this appeal.

[2] At trial, Yamauchi J. found that the mainly circumstantial evidence against the accused proved guilt on the charge of possession of child pornography beyond a reasonable doubt: 2013 ABQB 279, 562 A.R. 105. The Court of Appeal, however, concluded that the judge had misstated the current law respecting circumstantial evidence and that the verdict of guilt based on that evidence was unreasonable: 2015 ABCA 104, 599 A.R. 294, at paras. 20 and 38. The Court of Appeal therefore set aside the conviction and entered an acquittal. The Crown appeals, submitting that the Court of Appeal erred by requiring the Crown in effect to disprove all innocent possibilities and, more specifically, by requiring the Crown to prove either that the accused had downloaded the pornography or that he had exclusive access to the computer where it was stored. The Crown maintains that the judge did not make any legal error in his treatment of the circumstantial evidence and that the verdict of guilt was reasonable. The respondent supports the decision and reasoning of the Court of Appeal and points to a

Sharon E. Lavine et Naomi M. Lutes, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] L'intimé, M. Oswald Villaroman, éprouvait des problèmes avec son ordinateur portable et l'a confié à un atelier de réparation. Le technicien chargé de le réparer a découvert de la pornographie juvénile dans celui-ci et il a appelé la police. La fouille de l'ordinateur par les policiers a permis de confirmer la présence de pornographie juvénile. M. Villaroman a été accusé de plusieurs infractions relatives à la pornographie, y compris de l'infraction de possession de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, la seule accusation en cause dans le présent pourvoi.

[2] Au procès, le juge Yamauchi a estimé que la preuve à charge contre l'accusé — principalement de nature circonstancielle — établissait hors de tout doute raisonnable la culpabilité de ce dernier à l'égard de l'accusation de possession de pornographie juvénile : 2013 ABQB 279, 562 A.R. 105. Toutefois, la Cour d'appel a conclu que le juge avait mal exposé le droit applicable en matière de preuve circonstancielle et que le verdict de culpabilité, qui était basé sur cette preuve, était déraisonnable : 2015 ABCA 104, 599 A.R. 294, par. 20 et 38. La Cour d'appel a donc écarté la déclaration de culpabilité et inscrit un acquittement. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour, affirmant que la Cour d'appel a commis une erreur en exigeant, dans les faits, qu'il réfute toute possibilité d'innocence et, plus particulièrement, en requérant qu'il prouve soit que l'accusé avait téléchargé le matériel pornographique soit qu'uniquement ce dernier avait accès à l'ordinateur dans lequel se trouvait ce matériel. Le ministère public soutient que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit dans la manière dont il a traité

number of what he says are clear legal errors in the trial judge's analysis.

[3] I would allow the appeal. As I see it, the trial judge's reasons, read as a whole, do not contain any legal errors and his finding of guilt was reasonable.

II. Issues

[4] The Court of Appeal found that the case law in relation to circumstantial evidence "may not be readily consistent" and "seems to have changed in very recent years": paras. 8 and 20. This appeal is an opportunity to provide any needed clarification. For the purposes of my analysis, I have found it helpful to approach the case by answering two questions:

1. Did the Court of Appeal err in finding a legal error in the trial judge's analysis in relation to the circumstantial evidence?
2. Was the guilty verdict unreasonable?

[5] Some issues related to whether the police search of the laptop violated s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were argued at trial and before the Court of Appeal. The trial judge found that the police search was lawful (2012 ABQB 630, 557 A.R. 1), while the Court of Appeal declined to consider the search issues because its acquittal of Mr. Villaroman made those issues academic: paras. 38-39. On appeal before this Court, the parties agreed that if we accept the Crown's position with respect to the circumstantial evidence, the case should be remanded to the Court of Appeal to deal with those issues. I accept the parties' position and would remand these issues back to the Court of Appeal.

la preuve circonstancielle, et que le verdict de culpabilité était raisonnable. Pour sa part, l'intimé plaide que la décision et le raisonnement de la Cour d'appel sont bien fondés, et il fait état d'un certain nombre d'aspects de l'analyse du juge du procès qui, selon lui, constituent des erreurs de droit manifestes.

[3] J'accueillerais le pourvoi. J'estime que, considérés dans leur ensemble, les motifs du juge du procès ne renferment aucune erreur de droit et que la déclaration de culpabilité qu'il a prononcée est raisonnable.

II. Questions en litige

[4] La Cour d'appel a conclu que la jurisprudence portant sur la preuve circonstancielle [TRADUCTION] « n'est peut-être pas aussi uniforme qu'elle paraît » et elle « semble avoir changé ces dernières années » : par. 8 et 20. Le présent pourvoi fournit l'occasion d'apporter les clarifications qui pourraient être nécessaires. Pour les besoins de mon analyse, j'ai jugé utile d'examiner la présente affaire en répondant à deux questions :

1. La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en concluant à l'existence d'une erreur de droit dans l'analyse du juge du procès relative à la preuve circonstancielle?
2. Le verdict de culpabilité était-il déraisonnable?

[5] Certains aspects de la question de savoir si la fouille de l'ordinateur avait violé l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été débattus lors du procès et devant la Cour d'appel. Le juge du procès a conclu que la fouille policière était légale (2012 ABQB 630, 557 A.R. 1), alors que la Cour d'appel a indiqué qu'elle n'examinerait pas les questions relatives à la fouille, étant donné que ces questions devenaient théoriques puisqu'elle acquittait M. Villaroman : par. 38-39. En appel devant notre Cour, les parties ont convenu que si nous retenons la thèse du ministère public concernant la preuve circonstancielle, l'affaire devrait être renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur ces questions. J'accepte la position des parties et je renverrais ces questions à la Cour d'appel.

III. Overview of the Facts and Decisions

A. *Background*

[6] Mr. Villaroman took his laptop computer to a MyMacDealer shop for repairs to the power button and battery. (While it was not conceded at trial that Mr. Villaroman was the person who delivered the computer, it is for the purposes of this appeal.) He provided his name, address, and telephone number to the repair shop. The technician, Alan Sopczak, examined the computer, which was not password-protected, and identified the necessary repairs. He then telephoned Mr. Villaroman, who authorized the work.

[7] After completing some repairs, Mr. Sopczak checked some files randomly to test whether the computer's software was operating properly. While checking the music files, he discovered child pornography files in the music folder of the iTunes library folder. He thought the number of files ruled out a random occurrence and called the police, who seized the computer. Days later, when Mr. Villaroman came to the shop to get the laptop, Mr. Sopczak informed him that the police had seized it.

[8] Mr. LaFontaine, a forensic analyst, testified that there was only one user account associated with the computer, named "oswaldvillaroman". The user account was set up on the computer on July 1, 2007 and there had been almost daily activity on it from that date until November 29, 2009, a couple of days before the computer was brought to the shop.

[9] Mr. LaFontaine's evidence was that the computer's hard drive contained 36 child pornography files: one picture and 35 videos. Two of the file names appeared to be in an Asian language, but all of the rest suggested or expressly described underage pornographic content. The files were downloaded using a peer-to-peer downloading software

III. Aperçu des faits et des décisions

A. *Contexte*

[6] M. Villaroman a apporté son ordinateur portable à l'atelier MyMacDealer pour faire réparer la touche de mise en marche et la batterie. (Bien qu'il n'ait pas été concédé au procès que c'est M. Villaroman qui a apporté l'ordinateur à l'atelier de réparation, ce fait est admis pour les besoins du présent pourvoi.) M. Villaroman a fourni ses nom, adresse et numéro de téléphone lorsqu'il a déposé son ordinateur à l'atelier. Le technicien, Alan Sopczak, a examiné l'ordinateur — lequel n'était pas protégé par un mot de passe — et il a déterminé quelles étaient les réparations nécessaires. Il a ensuite appelé M. Villaroman, qui a autorisé leur exécution.

[7] Après avoir terminé certaines des réparations, M. Sopczak a ouvert des fichiers au hasard pour vérifier si les logiciels fonctionnaient correctement. Alors qu'il vérifiait les fichiers musicaux, il a découvert des fichiers de pornographie juvénile dans le dossier musique du dossier bibliothèque de iTunes. Estimant que le nombre de fichiers excluait la possibilité que leur présence soit un cas fortuit, il a appelé les policiers, qui ont saisi l'ordinateur. Quelques jours plus tard, lorsque M. Villaroman est venu à l'atelier de réparation pour récupérer l'ordinateur portable, M. Sopczak l'a informé que les policiers l'avaient saisi.

[8] M. LaFontaine, un informaticien judiciaire, a témoigné qu'un seul compte d'utilisateur, appelé « oswaldvillaroman », était lié à l'ordinateur. Ce compte avait été créé le 1^{er} juillet 2007 et été utilisé presque quotidiennement à compter de cette date jusqu'au 29 novembre 2009, quelques jours avant que l'ordinateur soit apporté à l'atelier.

[9] Durant son témoignage, M. LaFontaine a déclaré que le lecteur de disque dur contenait 36 fichiers de pornographie juvénile : une photo et 35 vidéos. Les noms de deux des fichiers semblaient être dans une langue asiatique, mais ceux de tous les autres fichiers tendaient à indiquer que ceux-ci contenaient de la pornographie juvénile ou décrivaient expressément

called “Limewire”. Eighteen of the videos were partial or incomplete downloads located in the Limewire “incomplete” folder. Seventeen were complete downloads that were found, along with the one picture, in the computer’s music folder. The user had viewed some videos from each folder using two different media-playing programs.

[10] Mr. Villaroman admitted that the computer was his and that the 36 files found on it constituted child pornography as defined in the *Criminal Code*. The main factual issue at trial in relation to the possession of child pornography charge was whether the evidence established that Mr. Villaroman had been in possession of the child pornography. As the trial judge noted, this required the Crown to prove that he knew the nature of the material, had the intention to possess it, and had the necessary control over it: para. 26, citing *R. v. Daniels*, 2004 NCLA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290.

B. *Trial Findings*

[11] The trial judge noted that the Crown’s case depended on the circumstantial evidence provided by the technician, Mr. Sopczak, and the forensic analyst, Mr. LaFontaine. Asking himself whether the inferences drawn from the evidence satisfied him beyond a reasonable doubt that Mr. Villaroman had committed the offence: para. 43, citing *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, the trial judge concluded that they did. He found that Mr. Villaroman “knew the nature of the material, had the intention to possess it, and had the necessary control over it”: para. 68.

un tel contenu. Les fichiers avaient été téléchargés à l’aide d’un logiciel de téléchargement poste à poste appelé « Limewire ». Dix-huit des vidéos constituaient des téléchargements partiels ou incomplets et se trouvaient dans le dossier des fichiers [TRADUCTION] « incomplets » de Limewire. Les dix-sept autres vidéos avaient été entièrement téléchargées et ont été découvertes, avec la photo, dans le dossier musique de l’ordinateur. L’utilisateur avait regardé certaines vidéos à partir de chacun des dossiers en utilisant deux programmes de lecture multimédia différents.

[10] M. Villaroman a admis que l’ordinateur lui appartenait et que les 36 fichiers trouvés dans celui-ci constituaient de la pornographie juvénile au sens du *Code criminel*. Au procès, la principale question de fait en litige relativement à l’accusation de possession de pornographie juvénile était celle de savoir si la preuve démontrait que M. Villaroman avait eu en sa possession la pornographie juvénile. Comme l’a souligné le juge du procès, pour faire cette démonstration, le ministère public devait prouver que M. Villaroman connaissait la nature du matériel, qu’il avait eu l’intention de l’avoir en sa possession et qu’il avait exercé sur celui-ci la maîtrise requise : par. 26, citant *R. c. Daniels*, 2004 NCLA 73, 242 Nfld. & P.E.I.R. 290.

B. *Conclusions du juge du procès*

[11] Le juge du procès a fait observer que la thèse du ministère public reposait sur des éléments de preuve circonstancielle fournis par le technicien, M. Sopczak, et par l’informaticien judiciaire, M. LaFontaine. Le juge s’est ensuite demandé si les inférences tirées de la preuve lui permettaient de conclure hors de tout doute raisonnable que M. Villaroman avait commis l’infraction, et il a conclu que oui : par. 43, citant *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320. Il a jugé que M. Villaroman [TRADUCTION] « connaissait la nature du matériel, avait eu l’intention de l’avoir en sa possession et avait exercé sur celui-ci la maîtrise requise » : par. 68.

C. *Court of Appeal Decision*

[12] The Court of Appeal found that the trial judge had “misstated the current law” on weighing circumstantial evidence and that the verdict was unreasonable: para. 20. In the Court of Appeal’s opinion, there was not sufficient evidence to raise a case for the defence to answer: para. 38. The conviction was set aside and an acquittal entered.

IV. Analysis

A. *First Question: Did the Court of Appeal Err in Finding a Legal Error in the Trial Judge’s Analysis in Relation to the Circumstantial Evidence?*

(1) The Alleged Errors

[13] At the core of the errors identified by the Court of Appeal, and elaborated upon by the respondent, is that the trial judge erred in his treatment of circumstantial evidence, a subject that dates back at least to *Hodge’s Case* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. That case contains a jury instruction about how the jury should assess circumstantial evidence of identity. The jury was told that in order to convict, they must be satisfied not only that the circumstantial evidence was consistent with guilt but rationally inconsistent with any other conclusion than guilt. The nub of the issue in this case is whether the trial judge erred by requiring that “any other conclusion than guilt” be based on the evidence.

[14] The Court of Appeal, as I read its reasons, found that the trial judge erred by requiring that an inference or hypothesis supporting a conclusion other than guilt be based on evidence rather than upon a lack of evidence: para. 10. The respondent (as he is entitled to do in seeking to uphold the Court of Appeal’s order), relies on what he claims

C. *Décision de la Cour d’appel*

[12] La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait [TRADUCTION] « mal exposé le droit applicable » en ce qui concerne l’appréciation de la preuve circonstancielle et que le verdict était déraisonnable : par. 20. De l’avis de la Cour d’appel, il n’y avait pas suffisamment de preuve à charge pour que la défense soit tenue de la réfuter : par. 38. La déclaration de culpabilité a été écartée et un verdict d’acquittement a été inscrit.

IV. Analyse

A. *Première question : La Cour d’appel a-t-elle fait erreur en concluant à l’existence d’une erreur de droit dans l’analyse du juge du procès relative à la preuve circonstancielle?*

(1) Les erreurs invoquées

[13] L’élément central qui ressort des erreurs relevées par la Cour d’appel et sur lesquelles s’est attardé l’intimé est que le juge du procès a commis une erreur dans la manière dont il a traité la preuve circonstancielle, un sujet qui remonte au moins à l’*Affaire Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. Dans cette affaire, une directive avait été donnée au jury sur la manière dont il devait apprécier une preuve d’identité de nature circonstancielle. Le tribunal a expliqué aux jurés que, pour qu’ils puissent déclarer l’accusé coupable, ils devaient non seulement être convaincus que la preuve circonstancielle était compatible avec la culpabilité, mais en outre qu’elle était rationnellement incompatible avec toute autre conclusion. En l’espèce, le nœud du litige consiste à décider si le juge du procès a fait erreur en exigeant que [TRADUCTION] « toute autre conclusion que la culpabilité » soit basée sur la preuve.

[14] Selon mon interprétation des motifs de la Cour d’appel, cette dernière a conclu que le juge du procès a fait erreur en exigeant qu’une inférence ou une hypothèse appuyant une conclusion autre que la culpabilité soit basée sur la preuve plutôt que sur l’absence de preuve : par. 10. L’intimé (comme il est en droit de le faire lorsqu’il sollicite

are additional errors made at trial: that the trial judge relied on inapplicable sources; erroneously analyzed the requirement of proof beyond reasonable doubt; and wrongly reversed the burden of proof. But at the core of all of these alleged errors is the point taken by the Court of Appeal: that the trial judge was wrong to exclude from consideration innocent explanations which had no foundation in the evidence.

[15] Before turning to a more detailed analysis, it is important to remember that a trial judge's reasons for judgment should not be "read or analyzed as if they were an instruction to a jury": *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), at p. 525. Rather, the reasons must be "read as a whole, in the context of the evidence, the issues and the arguments at trial, together with 'an appreciation of the purposes or functions for which they are delivered'": *R. v. Laboucan*, 2010 SCC 12, [2010] 1 S.C.R. 397, at para. 16, citing *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 16; see also *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, at para. 11.

(2) Did the Trial Judge Err by Requiring Innocent Explanations to be Based on the Evidence?

[16] The Court of Appeal's concern with the trial judgment arises from some ongoing difficulties caused by the old rule in *Hodge's Case*. While that case was not mentioned by name, the principle that it enunciated cast a long shadow over the judgments at trial and on appeal. I will turn first to some of the troublesome aspects of the jurisprudence flowing from *Hodge's Case* and then return to the errors of law the trial judge is alleged to have committed.

la confirmation de l'ordonnance de la Cour d'appel) invoque ce qu'il dit être des erreurs additionnelles du juge du procès : ce dernier se serait appuyé sur des sources inapplicables, il aurait fait erreur dans son analyse de l'exigence relative à la preuve hors de tout doute raisonnable et il aurait à tort renversé le fardeau de la preuve. Mais l'élément central qui ressort de l'ensemble des erreurs reprochées est celui qu'a retenu la Cour d'appel : le juge du procès aurait eu tort d'exclure de l'examen des explications compatibles avec l'innocence qui n'avaient pas d'assises dans la preuve.

[15] Avant de procéder à une analyse plus approfondie, il importe de rappeler que les motifs exposés par le juge qui préside un procès ne doivent pas être [TRADUCTION] « lus ou analysés comme s'il s'agissait de directives au jury » : *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), p. 525. Ils doivent plutôt être « lus comme un tout, dans le contexte de la preuve, des questions en litige et des arguments présentés lors du procès, et "en tenant compte des buts ou des fonctions de l'expression des motifs" » : *R. c. Laboucan*, 2010 CSC 12, [2010] 1 R.C.S. 397, par. 16, citant *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 16; voir également *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, par. 11.

(2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en exigeant que des explications compatibles avec l'innocence de l'accusé soient basées sur la preuve?

[16] Les préoccupations de la Cour d'appel à l'égard du jugement de première instance découlent de certaines difficultés persistantes que cause la règle établie il y a longtemps dans l'*Affaire Hodge*. Bien que cette affaire n'ait pas été explicitement mentionnée, le principe qui y a été énoncé a influencé considérablement les jugements rendus en première instance et en appel. Je vais d'abord examiner certains des aspects problématiques de la jurisprudence issue de l'*Affaire Hodge*, puis revenir aux erreurs de droit reprochées au juge du procès.

(a) *The Current Status of the “Rule” in Hodge’s Case*

[17] In *Hodge’s Case*, the evidence of identification was made up entirely of circumstantial evidence: p. 1137. Baron Alderson, the trial judge, instructed the jury that in order to convict, they must be satisfied “not only that those circumstances were consistent with [the accused] having committed the act, but they must also be satisfied that the facts were such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the [accused] was the guilty person”: p. 1137. This sort of jury instruction came to be required in circumstantial cases: see, e.g., *McLean v. The King*, [1933] S.C.R. 688.

[18] Over time, this requirement was relaxed: see, e.g., *R. v. Mitchell*, [1964] S.C.R. 471; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860. It is now settled that no particular form of instruction to the jury is required where the evidence on one or more elements of the offence is entirely or primarily circumstantial. As Charron J. writing for a majority of the Court put it in *R. v. Griffin*, 2009 SCC 28, [2009] 2 S.C.R. 42, at para. 33:

We have long departed from any legal requirement for a “special instruction” on circumstantial evidence, even where the issue is one of identification: *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860. The essential component of an instruction on circumstantial evidence is to instill in the jury that in order to convict, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference that can be drawn from the circumstantial evidence is that the accused is guilty. Imparting the necessary message to the jury may be achieved in different ways: *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 20. See also *R. v. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361, at paras. 108-10; *R. v. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (Ont. C.A.), at para. 29. [Emphasis added.]

[19] There may be some tension between the first and the second sentence of this passage from *Griffin*: see, e.g., L. Dufraimont, “*R. v. Griffin* and

a) *Interprétation actuelle de la « règle » établie par l’Affaire Hodge*

[17] Dans l’*Affaire Hodge*, la preuve de l’identité était entièrement circonstancielle : p. 1137. Le baron Alderson, qui a présidé le procès, a indiqué aux jurés que, pour qu’ils puissent déclarer l’accusé coupable, ils devaient être convaincus [TRADUCTION] « non seulement que ces circonstances étaient compatibles avec [la] culpabilité [de l’accusé], mais ils devaient également être convaincus que les faits étaient tels qu’ils étaient incompatibles avec toute autre conclusion logique que celle de la culpabilité de l’inculpé » : p. 1137. Ce type de directive au jury en est venu à être exigé dans les affaires reposant sur des éléments de preuve circonstancielle : voir, par ex., *McLean c. The King*, [1933] R.C.S. 688.

[18] Avec le temps, cette exigence a été assouplie : voir, par ex., *R. c. Mitchell*, [1964] R.C.S. 471; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860. Il est maintenant bien établi qu’aucune forme particulière de directive au jury n’est nécessaire lorsque la preuve relative à un ou plusieurs des éléments de l’infraction est entièrement ou principalement circonstancielle. Comme l’a dit la juge Charron, qui s’exprimait alors pour les juges majoritaires, dans *R. c. Griffin*, 2009 CSC 28, [2009] 2 R.C.S. 42, par. 33 :

Cette Cour a depuis longtemps écarté toute obligation que des « directives spéciales » soient données au jury relativement à la preuve circonstancielle, même lorsque la question en litige concerne l’identification : *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860. L’élément essentiel d’une directive en matière de preuve circonstancielle consiste à faire comprendre aux jurés que, pour prononcer un verdict de culpabilité, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle est que l’accusé est coupable. Il y a différentes façons de communiquer ce message aux jurés : *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.), par. 20. Voir également *R. c. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361, par. 108-110; *R. c. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Ont.), par. 29. [Je souligne.]

[19] Les première et deuxième phrases de ce passage de l’arrêt *Griffin* peuvent sembler contradictoires : voir, par ex., L. Dufraimont, « *R. v.*

the Legacy of *Hodge's Case*” (2009), 67 C.R. (6th) 74. While the first sentence states that there is no required special instruction, the second sentence makes it an “essential component” of a jury instruction to ensure that the jury understands that they must be persuaded beyond reasonable doubt that the only rational inference is guilt. However, the cases cited with approval by Charron J. in this passage and our subsequent decision in *R. v. Mayuran*, 2012 SCC 31, [2012] 2 S.C.R. 162, at para. 38, clear up any doubt about what was intended.

[20] In the above passage, Charron J. cited with approval *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 20. It is worth quoting that paragraph at length as in my view it makes Charron J.’s meaning clear:

It will be recalled that, in *Cooper*, Ritchie J. specifically rejected the necessity for any formula of words to be used in a case of circumstantial evidence of identity. In our view, he can hardly have intended to reject the mandatory recitation of one formula only to substitute another in its place. We read the object of both judgments in *Cooper* to be the eradication of any formulaic approach to such cases so long as the jury is clearly made aware of the necessity to find the guilt of the accused to be established beyond a reasonable doubt. This object may be achieved in more ways than one. Thus, the trial judge, reviewing the evidence and setting out the position of the defence and relating the substantial parts of the evidence to that position, may frame the requisite instruction in the manner he or she considers most appropriate in the circumstances, for example, by:

- (a) charging the jury in accordance with the traditional language of proof beyond a reasonable doubt (*per* Laskin C.J.C. in *Cooper*);
- (b) charging the jury in accordance with that language and pointing out to the jury the other inferences that the defence says should be drawn from the evidence and the necessity to acquit the

Griffin and the Legacy of *Hodge's Case* » (2009), 67 C.R. (6th) 74. En effet, alors que la première phrase énonce qu’aucune directive spéciale n’est requise, la deuxième phrase indique que des explications visant à faire en sorte que les jurés comprennent qu’ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion rationnelle est la culpabilité de l’accusé constituent un « élément essentiel » d’une directive au jury. Toutefois, les arrêts mentionnés et approuvés par la juge Charron dans ce passage, ainsi que l’arrêt subséquent de notre Cour *R. c. Mayuran*, 2012 CSC 31, [2012] 2 R.C.S. 162, par. 38, lèvent tout doute quant au sens de ces propos.

[20] Dans le passage précité, la juge Charron mentionne et approuve le par. 20 de l’arrêt *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.). Il convient de reproduire intégralement ce paragraphe, car il permet selon moi de préciser davantage les remarques de la juge Charron :

[TRADUCTION] On se rappellera que, dans *Cooper*, le juge Ritchie a expressément rejeté la nécessité de recourir à une formule particulière lorsque la preuve de l’identité est de nature circonstancielle. À notre avis, ce dernier n’entendait vraisemblablement pas écarter l’obligation d’utiliser une formule donnée, puis immédiatement lui en substituer une autre. Selon nous, les deux opinions rédigées dans *Cooper* visent à éliminer toute approche basée sur une formule dans de telles affaires pour autant que les jurés soient clairement informés que, pour qu’ils puissent conclure à la culpabilité de l’accusé, celle-ci doit avoir été établie hors de tout doute raisonnable. Cet objectif peut être réalisé de plus d’une manière. Ainsi, le juge du procès, en examinant la preuve, en cernant la position de la défense, et en établissant un parallèle entre les parties essentielles de la preuve et cette position peut formuler la directive nécessaire de la manière qu’il ou elle considère la plus appropriée eu égard aux circonstances, par exemple :

- a) en donnant au jury des instructions suivant la formulation traditionnelle sur la preuve hors de tout doute raisonnable (le juge en chef Laskin dans *Cooper*);
- b) en donnant au jury des instructions suivant cette formulation et en rappelant au jury les autres conclusions qui, selon la défense, devraient être tirées de la preuve et la nécessité d’acquitter l’accusé

accused if any of those inferences raises a reasonable doubt (as the trial judge did in *Cooper* in the final portion of his recharge); or

- (c) charging the jury that it must be satisfied beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the proven facts (*per* Ritchie J. in *Cooper* and Dubin J.A. in *Elmosri*).

[21] Charron J. also cited with approval *R. v. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (Ont. C.A.), (a decision in which she participated as a member of the Ontario Court of Appeal), at para. 29. Once again, it is worth quoting that paragraph:

The modern approach to the problem of circumstantial evidence, enunciated clearly in *Cooper, supra*, and reiterated and reinforced by *Fleet, supra*, is to reject a formulaic approach and to deal with all the evidence in terms of the general principles of reasonable doubt. Trial judges are given a degree of latitude to formulate the appropriate instruction as befits the circumstances of the case. Trial judges are not required to adopt any specific language or wording, provided the charge conveys to the jury in a clear fashion the central point, namely, the necessity to find the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. In particular, trial judges are not required to deliver to the jury a general, abstract lecture on the nature of circumstantial evidence or on the steps of logic to be followed in assessing circumstantial as distinct from direct evidence. An academic exercise along those lines may well confuse rather than assist the jury. Trial judges are entitled to conclude that the essential message of the need to establish guilt beyond a reasonable doubt can be better conveyed in other ways.

[22] These paragraphs, quoted with approval in *Griffin*, are consistent with what Charron J. conveyed in her reasons. This reading of the judgment is confirmed by our subsequent decision in *Mayuran* in which the Court reiterated the statement from *Griffin* that “[w]e have long departed

si l’une de ces conclusions soulève un doute raisonnable (comme le juge du procès l’avait fait dans *Cooper*, dans la dernière partie de son nouvel exposé au jury);

- (c) en informant le jury dans ses instructions qu’il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que la culpabilité de l’accusé est la seule conclusion raisonnable à tirer des faits prouvés (le juge Ritchie dans *Cooper*, et le juge Dubin dans *Elmosri*).

[21] La juge Charron s’est également référée, en l’approuvant, au par. 29 de l’arrêt *R. c. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Ont.) (affaire à laquelle elle avait participé en tant que juge de la Cour d’appel de l’Ontario). Ici encore, il vaut la peine de reproduire ce paragraphe :

[TRADUCTION] La méthode moderne utilisée à l’égard du problème de la preuve circonstancielle, qui a été clairement énoncée dans *Cooper*, précité, puis réitérée et renforcée dans l’arrêt *Fleet*, précité, consiste à rejeter toute formule et à traiter l’ensemble de la preuve en fonction des principes généraux du doute raisonnable. Les juges de première instance jouissent d’une certaine latitude pour formuler les directives appropriées eu égard aux circonstances des affaires dont ils sont saisis. Ils ne sont pas tenus d’utiliser une terminologie ou formulation particulière, pourvu que leur exposé communique clairement aux jurés le point essentiel, c’est-à-dire la nécessité qu’ils soient convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l’accusé pour pouvoir conclure à celle-ci. Plus précisément, les juges de première instance n’ont pas l’obligation de faire au jury un exposé général et abstrait concernant la nature de la preuve circonstancielle ou les étapes du raisonnement à suivre dans l’appréciation d’une preuve circonstancielle par opposition à une preuve directe. Un exercice théorique de cet ordre pourrait fort bien créer de la confusion chez les jurés plutôt que de les aider. Les juges qui président les procès sont en droit de considérer que le message essentiel concernant la nécessité que la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable peut être communiqué plus efficacement par d’autres moyens.

[22] Ces paragraphes, mentionnés et approuvés dans *Griffin*, sont compatibles avec l’idée exprimée par la juge Charron dans ses motifs. Cette interprétation a été confirmée dans l’arrêt *Mayuran* rendu subséquemment par notre Cour, où celle-ci a repris l’énoncé suivant, formulé dans *Griffin* et selon

from any legal requirement for a ‘special instruction’ on circumstantial evidence”: per Abella J., writing for a unanimous Court, at para. 38. There is therefore no particular form of mandatory instruction. However, where proof of one or more elements of the offence depends solely or largely on circumstantial evidence, it may be helpful for the jury to receive instructions that will assist them to understand the nature of circumstantial evidence and the relationship between proof by circumstantial evidence and the requirement of proof beyond reasonable doubt. I will touch briefly on both of these aspects.

(i) An Explanation of the Difference Between Direct and Circumstantial Evidence

[23] An explanation of the difference between direct and circumstantial evidence is included in most criminal jury charges and rarely causes difficulty. One example of how this distinction may be conveyed to a jury is found in s. 10.2 of the *Model Jury Instructions* (online) prepared by the National Committee on Jury Instructions of the Canadian Judicial Council:

- [1] As I explained at the beginning of the trial, you may rely on direct evidence and on circumstantial evidence in reaching your verdict. Let me remind you what these terms mean.
- [2] Usually, witnesses tell us what they personally saw or heard. For example, a witness might say that he or she saw it raining outside. That is called direct evidence.
- [3] Sometimes, however, witnesses say things from which you are asked to draw certain inferences. For example, a witness might say that he or she had seen someone enter the courthouse lobby wearing a raincoat and carrying an umbrella, both dripping wet. If you believed that witness, you might infer that it was raining outside, even though the evidence was indirect. Indirect evidence is sometimes called circumstantial evidence.

lequel « [c]ette Cour a depuis longtemps écarté toute obligation que des “directives spéciales” soient données au jury relativement à la preuve circonstancielle » : la juge Abella, qui a rédigé la décision unanime de la Cour, par. 38. Il n’existe en conséquence pas de forme particulière et obligatoire de directive. Toutefois, dans les cas où la preuve de l’un ou de plusieurs éléments de l’infraction repose uniquement ou largement sur une preuve circonstancielle, il peut être utile que le jury reçoive des directives qui l’aideront à comprendre la nature d’une telle preuve et le rapport entre le recours à des éléments de preuve circonstancielle et l’obligation de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité de l’accusé. Je vais traiter brièvement de ces deux aspects.

(i) Explication de la différence entre la preuve directe et la preuve circonstancielle

[23] La plupart des exposés faits aux jurés dans les affaires criminelles comportent des explications sur la différence entre une preuve directe et une preuve circonstancielle, et ces explications causent rarement des difficultés. On trouve, dans la directive 10.2 des *Modèles de directives au jury* (en ligne) préparés par le Comité national sur les directives au jury du Conseil canadien de la magistrature, un exemple de la manière dont cette différence peut être présentée aux jurés :

- [1] Comme je vous l’ai expliqué au début du procès, vous pouvez vous fonder sur la preuve directe et sur la preuve circonstancielle pour arriver à votre verdict. Je vais passer en revue la signification de ces termes.
- [2] Habituellement, les témoins racontent ce qu’ils ont eux-mêmes vu ou entendu. Par exemple, un témoin peut dire qu’il a vu qu’il pleuvait dehors. Il s’agit là d’une preuve directe.
- [3] Cependant, les témoins relatent parfois des choses dont on vous demande de tirer certaines inférences. Par exemple, un témoin peut dire qu’il a vu quelqu’un entrer dans le palais de justice vêtu d’un imperméable et tenant à la main un parapluie, tous deux ruisselants d’eau. Si vous croyiez ce témoin, vous pourriez déduire qu’il pleuvait dehors, même si cette preuve est indirecte. La preuve indirecte est parfois appelée preuve circonstancielle.

[24] While there is no particular required form of explanation, something along these lines will usually be helpful when one or more elements of the Crown's case depends solely or mainly on circumstantial evidence.

(ii) The Relationship Between Circumstantial Evidence and Proof Beyond Reasonable Doubt

[25] The Court has generally described the rule in *Hodge's Case* as an elaboration of the reasonable doubt standard: *Mitchell; John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, per Ritchie J., at pp. 791-92; *Cooper; Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 843. If that is all that *Hodge's Case* was concerned with, then any special instruction relating to circumstantial evidence could be seen as an unnecessary and potentially confusing addition to the reasonable doubt instruction.

[26] However, that is not all that *Hodge's Case* was concerned with. There is a special concern inherent in the inferential reasoning from circumstantial evidence. The concern is that the jury may unconsciously “fill in the blanks” or bridge gaps in the evidence to support the inference that the Crown invites it to draw. Baron Alderson referred to this risk in *Hodge's Case*. He noted the jury may “look for — and often slightly . . . distort the facts” to make them fit the inference that they are invited to draw: p. 1137. Or, as his remarks are recorded in another report, the danger is that the mind may “take a pleasure in adapting circumstances to one another, and even straining them a little, if need be, to force them to form parts of one connected whole”: W. Wills, *Wills' Principles of Circumstantial Evidence* (7th ed. 1937), at p. 45; cited by Laskin J. in *John*, dissenting but not on this point, at p. 813.

[27] While this 19th century language is not suitable for a contemporary jury instruction, the basic concern that Baron Alderson described — the

[24] Bien qu'aucune forme particulière d'explication ne soit exigée, un exposé de ce genre sera habituellement utile lorsqu'un ou plusieurs éléments de la thèse du ministère public reposent uniquement ou principalement sur une preuve circonstancielle.

(ii) Le rapport entre la preuve circonstancielle et la preuve hors de tout doute raisonnable

[25] Notre Cour a généralement décrit la règle établie dans l'*Affaire Hodge* comme une illustration de la norme du doute raisonnable : *Mitchell; John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781, le juge Ritchie, p. 791-792; *Cooper; Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, p. 843. Si l'*Affaire Hodge* se limitait à cela, toute directive spéciale concernant la preuve circonstancielle pourrait être considérée comme une addition inutile et susceptible de créer de la confusion aux directives concernant le doute raisonnable.

[26] Toutefois, l'*Affaire Hodge* ne se limitait pas à cela. Il existe une crainte particulière, inhérente au processus de raisonnement par inférences tirées d'éléments de preuve circonstancielle. En effet, on craint qu'inconsciemment le jury « comble les vides » de la preuve ou supplée aux lacunes de celle-ci d'une manière qui appuie l'inférence que le ministère public l'invite à tirer. Le baron Alderson a parlé de ce risque dans l'*Affaire Hodge*. Il a fait observer que les jurés peuvent [TRADUCTION] « chercher des faits — et souvent les déformer légèrement » pour qu'ils s'accordent avec l'inférence qu'on les invite à tirer : p. 1137. Ou, pour reprendre d'autres termes dans lesquels on a rapporté ses remarques dans un recueil différent, le danger est que l'esprit puisse [TRADUCTION] « prendre plaisir à adapter les circonstances les unes aux autres, et au besoin, à les dénaturer légèrement, pour les forcer à former des éléments d'un tout cohérent » : W. Wills, *Wills' Principles of Circumstantial Evidence* (7^e éd. 1937), p. 45; remarques citées par le juge Laskin dans *John*, dissident mais non sur ce point, à la p. 813.

[27] Bien qu'une telle façon de s'exprimer, plus caractéristique du 19^e siècle, ne convienne pas à une directive donnée à un jury de nos jours, la

danger of jumping to unwarranted conclusions in circumstantial cases — remains real. When the concern about circumstantial evidence is understood in this way, an instruction concerning the use of circumstantial evidence and the reasonable doubt instruction have different, although related, purposes: see B. L. Berger, “The Rule in Hodge’s Case: Rumours of its Death are Greatly Exaggerated” (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 47, at pp. 60-61.

[28] The reasonable doubt instruction describes a state of mind — the degree of persuasion that entitles and requires a juror to find an accused guilty: Berger, at p. 60. Reasonable doubt is not an inference or a finding of fact that needs support in the evidence presented at trial: see, e.g. *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592, at pp. 600-610. A reasonable doubt is a doubt based on “reason and common sense”; it is not “imaginary or frivolous”; it “does not involve proof to an absolute certainty”; and it is “logically connected to the evidence or absence of evidence”: *Lifchus*, at para. 36. The reasonable doubt instructions are all directed to describing for the jurors how sure they must be of guilt in order to convict.

[29] An instruction about circumstantial evidence, in contrast, alerts the jury to the dangers of the path of reasoning involved in drawing inferences from circumstantial evidence: Berger, at p. 60. This is the danger to which Baron Alderson directed his comments. And the danger he identified so long ago — the risk that the jury will “fill in the blanks” or “jump to conclusions” — has more recently been confirmed by social science research: see Berger, at pp. 52-53. This Court on occasion has noted this cautionary purpose of a circumstantial evidence instruction: see, e.g., *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, per Rand J., at p. 22; *John*, per Laskin J., dissenting but not on this point, at p. 813.

crainte fondamentale décrite par le baron Alderson — à savoir le danger que les jurés tirent des conclusions hâtives injustifiées dans des affaires reposant sur des éléments de preuve circonstancielle — demeure réelle. Lorsqu’on considère ainsi la crainte que suscite la preuve circonstancielle, une directive sur l’utilisation de ce type de preuve vise des objectifs différents — bien que connexes — de celle concernant le doute raisonnable : voir B. L. Berger, « The Rule in Hodge’s Case : Rumours of its Death are Greatly Exaggerated » (2005), 84 *R. du B. can.* 47, p. 60-61.

[28] La directive relative au doute raisonnable décrit un état d’esprit — le degré de conviction qui autorise et oblige un juré à conclure à la culpabilité de l’accusé : Berger, p. 60. Le doute raisonnable n’est pas une inférence ou une conclusion de fait qui doit être étayée par la preuve présentée au procès : voir, par ex., *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, p. 600-610. Le doute raisonnable est un doute basé sur la « raison et le bon sens », il n’est pas « imaginaire ou frivole », il « n’exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue » et il a un « lien logique avec la preuve ou l’absence de preuve » : *Lifchus*, par. 36. Les directives relatives au doute raisonnable visent toutes à décrire aux jurés la certitude qu’ils doivent avoir de la culpabilité de l’accusé afin de pouvoir le déclarer coupable des accusations qu’on lui reproche.

[29] Par comparaison, une directive concernant la preuve circonstancielle alerte le jury à propos du danger que présente le mode de raisonnement consistant à tirer des inférences à partir d’éléments de preuve circonstancielle : Berger, p. 60. Il s’agit du danger que visaient les commentaires du baron Alderson. Et le danger qu’il a identifié il y a de cela bien longtemps — c’est-à-dire le risque que le jury « comble les vides » ou « tire des conclusions hâtives » — a été confirmé plus récemment par des travaux de recherche en sciences sociales : Berger, p. 52-53. D’ailleurs, notre Cour a à l’occasion souligné ce rôle de mise en garde que joue une directive concernant la preuve circonstancielle : voir, par ex., *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, le juge Rand, p. 22; *John*, le juge Laskin, dissident mais non sur ce point, p. 813.

[30] It follows that in a case in which proof of one or more elements of the offence depends exclusively or largely on circumstantial evidence, it will generally be helpful to the jury to be cautioned about too readily drawing inferences of guilt. No particular language is required. Telling the jury that an inference of guilt drawn from circumstantial evidence should be the only reasonable inference that such evidence permits will often be a succinct and accurate way of helping the jury to guard against the risk of “filling in the blanks” by too quickly overlooking reasonable alternative inferences. It may be helpful to illustrate the concern about jumping to conclusions with an example. If we look out the window and see that the road is wet, we may jump to the conclusion that it has been raining. But we may then notice that the sidewalks are dry or that there is a loud noise coming from the distance that could be street-cleaning equipment, and re-evaluate our premature conclusion. The observation that the road is wet, on its own, does not exclude other reasonable explanations than that it has been raining. The inferences that may be drawn from this observation must be considered in light of all of the evidence and the absence of evidence, assessed logically, and in light of human experience and common sense.

[31] I emphasize, however, that assistance to the jury about the risk of jumping to conclusions may be given in different ways and, as noted in *Fleet*, trial judges will provide this assistance in the manner they consider most appropriate in the circumstances: p. 549.

(iii) “Rational” v. “Reasonable” Inferences

[32] I have suggested the use of the word “reasonable” to describe the potential inferences rather than the word “rational” used by Baron Alderson in *Hodge’s Case* and in many other cases including *Griffin*. Which of these words should be used was one of the issues touched on by the Court of Appeal

[30] Il s’ensuit que, dans une affaire où la preuve d’un ou de plusieurs éléments d’une infraction dépend exclusivement ou largement d’éléments de preuve circonstancielle, il est généralement utile d’avertir les jurés d’éviter de tirer trop hâtivement des inférences de culpabilité. Aucune formulation particulière n’est requise. Dire au jury qu’une inférence de culpabilité tirée d’éléments de preuve circonstancielle doit être la seule inférence raisonnable qui peut être tirée de ces éléments constituera dans la plupart des cas une manière succincte et précise d’aider le jury à éviter de « combler les vides » en écartant trop rapidement d’autres inférences raisonnables. Un exemple pourrait être utile afin d’illustrer la crainte qu’un jury tire des conclusions hâtives. Prenons le cas d’une personne qui regarde par la fenêtre et voit que la chaussée est mouillée. Il est possible qu’elle conclue hâtivement qu’il a plu. Mais elle pourrait ensuite remarquer que les trottoirs sont secs ou encore entendre au loin un bruit intense, susceptible d’être causé par un véhicule nettoyant la chaussée, et alors réexaminer sa conclusion prématurée. À elle seule, la constatation que la chaussée est mouillée n’exclut pas d’autres explications raisonnables, outre celle qu’il a plu. Les inférences pouvant être tirées de cette constatation doivent être considérées au regard tant de l’ensemble de la preuve disponible que de l’absence de preuve, appréciées logiquement, ainsi qu’au regard de l’expérience humaine et du bon sens.

[31] Je tiens toutefois à souligner qu’il est possible d’aider de différentes façons les jurés à éviter le risque de tirer des conclusions hâtives et, comme il a été indiqué dans *Fleet*, les juges qui président les procès le font de la manière qu’ils considèrent la plus appropriée dans les circonstances de l’espèce dont ils sont saisis : p. 549.

(iii) Inférences « raisonnables » par opposition à « rationnelles »

[32] Pour décrire les inférences susceptibles d’être tirées, je suggère d’utiliser en anglais le mot « *reasonable* » plutôt que le mot « *rational* » qui a été employé dans l’*Affaire Hodge* par le baron Alderson et par d’autres juges dans de nombreuses décisions, dont *Griffin*, et d’utiliser en français les

(at para. 9) and I should explain why I think that the word “reasonable” is preferable. The following comments also apply to the adjective “*logique*”, which has been frequently used in the French version of this Court’s jurisprudence on this issue.

[33] The words “rational” and “reasonable” are virtually synonyms: “rational” means “of or based on reasoning or reason”; “reasonable” means “in accordance with reason”: *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004). While some have argued that there is a significant difference, I do not find that position convincing: see, e.g., E. Scott, “Hodge’s Case: A Reconsideration” (1965-66), 8 *C.L.Q.* 17, at p. 25; A. M. Gans, “Hodge’s Case Revisited” (1972-73), 15 *C.L.Q.* 127, at p. 132. It seems that our jurisprudence has used the words “rational” and “reasonable” interchangeably with respect to inferences: see *McLean*; *Fraser v. The King*, [1936] S.C.R. 1, at p. 2; *Boucher*, at pp. 18, 22 and 29; *John*, at p. 792; *Cooper*, at p. 881; *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115, at p. 132; *Mitchell*, at p. 478; *Griffin*, at para. 33. This, in addition to the dictionary definitions, suggests that there is no difference in substance between them.

[34] There is an advantage of using the word “reasonable”. It avoids the risk of confusion that might arise from using the word “reasonable” in relation to “reasonable doubt” but referring to “rational” inferences or explanations when speaking about circumstantial evidence: see *John*, per Laskin J., dissenting but not on this point, at p. 815. In saying this, I do not suggest that using the traditional term “rational” is an error: the Court has said repeatedly and recently that the necessary message may be imparted in different ways: see, e.g., *Griffin*, at para. 33.

mots correspondants « raisonnable » et « rationnel ». Comme la question de savoir lequel de ces termes devrait être utilisé a été évoquée par la Cour d’appel (par. 9), il convient que j’explique pourquoi il est selon moi préférable d’utiliser les mots « *raisonnable* » et « *raisonnable* ». Les commentaires qui suivent s’appliquent également à l’adjectif « *logique* », qui a été fréquemment utilisé dans la version française de la jurisprudence de la Cour sur la question.

[33] Les mots « rationnel » et « raisonnable » sont pratiquement synonymes. Ils sont définis comme suit dans le *Grand Robert de la langue française* (version électronique) : « rationnel » « Qui est conforme à la raison [. . .], au bon sens. → Raisonnable »; « raisonnable » « Conforme à la raison. → Rationnel ». Bien que certains aient fait valoir qu’il existe une différence importante entre ces mots, cette thèse ne me paraît pas convaincante : voir, par ex., E. Scott, « Hodge’s Case : A Reconsideration » (1965-66), 8 *C.L.Q.* 17, p. 25; A. M. Gans, « Hodge’s Case Revisited » (1972-73), 15 *C.L.Q.* 127, p. 132. Il semble qu’en ce qui concerne les inférences, les mots « rationnel » et « raisonnable » ont été utilisés de manière interchangeable dans la jurisprudence de notre Cour : voir *McLean*; *Fraser c. The King*, [1936] R.C.S. 1, p. 2; *Boucher*, p. 18, 22 et 29; *John*, p. 792; *Cooper*, p. 881; *Lizotte c. The King*, [1951] R.C.S. 115, p. 132; *Mitchell*, p. 478; *Griffin*, par. 33. En plus des définitions de ces mots dans les dictionnaires, ce fait tend à indiquer qu’il n’existe pas de différence substantielle entre ces mots.

[34] L’emploi du mot « raisonnable » présente un avantage. Il permet d’éviter le risque de confusion qui pourrait découler du fait d’utiliser ce mot dans l’expression « doute raisonnable », mais de parler de conclusions ou d’explications « rationnelles » lorsqu’il est question de la preuve circonstancielle : voir *John*, le juge Laskin, dissident mais non sur ce point, p. 815. Toutefois, lorsque je dis cela, je ne prétends pas que l’utilisation du mot « rationnel » constitue une erreur : la Cour a maintes fois indiqué, y compris récemment, que le message requis peut être communiqué de diverses façons : voir, par ex., *Griffin*, par. 33.

(iv) Whether the Inference Must Be Based on “Proven Facts”

[35] At one time, it was said that in circumstantial cases, “conclusions alternative to the guilt of the accused must be rational conclusions based on inferences drawn from proven facts”: see *R. v. McIver*, [1965] 2 O.R. 475 (C.A.), at p. 479, aff’d without discussion of this point [1966] S.C.R. 254. However, that view is no longer accepted. In assessing circumstantial evidence, inferences consistent with innocence do not have to arise from proven facts: *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 58; see also *R. v. Defaveri*, 2014 BCCA 370, 361 B.C.A.C. 301, at para. 10; *R. v. Bui*, 2014 ONCA 614, 14 C.R. (7th) 149, at para. 28. Requiring proven facts to support explanations other than guilt wrongly puts an obligation on an accused to prove facts and is contrary to the rule that whether there is a reasonable doubt is assessed by considering all of the evidence. The issue with respect to circumstantial evidence is the range of reasonable inferences that can be drawn from it. If there are reasonable inferences other than guilt, the Crown’s evidence does not meet the standard of proof beyond a reasonable doubt.

[36] I agree with the respondent’s position that a reasonable doubt, or theory alternative to guilt, is not rendered “speculative” by the mere fact that it arises from a lack of evidence. As stated by this Court in *Lifchus*, a reasonable doubt “is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence”: para. 30 (emphasis added). A certain gap in the evidence may result in inferences other than guilt. But those inferences must be reasonable given the evidence and the absence of evidence, assessed logically, and in light of human experience and common sense.

[37] When assessing circumstantial evidence, the trier of fact should consider “other plausible

(iv) L’inférence doit-elle être basée sur des « faits établis »?

[35] Il est arrivé que des tribunaux ont affirmé que, dans les affaires reposant sur des éléments de preuve circonstancielle, [TRADUCTION] « les solutions compatibles avec l’innocence de l’accusé doivent être logiques et fondées sur des déductions tirées des faits prouvés » : voir *R. c. McIver*, [1965] 2 O.R. 475 (C.A.), p. 479; conf., sans analyse de cette question, par [1966] R.C.S. 254. Toutefois, ce point de vue n’est plus accepté. Pour évaluer une preuve circonstancielle, des inférences compatibles avec l’innocence n’ont pas à découler de faits établis : *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 58; voir également *R. c. Defaveri*, 2014 BCCA 370, 361 B.C.A.C. 301, par. 10; *R. c. Bui*, 2014 ONCA 614, 14 C.R. (7th) 149, par. 28. Exiger que des faits établis appuient des explications autres que la culpabilité a pour effet d’imposer à tort à l’accusé l’obligation de prouver des faits et va à l’encontre de la règle selon laquelle l’existence ou non d’un doute raisonnable est déterminée eu égard à l’ensemble de la preuve. Pour ce qui est de la preuve circonstancielle, il s’agit de considérer l’éventail des conclusions raisonnables qui peuvent être tirées de cette preuve. S’il existe d’autres conclusions raisonnables que la culpabilité, la preuve du ministère public ne satisfait pas à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable.

[36] Je suis d’accord avec l’intimé pour dire qu’un doute raisonnable, ou une autre thèse que la culpabilité, ne devient pas « conjectural » du seul fait que ce doute ou cette thèse repose sur une absence de preuve. Comme l’a fait remarquer notre Cour dans l’arrêt *Lifchus*, un doute raisonnable « est un doute fondé sur la raison et le bon sens, et qui doit reposer logiquement sur la preuve ou l’absence de preuve » : par. 30 (je souligne). Une lacune particulière dans la preuve peut fonder d’autres inférences que la culpabilité. Mais ces inférences doivent être raisonnables compte tenu d’une appréciation logique de la preuve ou de l’absence de preuve, et suivant l’expérience humaine et le bon sens.

[37] Lorsqu’il apprécie des éléments de preuve circonstancielle, le juge des faits doit considérer

theor[ies]” and “other reasonable possibilities” which are inconsistent with guilt: *R. v. Comba*, [1938] O.R. 200 (C.A.), at pp. 205 and 211, per Middleton J.A., aff’d [1938] S.C.R. 396; *R. v. Baigent*, 2013 BCCA 28, 335 B.C.A.C. 11, at para. 20; *R. v. Mitchell*, [2008] QCA 394 (AustLII), at para. 35. I agree with the appellant that the Crown thus may need to negate these *reasonable* possibilities, but certainly does not need to “negate every possible conjecture, no matter how irrational or fanciful, which might be consistent with the innocence of the accused”: *R. v. Bagshaw*, [1972] S.C.R. 2, at p. 8. “Other plausible theories” or “other reasonable possibilities” must be based on logic and experience applied to the evidence or the absence of evidence, not on speculation.

[38] Of course, the line between a “plausible theory” and “speculation” is not always easy to draw. But the basic question is whether the circumstantial evidence, viewed logically and in light of human experience, is reasonably capable of supporting an inference other than that the accused is guilty.

[39] I have found two particularly useful statements of this principle.

[40] The first is from an old Australian case, *Martin v. Osborne* (1936), 55 C.L.R. 367 (H.C.), at p. 375:

In the inculpation of an accused person the evidentiary circumstances must bear no other reasonable explanation. This means that, according to the common course of human affairs, the degree of probability that the occurrence of the facts proved would be accompanied by the occurrence of the fact to be proved is so high that the contrary cannot reasonably be supposed. [Emphasis added.]

[41] While this language is not appropriate for a jury instruction, I find the idea expressed in this passage — that to justify a conviction, the circumstantial evidence, assessed in light of human experience, should be such that it excludes any other reasonable alternative — a helpful way of

[TRADUCTION] « [d’]autre[s] thèse[s] plausible[s] » et d’« autres possibilités raisonnables » qui ne sont pas compatibles avec la culpabilité : *R. c. Comba*, [1938] O.R. 200 (C.A.), p. 205 et 211, le juge Middleton, conf. par [1938] R.C.S. 396; *R. c. Baigent*, 2013 BCCA 28, 335 B.C.A.C. 11, par. 20; *R. c. Mitchell*, [2008] QCA 394 (AustLII), par. 35. Je conviens avec l’appelant qu’il peut donc être nécessaire pour le ministère public de réfuter ces possibilités *raisonnables*, mais il n’a certainement pas à « réfuter toutes les hypothèses, si irrationnelles et fantaisistes qu’elles soient, qui pourraient être compatibles avec l’innocence de l’accusé » : *R. c. Bagshaw*, [1972] R.C.S. 2, p. 8. Une « autre thèse plausible » ou une « autre possibilité raisonnable » doit être basée sur l’application de la logique et de l’expérience à la preuve ou à l’absence de preuve, et non sur des conjectures.

[38] Il va de soi que la ligne de démarcation entre une « thèse plausible » et une « conjecture » n’est pas toujours facile à tracer. Cependant, la question fondamentale qui se pose est celle de savoir si la preuve circonstancielle, considérée logiquement et à la lumière de l’expérience humaine et du bon sens, peut étayer une autre inférence que la culpabilité de l’accusé.

[39] J’ai trouvé deux énoncés particulièrement utiles de ce principe.

[40] Le premier est tiré d’un vieux arrêt australien, l’affaire *Martin c. Osborne* (1936), 55 C.L.R. 367 (H.C.), p. 375 :

[TRADUCTION] Pour inculper une personne, les circonstances constituant la preuve ne doivent appuyer aucune autre explication raisonnable. Cela signifie que, dans le cours ordinaire de la vie, le degré de probabilité que les faits établis s’accompagnent du fait qui doit être établi est si élevé qu’on ne saurait raisonnablement supposer le contraire. [Je souligne.]

[41] Bien qu’une telle façon de s’exprimer ne soit pas appropriée dans une directive à des jurés, j’estime que l’idée exprimée dans ce passage — à savoir que pour justifier une déclaration de culpabilité, la preuve circonstancielle, appréciée à la lumière de l’expérience humaine, doit être telle qu’elle exclut

describing the line between plausible theories and speculation.

[42] The second is from *R. v. Dipnarine*, 2014 ABCA 328, 584 A.R. 138, at paras. 22 and 24-25. The court stated that “[c]ircumstantial evidence does not have to totally exclude other conceivable inferences”; that the trier of fact should not act on alternative interpretations of the circumstances that it considers to be unreasonable; and that alternative inferences must be reasonable, not just possible.

[43] Where the line is to be drawn between speculation and reasonable inferences in a particular case cannot be described with greater clarity than it is in these passages.

(b) *Did the Trial Judge Err?*

[44] I return to the question of whether the Court of Appeal was wrong to find a legal error in relation to circumstantial evidence in the trial judge’s reasons.

[45] The Court of Appeal found that the trial judge erred because he failed to consider reasonable inferences inconsistent with guilt that could have arisen from *a lack of evidence*. The court found that, by failing to give the accused the benefit of “gaps” in the evidence, the trial judge had, in effect, put a burden on the accused to prove something: paras. 19-20. The respondent supports that conclusion and makes two additional points. He submits that the trial judge erred in relying on *McIver* which wrongly required inferences alternative to guilt to be supported by the evidence and that the trial judge relied on inapplicable sources — *certiorari* applications to quash committals to stand trial, where the beyond a reasonable doubt standard does not apply. In doing so, it is submitted, the judge failed to appreciate the burden of proof on the Crown and the difference between the standard applied when deciding to commit someone to stand

toute autre possibilité raisonnable — constitue une façon utile de décrire la ligne de démarcation entre une thèse plausible et une conjecture.

[42] Le deuxième énoncé est tiré de l’arrêt *R. c. Dipnarine*, 2014 ABCA 328, 584 A.R. 138, par. 22 et 24-25. Dans cette affaire, la cour a déclaré [TRADUCTION] « qu’il n’est pas nécessaire que la preuve circonstancielle exclue toute autre inférence imaginable »; que le juge des faits ne devrait pas s’appuyer sur d’autres interprétations des faits qu’il considère déraisonnables; et que les autres inférences susceptibles d’être envisagées doivent être raisonnables, non pas seulement possibles.

[43] La façon dont il convient de tracer la ligne de démarcation entre une conjecture et une inférence raisonnable dans un cas précis ne saurait être décrite plus clairement qu’elle ne l’est dans les passages cités plus haut.

b) *Le juge du procès a-t-il fait erreur?*

[44] Je reviens maintenant à la question de savoir si la Cour d’appel a eu tort de conclure que les motifs du juge du procès comportaient une erreur de droit en ce qui concerne la preuve circonstancielle.

[45] La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur, parce qu’il n’a pas pris en compte des inférences raisonnables incompatibles avec la culpabilité qui auraient pu découler d’une *absence de preuve*. La cour a jugé qu’en n’accordant pas à l’accusé le bénéfice des « lacunes » de la preuve, le juge du procès avait en fait imposé à ce dernier le fardeau de prouver quelque chose : par. 19-20. L’intimé défend cette conclusion et présente deux arguments supplémentaires. Il soutient, d’une part, que le juge du procès a fait erreur en invoquant l’arrêt *McIver*, lequel exige à tort que les inférences autres que la culpabilité soient étayées par la preuve, et, d’autre part, que le juge s’est appuyé sur des sources inapplicables, à savoir des décisions portant sur des demandes de *certiorari* visant l’annulation d’un renvoi à procès, procédure où la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable ne s’applique pas. Ce faisant, prétend l’intimé, le juge

trial at a preliminary inquiry and the reasonable doubt standard applied at trial.

[46] I respectfully disagree with the Court of Appeal’s conclusion and I cannot accept the respondent’s submissions.

[47] There are certainly at first glance some problematic statements in the trial judge’s reasons. He mentions that “inferences are drawn from the evidence that the Crown presents to [the court]”: para. 45; that speculation is “forming a theory or conjecture without factual basis”: para. 46; and that “it is evidence that ‘bridges’ the inferential gap”: para. 49. He cites a number of cases which state that inferences must be drawn from facts or evidence: paras. 45-49. He cites *McIver*, which states that conclusions alternative to guilt must be founded on proven facts: para. 49. And he wrote that the “Court has no evidence before it that would support these hypothetical scenarios [of innocence]”: para. 81 (emphases added).

[48] However, when the trial judge’s reasons are read as a whole and these passages are read in their proper context, I am not persuaded that he made any reversible error.

[49] For example, most of the references to the effect that inferences must arise from evidence concern the *Crown’s* burden to prove guilt beyond a reasonable doubt. Of course, there is no error in this regard as the Crown cannot rely on a gap in the evidence to prove an element of the offence.

[50] When dealing with the defence position, the judge correctly stated the law, in my opinion. The judge properly noted that “the accused cannot ask

du procès n’a pas tenu compte du fardeau de preuve qui incombe au ministère public et de la différence entre la norme applicable pour déterminer s’il y a lieu de renvoyer un accusé à procès au terme d’une enquête préliminaire et la norme du doute raisonnable applicable au procès lui-même.

[46] Je ne peux, en toute déférence, souscrire à la conclusion de la Cour d’appel, et je ne peux non plus accepter les arguments de l’intimé.

[47] À première vue, les motifs du juge du procès renferment certes des énoncés problématiques. Ainsi, il mentionne que les [TRADUCTION] « inférences sont tirées des éléments de preuve que présente [au tribunal] le ministère public » : par. 45; qu’une conjecture implique le « développement d’une thèse ou d’une hypothèse sans assises factuelles » : par. 46 et que « c’est la preuve qui permet de “comblé” les lacunes dans les inférences » : par. 49. Il fait état d’un certain nombre de décisions précisant que les inférences doivent être tirées à partir des faits ou de la preuve : par. 45-49. Il cite l’affaire *McIver*, dans laquelle il est énoncé que les autres conclusions que la culpabilité doivent être fondées sur des faits établis : par. 49. De plus, il a écrit [TRADUCTION] « [qu’]aucun élément de preuve n’a été présenté au tribunal pour étayer ces scénarios hypothétiques [d’innocence] » : par. 81 (je souligne).

[48] Toutefois, si l’on considère les motifs du juge du procès globalement et les passages susmentionnés contextuellement, je ne suis pas convaincu que le juge a commis une erreur révisable.

[49] À titre d’exemple, la plupart des énoncés indiquant que les inférences doivent découler de la preuve portent sur l’obligation qu’a le *ministère public* de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Aucune erreur n’a évidemment été commise à cet égard, étant donné que le ministère public ne peut invoquer une lacune dans la preuve pour établir un élément de l’infraction.

[50] Lorsqu’il a examiné la thèse de la défense, le juge a selon moi énoncé correctement le droit. Il a à juste titre souligné que [TRADUCTION] « l’accusé

this Court to rely on supposition or conjecture, that flows from a purely hypothetical narrative to conclude that the Crown has not proven he is guilty of the offences with which the Crown has charged him”: para. 47. The judge’s citation of *McIver* was intended to make the same point, i.e. that a reasonable doubt cannot arise from speculation or conjecture. This is perfectly correct. As the Court said in *Lifchus*, “a reasonable doubt must not be imaginary or frivolous”; need not be proof to an absolute certainty; and must be based on “reason and common sense”: paras. 31 and 36. The burden on the Crown does not extend to “negating every conjecture”: *R. v. Paul*, [1977] 1 S.C.R. 181, at p. 191.

[51] The respondent submits that the judge erred by relying on a number of cases dealing with committals for trial at a preliminary inquiry, a context in which the reasonable doubt standard does not apply. However, the judge referred to these authorities in relation to his assessment of the range of available and reasonable inferences. He did not, as the respondent claims, fail to recognize and apply the beyond reasonable doubt standard of proof. The trial judge stated the proper standard in his reasons, and there is nothing in his reasons to show that he departed from this standard:

The Crown’s counsel and the accused spent a great deal of time arguing about the inferences that this Court may or may not draw from the evidence that Mr. Sopczak and Mr. LaFontaine provided. Essentially, the arguments may be boiled down to the simple question of whether the totality of the evidence that the Crown has presented to this Court supports an inference that the accused committed the offences with which the Crown has charged him. Of course, the inferences that this Court draws from the evidence must satisfy it beyond a reasonable doubt that the accused committed the offences with which the Crown has charged him [Emphasis added; para. 43.]

[52] Finally, the respondent submits that, by misapprehending the law in relation to innocent inferences and in applying the law relating to committals to trials, the trial judge improperly reversed

ne peut demander au tribunal de s’appuyer sur une supposition ou conjecture découlant d’un récit purement hypothétique pour conclure que le ministère public n’a pas prouvé qu’il est coupable des infractions qu’on lui reproche » : par. 47. Le passage de l’arrêt *McIver* cité par le juge vise à établir le même point, à savoir qu’un doute raisonnable ne peut découler d’une conjecture ou d’une hypothèse. C’est tout à fait exact. Comme l’a dit notre Cour dans *Lifchus*, « un doute raisonnable ne doit pas être imaginaire ou frivole », les accusations n’ont pas à être prouvées avec une certitude absolue, et le doute raisonnable doit plutôt reposer sur « la raison et le bon sens » : par. 31 et 36. Le fardeau du ministère public ne lui impose pas l’obligation de « réfuter toute conjecture » : *R. c. Paul*, [1977] 1 R.C.S. 181, p. 191.

[51] L’intimé fait valoir que le juge a commis une erreur en s’appuyant sur plusieurs décisions relatives à des renvois à procès à l’étape de l’enquête préliminaire, un contexte dans lequel la norme du doute raisonnable ne s’applique pas. Toutefois, le juge a mentionné ces décisions dans son évaluation de l’éventail des possibles inférences raisonnables. Il n’a pas, comme le soutient l’intimé, fait abstraction de la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable ni omis de l’appliquer. Le juge du procès a exposé la norme appropriée dans ses motifs et rien dans ceux-ci n’indique qu’il a dérogé à cette norme :

[TRADUCTION] L’avocat du ministère public et l’accusé ont passé beaucoup de temps à débattre de la question des inférences que la Cour peut ou non tirer de la preuve fournie par MM. Sopczak et LaFontaine. Essentiellement, ces arguments se résument à la simple question de savoir si l’ensemble de la preuve présentée par le ministère public permet d’inférer que l’accusé a commis les infractions qu’on lui reproche. Il va de soi que les inférences que tire le tribunal de la preuve doivent le convaincre hors de doute raisonnable que l’intéressé a commis les infractions dont il est accusé par le ministère public . . . [Je souligne; par. 43.]

[52] Enfin, l’intimé soutient que, en interprétant mal le droit applicable aux inférences compatibles avec l’innocence et en appliquant les règles de droit régissant les renvois à procès, le juge de première

the burden of proof and applied the wrong standard of proof. For the reasons I have just given, the trial judge did not apply the wrong law in these areas, and properly put the burden of proof beyond a reasonable doubt solely on the Crown.

[53] A fair reading of the judge's reasons as a whole does not support the respondent's position that the judge somehow lost sight of proper process of inference-drawing, the overall burden of proof, or the difference between a committal for trial and a finding of guilt. The judge did not err in this regard.

[54] I conclude that the judge did not make any legal error in relation to his assessment of the circumstantial evidence.

B. *Second Question: Was the Verdict of Guilt Reasonable?*

(1) Legal Principles

[55] A verdict is reasonable if it is one that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered: *R. v. Binias*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381. Applying this standard requires the appellate court to re-examine and to some extent reweigh and consider the effect of the evidence: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 186. This limited weighing of the evidence on appeal must be done in light of the standard of proof in a criminal case. Where the Crown's case depends on circumstantial evidence, the question becomes whether the trier of fact, acting judicially, could reasonably be satisfied that the accused's guilt was the only reasonable conclusion available on the totality of the evidence: *Yebes*, at p. 186; *R. v. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376 (Ont. C.A.), at para. 4; *R. v. Liu* (1989), 95 A.R. 201 (C.A.), at para. 13; *R. v. S.L.R.*, 2003 ABCA 148 (CanLII); *R. v. Cardinal* (1990), 106 A.R. 91 (C.A.); *R. v. Kaysaywaysemat* (1992), 97 Sask. R. 66 (C.A.), at paras. 28 and 31.

instance a à tort renversé le fardeau de la preuve et appliqué la mauvaise norme de preuve. Pour les motifs que je viens tout juste d'exposer, le juge du procès n'a pas appliqué les mauvaises règles de droit sur ces questions, et il a correctement imposé uniquement au ministère public l'obligation d'apporter une preuve hors de tout doute raisonnable.

[53] Il ressort d'une lecture objective de l'ensemble des motifs du juge que ceux-ci n'appuient pas la thèse de l'intimé voulant que le juge ait d'une certaine manière perdu de vue le processus d'inférence approprié, le fardeau de preuve général ou la différence entre un renvoi à procès et une conclusion de culpabilité. Le juge n'a pas commis d'erreur sur ces questions.

[54] Je conclus que le juge n'a commis aucune erreur de droit en ce qui concerne l'appréciation de la preuve circonstancielle.

B. *Deuxième question : Le verdict de culpabilité était-il raisonnable?*

(1) Principes juridiques

[55] Un verdict est raisonnable s'il fait partie de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre : *R. c. Binias*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381. Pour appliquer cette norme, le tribunal d'appel doit réexaminer l'effet de la preuve et dans une certaine mesure la réévaluer : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 186. Cette évaluation limitée de la preuve en appel doit se faire en tenant compte de la norme de preuve applicable dans une affaire criminelle. Lorsque la thèse du ministère public dépend d'une preuve circonstancielle, la question consiste à se demander si le juge des faits, agissant d'une manière judiciaire, pouvait raisonnablement conclure que la culpabilité de l'accusé était la seule conclusion raisonnable qui pouvait être tirée de l'ensemble de la preuve : *Yebes*, p. 186; *R. c. Mars* (2006), 205 C.C.C. (3d) 376 (C.A. Ont.), par. 4; *R. c. Liu* (1989), 95 A.R. 201 (C.A.), par. 13; *R. c. S.L.R.*, 2003 ABCA 148 (CanLII); *R. c. Cardinal* (1990), 106 A.R. 91 (C.A.); *R. c. Kaysaywaysemat* (1992), 97 Sask. R. 66 (C.A.), par. 28 et 31.

[56] The governing principle was nicely summarized by the Alberta Court of Appeal in *Dipnarine*, at para. 22. The court noted that “[c]ircumstantial evidence does not have to totally exclude other conceivable inferences” and that a verdict is not unreasonable simply because “the alternatives do not raise a doubt” in the jury’s mind. Most importantly, “[i]t is still fundamentally for the trier [of] fact to decide if any proposed alternative way of looking at the case is reasonable enough to raise a doubt.”

(2) Analysis

[57] In order to establish possession of child pornography, the Crown had to prove beyond reasonable doubt that the respondent was aware that he had physical custody of the pornography and that he was aware of what it was: see, e.g., *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at paras. 16 and 136. There can be no serious question about the fact that the respondent had physical possession of the material in the sense discussed by the majority of the Court in *Morelli*: it had been downloaded on to his computer and he had physical possession of the computer. The real question is whether it was reasonable for the judge to find that the respondent knew that he had physical possession of the pornography that was in fact in his computer’s memory.

[58] I have found it helpful to consider this issue in two steps. At the first, the question is whether a user of the respondent’s computer knowingly downloaded pornography. The judge found that a user of this computer had done so and, in my view, that conclusion was reasonable: para. 67.

[59] The evidence was that Limewire, a file-sharing software, was installed on the computer on the same day that the only user account (named “oswaldvillaroman”) was created. Limewire, the evidence disclosed, does not download files or other material without the user taking some action to

[56] La Cour d’appel de l’Alberta a bien résumé le principe directeur dans l’arrêt *Dipnarine*, par. 22. Elle a souligné qu’[TRADUCTION] « [qu’il] n’est pas nécessaire que la preuve circonstancielle exclue toute autre inférence imaginable » et qu’un verdict n’est pas déraisonnable simplement parce que « les autres explications possibles ne font naître aucun doute » dans l’esprit du jury. La considération la plus importante est « [qu’il] appartient encore fondamentalement au juge des faits de décider si une façon différente de considérer l’affaire qui est proposée est suffisamment raisonnable pour soulever un doute dans son esprit. »

(2) Analyse

[57] Pour établir la possession de la pornographie juvénile, le ministère public devait prouver hors de tout doute raisonnable que l’intimé savait qu’il avait la garde physique du matériel pornographique et qu’il en connaissait la nature : voir, par ex., *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 16 et 136. On ne saurait sérieusement mettre en doute que l’intimé avait la garde physique du matériel au sens où l’ont expliqué les juges majoritaires dans l’arrêt *Morelli* : le matériel avait été téléchargé dans son ordinateur et il avait la garde physique de cet appareil. La véritable question qui se pose est celle de savoir s’il était raisonnable que le juge conclue que l’intimé savait qu’il avait la garde physique de la pornographie juvénile qui se trouvait en fait dans la mémoire de son ordinateur.

[58] J’ai estimé utile de procéder en deux temps à l’examen de cette question. Dans un premier temps, il s’agit de se demander si un utilisateur de l’ordinateur de l’intimé y a sciemment téléchargé du matériel pornographique. Le juge a conclu qu’un utilisateur de cet ordinateur l’avait fait et, à mon avis, cette conclusion était raisonnable : par. 67.

[59] Selon la preuve, Limewire — un logiciel de partage de dossier — a été installé dans l’ordinateur le même jour que le seul compte d’utilisateur (appelé « oswaldvillaroman ») a été créé. La preuve a établi que Limewire ne télécharge pas de fichiers ou d’autre matériel sans que l’utilisateur

download the file or material. The user must enter keywords and double click on the desired search result. The evidence further showed that a user of this computer had changed the default saved folder so that completed files would be saved in the computer's iTunes music folder. A user of the computer had viewed some of the videos from both the Limewire "incomplete" folder and iTunes music folder through two different media-playing programs. These viewed files were not automatically opened by either of these media-playing programs. The evidence was also to the effect that the titles of downloaded files were "explicit, disturbing, and would logically indicate that the associated files are child pornography": para. 62. All of this evidence tended to show that the offending material would not be downloaded and viewed without the user's consent or knowledge, and that the nature of the material would be obvious to the user.

[60] These facts were recited in the trial judge's reasons, and his conclusion at para. 67 that the "oswaldvillaroman" user account downloaded the child pornography onto the computer using the Limewire program was reasonable.

[61] The second step is to ask whether it was reasonable to conclude that the respondent was knowingly in possession of the child pornography that had been saved on his computer.

[62] The trial judge found that the respondent was the user who had downloaded the material, but I agree with the Crown that this finding was not essential to proof of the respondent's knowledge. The judge also found — and this is the critical finding — that the respondent was aware of the pornography on his computer: para. 85. The trial judge considered and rejected the respondent's submission that the evidence was not sufficient to establish the respondent's knowledge of the nature of the material on his computer. Noting that the Crown does not have to negative every conjecture, he found that the

n'accomplisse une action ou une autre pour procéder au téléchargement. L'utilisateur doit entrer des mots clés et double cliquer sur le résultat de la recherche. La preuve a en outre démontré qu'un utilisateur de l'ordinateur avait modifié le dossier de sauvegarde par défaut de manière à ce que les fichiers entièrement téléchargés soient sauvegardés dans le dossier musique de iTunes. Un utilisateur avait visionné des vidéos à partir du dossier des fichiers « incomplets » de Limewire ainsi qu'à partir du dossier musique de iTunes à l'aide de deux programmes de lecture multimédia différents. Les fichiers visionnés n'étaient pas ouverts automatiquement par l'un ou l'autre de ces programmes. Il a aussi été établi que les titres des fichiers téléchargés étaient [TRADUCTION] « explicites, troublants et tendraient logiquement à indiquer qu'il s'agissait de pornographie juvénile » : par. 62. Tous ces éléments de preuve tendaient à démontrer que le matériel illicite ne pouvait être téléchargé et visionné sans que l'utilisateur le sache ou y consente, et que la nature du matériel serait évidente pour lui.

[60] Ces faits ont été relatés dans les motifs du juge du procès, et la conclusion qu'a tirée ce dernier, au par. 67, que le compte d'utilisateur « oswaldvillaroman » avait téléchargé la pornographie juvénile à l'aide du programme Limewire était raisonnable.

[61] Dans un deuxième temps, il faut se demander s'il était raisonnable de conclure que l'intimé avait eu sciemment en sa possession la pornographie juvénile qui avait été sauvegardée dans son ordinateur.

[62] Le juge du procès a conclu que l'intimé était l'utilisateur qui avait téléchargé le matériel, mais je suis d'accord avec le ministère public pour dire que cette conclusion n'était pas essentielle pour établir l'élément de connaissance. Le juge a également conclu — et il s'agit là de la conclusion cruciale — que l'intimé savait que du matériel pornographique se trouvait dans son ordinateur : par. 85. Le juge du procès a examiné et rejeté l'argument de l'intimé selon lequel la preuve n'était pas suffisante pour établir qu'il connaissait la nature du matériel se trouvant dans son ordinateur. Soulignant

evidence as a whole persuaded him beyond a reasonable doubt that the respondent “was aware that the child pornography resided on the Computer”: para. 85.

[63] Contrary to the respondent’s submission, the trial judge did not merely consider the fact that the accused owned the computer in coming to this conclusion. He relied on the evidence of Mr. LaFontaine and Mr. Sopczak, and referred to the following pieces of evidence before the court in particular:

- (a) two people with whom the accused lives did not download child pornography to the Computer;
- (b) the child pornography was in the iTunes “Music” folder, which is accessible to the Computer’s user;
- (c) the Computer belongs to the accused;
- (d) the Computer was used “almost daily” from July 1, 2007, to November 29, 2009;
- (e) the user name that was established on the same day that Limewire was installed is “oswaldvillaroman”;
- (f) the Computer was left at the MyMac on December 2, 2009, and the accused’s name and home address are shown on the Service Repair Order; and
- (g) the specific problems that the Computer was suffering are listed under “Problem Description” on the Service Repair Order and specifically refers to the fact that the “client reports” the problems.

. . . the clock on the Computer was accurate [which meant that some of the pornography had been on the computer for about three months before Mr. Villaroman took the computer in for repairs.] [paras. 82-83]

[64] Was the conclusion that the respondent knew this material was on his computer reasonable? In my view, it was.

que le ministère public n’a pas à réfuter toutes les hypothèses, le juge a conclu que, compte tenu de l’ensemble de la preuve, il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l’intimé [TRADUCTION] « savait que de la pornographie juvénile se trouvait dans l’ordinateur » : par. 85.

[63] Contrairement aux prétentions de l’intimé, le juge du procès ne s’est pas simplement fondé sur le fait que l’ordinateur appartenait à l’accusé pour arriver à cette conclusion. Il s’est appuyé sur la preuve fournie par MM. LaFontaine et Sopczak, et il a fait expressément mention des éléments de preuve suivants dont disposait le tribunal :

[TRADUCTION]

- a) deux personnes avec lesquelles vit l’accusé n’ont pas téléchargé de la pornographie juvénile dans l’ordinateur;
- b) la pornographie juvénile se trouvait dans le dossier « Musique » de iTunes, auquel a accès l’utilisateur de l’ordinateur;
- c) l’ordinateur appartient à l’accusé;
- d) l’ordinateur a été utilisé « presque quotidiennement » du 1^{er} juillet 2007 au 29 novembre 2009;
- e) le nom d’utilisateur créé le jour où Limewire a été installé est « oswaldvillaroman »;
- f) l’ordinateur a été laissé chez MyMac le 2 décembre 2009, et le nom et l’adresse résidentielle de l’accusé figurent sur le formulaire de demande de réparation; et
- g) les problèmes particuliers affectant l’ordinateur sont énumérés dans la section « Description du problème » du formulaire de demande de réparation, et il y est expressément mentionné que le « client signale » les problèmes.

. . . l’horloge de l’ordinateur indiquait l’heure juste, [ce qui signifie qu’une partie du matériel pornographique se trouvait dans l’ordinateur depuis approximativement trois mois lorsque M. Villaroman a apporté l’appareil à l’atelier de réparation.] [par. 82-83]

[64] La conclusion que l’intimé savait que le matériel en question se trouvait dans son ordinateur est-elle raisonnable? Je suis d’avis qu’il faut répondre par l’affirmative.

[65] As noted, Mr. Villaroman admitted that the laptop was his. He had possession and control of it for the purposes of having it repaired. He delivered it to the shop, paid for the repairs, tried to pick it up, stated that he was the person who could authorize the work and authorized the required repairs. The only user account on the computer, “oswaldvillaroman”, was created using his name. The Limewire software was installed on the computer the same day. There had been almost daily use of the computer since. Some of the pornography had been stored on the computer for about three months before Mr. Villaroman took it in for repairs. As discussed earlier, the nature of the material would be obvious to a user of the computer who saw the file names. Mr. Villaroman admitted that he resided at the same address as Benigno and Maxima Villaroman, and that neither of them had put the child pornography on the computer. There was no evidence that anyone else lived there or that anyone else had the opportunity to download pornography onto the computer. While the accused need not lead evidence to show that another person had such access to his laptop, based on the evidence and lack of evidence before the Court, it is speculative to consider whether another person had such an opportunity, let alone to assume that Mr. Villaroman would be ignorant of the presence of the material on his computer.

[66] The judge did not ignore hypothetical alternative explanations advanced by the respondent’s counsel. He found that they were speculative, noting that the Crown does not have the burden “of negating every conjecture to which circumstantial evidence might give rise and which might be consistent with the innocence of the accused”: para. 81; citing *Paul*, at p. 191.

[67] The Court of Appeal, in my respectful view, erred by focusing on hypothetical alternative theories and, at times, engaging in speculation rather than on the question of whether the inferences

[65] Comme il a été signalé précédemment, M. Villaroman a admis que l’ordinateur portable lui appartenait. Il en avait la possession et la maîtrise pour les besoins des réparations. Il l’a apporté à l’atelier, il a payé les réparations, il a tenté de le récupérer, il a dit être la personne qui pouvait autoriser les travaux nécessaires et il les a autorisés. Le seul compte d’utilisateur dans l’ordinateur, « oswaldvillaroman », a été créé au moyen de son nom. Le logiciel Limewire a été installé dans l’ordinateur le jour de la création du compte. À partir de ce moment, l’ordinateur a été utilisé presque quotidiennement. Du matériel pornographique était stocké dans l’ordinateur depuis environ trois mois lorsque M. Villaroman l’a apporté à l’atelier de réparation. Comme il a été expliqué plus tôt, la nature du matériel aurait été évidente pour un utilisateur qui aurait vu le nom des fichiers. M. Villaroman a admis qu’il habitait à la même adresse que Benigno et Maxima Villaroman, et que ni l’un ni l’autre n’avaient sauvegardé de la pornographie juvénile dans l’ordinateur. Il n’y avait aucune preuve que d’autres personnes vivaient à cet endroit ou que quelqu’un d’autre aurait pu télécharger du matériel pornographique dans l’ordinateur. L’accusé n’était pas tenu de présenter des éléments de preuve afin d’établir qu’une autre personne avait accès à l’ordinateur, mais sur la base non seulement de la preuve soumise à la Cour mais également de l’absence de preuve, le fait de se demander si une autre personne disposait d’un tel accès et, plus encore, le fait de supposer que M. Villaroman ignorait la présence du matériel en cause dans l’ordinateur relèvent de la conjecture.

[66] Le juge n’a pas fait abstraction des autres explications hypothétiques avancées par l’avocat de l’intimé. Il a conclu qu’elles relevaient de la conjecture, précisant que le ministère public n’a pas le fardeau [TRADUCTION] « de réfuter toute conjecture à laquelle pouvait donner naissance une preuve indirecte et qui pourrait cadrer avec l’innocence de l’accusé » : par. 81; citant *Paul*, p. 191.

[67] À mon humble avis, la Cour d’appel a commis une erreur en se concentrant sur d’autres hypothèses et en se livrant à certains moments à des conjectures, plutôt que de s’attacher à la question

drawn by the trial judge, having regard to the standard of proof, were reasonably open to him.

[68] It is true, as the Court of Appeal noted, that there was no evidence about where the computer was kept or used and that anyone who had temporary physical access to the laptop computer could work the laptop, and could access or transmit the child pornography on it: paras. 25-26. The Court of Appeal found that the pornography was not “accompanied by any email or similar communication”, nor was there any evidence about whether an ordinary user of the computer would notice the child pornography in the music folder: paras. 34-35. It further found that the pornography was not downloaded very frequently, at an average of a little over one file per month, which does not “make actions by another user impossible, nor even highly unlikely”: para. 32. I note that this last point is not only speculative, but inaccurate. The evidence shows that the pornography was downloaded over a three-month period.

[69] These were gaps in the Crown evidence about Mr. Villaroman’s possession and control of the computer that the trial judge had to take into account in weighing the evidence. However, the Court of Appeal, in its analysis of these gaps, in effect retried the case. It was for the trial judge to decide, as he did, whether the evidence of Mr. Villaroman’s powers of control and direction over the computer; the coincidence of his name and the only user name on the computer; the file names descriptive of their pornographic contents; the admission in relation to the non-involvement of two other people with whom he lived; and the length of time the pornography had been on the computer, when considered in light of human experience and the evidence as a whole and the absence of evidence, excluded all reasonable inferences other than guilt. In my view, while not every trier of fact would inevitably have

de savoir si, compte tenu de la norme de preuve, il était raisonnablement loisible au juge du procès de tirer les conclusions auxquelles il est arrivé.

[68] Il est vrai, comme l’a fait remarquer la Cour d’appel, qu’aucun élément de preuve n’avait été présenté en ce qui concerne l’endroit où l’ordinateur était rangé ou utilisé et que quiconque étant en mesure d’avoir temporairement accès physiquement à l’ordinateur pouvait le faire fonctionner, et avoir accès à la pornographie juvénile qui s’y trouvait ou la transmettre : par. 25-26. La Cour d’appel a conclu que le matériel pornographique n’était pas [TRADUCTION] « accompagné de quelque courriel ou autre communication du genre » et qu’il y avait aucune preuve relativement à la question de savoir si un usager ordinaire aurait remarqué la présence de la pornographie juvénile dans le dossier musique : par. 34-35. Elle a en outre conclu que, comme de la pornographie n’avait pas été téléchargée très fréquemment dans l’ordinateur, en moyenne un petit peu plus qu’un fichier par mois, il n’était pas « impossible, ni même hautement improbable que ce soit un autre usager qui l’ait fait » : par. 32. Je souligne que ces dernières remarques sont non seulement conjecturales, mais imprécises. La preuve établit que le matériel pornographique a été téléchargé au cours d’une période de trois mois.

[69] Il s’agit de lacunes dans la preuve du ministère public concernant la possession de l’ordinateur par M. Villaroman et la maîtrise qu’il exerçait sur celui-ci, lacunes dont le juge du procès devait tenir compte dans son appréciation de la preuve. Toutefois, dans son analyse de ces lacunes la Cour d’appel a, dans les faits, jugé l’affaire à nouveau. C’est au juge du procès qu’il appartenait de décider, comme il l’a fait d’ailleurs, si — considérée à la lumière de l’expérience humaine, ainsi que de l’ensemble de la preuve disponible et de l’absence de preuve — la preuve concernant le pouvoir de décision M. Villaroman à l’égard de l’ordinateur, la correspondance entre son nom et le seul nom d’utilisateur dans l’ordinateur, la présence de noms de fichiers descriptifs de leur contenu pornographique, le fait que M. Villaroman ait admis que deux autres personnes avec lesquelles il vivait n’étaient pas

reached the same conclusion as did the trial judge, that conclusion was a reasonable one.

[70] At certain points in its analysis, the Court of Appeal crossed the line from considering the effects of gaps in the Crown evidence to raising purely speculative possibilities. For example, the Court of Appeal considered questions such as whether the “laptop [went] to work” or “during the day to a school, college, or university” or “may have sat much of each day in a location or locations frequented by many friends, coworkers, or fellow students”: paras. 28 and 31. These particular factual scenarios are purely speculative and postulating them goes beyond the bounds of properly considering the impact of the gaps in the Crown evidence about the physical location of the laptop.

[71] The Court of Appeal’s analysis overlooks the important point made in *Dipnarine* that it is fundamentally for the trier of fact to draw the line in each case that separates reasonable doubt from speculation. The trier of fact’s assessment can be set aside only where it is unreasonable. While the Crown’s case was not overwhelming, my view is that it was reasonable for the judge to conclude that the evidence as a whole excluded all reasonable alternatives to guilt.

[72] In my view, the judge’s finding that this evidence proved that Mr. Villaroman had possession of the child pornography found on his computer was not unreasonable.

en cause et la période pendant laquelle le matériel pornographique s’est trouvé dans l’ordinateur avait pour effet d’exclure toute autre conclusion raisonnable que la culpabilité. Même si ce ne sont pas tous les juges des faits qui seraient inévitablement arrivés à la même conclusion que le juge du procès, il s’agissait à mon avis d’une conclusion raisonnable.

[70] À certains points dans son analyse, la Cour d’appel a cessé de considérer simplement l’effet des lacunes de la preuve du ministère public et elle a envisagé des possibilités purement conjecturales. Par exemple, elle a examiné des questions comme celle de savoir si [TRADUCTION] « l’ordinateur portable [était apporté] au travail » ou « à une école, à un collège ou à une université pendant la journée », ou si l’appareil « a pu se trouver une grande partie de la journée dans un ou plusieurs endroits fréquentés par de nombreux amis, collègues de travail ou étudiants » : par. 28 et 31. Ces scénarios factuels sont tous purement conjecturaux et, en les envisageant, la Cour d’appel a outrepassé les limites d’un examen approprié de l’effet des lacunes de la preuve du ministère public concernant l’endroit où se trouvait l’ordinateur portable.

[71] L’analyse de la Cour d’appel ne tient pas compte de l’important principe énoncé dans l’arrêt *Dipnarine* selon lequel il appartient fondamentalement au juge des faits de tracer dans chaque cas la ligne de démarcation entre le doute raisonnable et les conjectures. Cette appréciation du juge des faits ne peut être écartée que si elle est déraisonnable. La preuve du ministère public n’était pas accablante, mais j’estime qu’il était néanmoins raisonnable pour le juge de conclure que, considérée globalement, la preuve excluait toute autre conclusion que la culpabilité.

[72] Je suis d’avis que la conclusion du juge selon laquelle la preuve établissait que M. Villaroman avait eu en sa possession la pornographie juvénile trouvée dans son ordinateur n’était pas déraisonnable.

V. Disposition

[73] I would allow the appeal, set aside the acquittal entered by the Court of Appeal and remand the case to the Court of Appeal for hearing and disposition of the *Charter* ss. 8 and 24(2) issues raised by Mr. Villaroman.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the respondent: Evans Fagan Rice McKay, Calgary.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

V. Dispositif

[73] J'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'acquittement inscrit par la Cour d'appel et je renverrais l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle entende et décide les questions soulevées par M. Villaroman sur le fondement de l'art. 8 et du par. 24(2) de la *Charte*.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intimé : Evans Fagan Rice McKay, Calgary.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

Ferme Vi-Ber inc. *Appellant*

v.

La Financière agricole du Québec *Respondent*

- and -

Simon Cloutier, Denis Trépanier, Société coopérative agricole des Bois-Francis, Coopérative agricole Covilac, Coop Purdel, Société coopérative agricole La Seigneurie, Coopérative agricole Unicoop, 9012-2151 Québec inc., Sogéporc inc., Gabriel Turgeon inc., Société en commandite Pascoporc, Groupe Dynaco, coopérative agroalimentaire, Coopérative agroalimentaire Comax, R. Rousseau & Fils, S.E.C., Ferme Olympique, S.E.C., Moulées Désy, S.E.C., Inter Agro inc., Techni-porc inc., Élevage La Bretagne inc., 9038-7747 Québec inc., Ferme Lor-re inc., Ginette Marchesseault, Ferme Casimir inc., C&G Paquette inc., Entreprises B. Paquette inc., Porcheries du Button ltée, Élevages du Bas Ste-Anne inc., Ferme Suporsonique, Gène-Alliance inc., 9076-1776 Québec inc., Cultures Excel inc., Francine Sauvageau inc., Ferme Jétizack inc., Cultures Quinto inc., Élevages Hébertville S.E.N.C., Jean-Marc Henri inc., Ferme Porcéréale inc. (formerly known as Maraîchers de St-Gilles (1991) S.E.N.C.), Ferme Gosford enr. S.E.N.C., Ferme André Breton inc., Ferme S. & M. Ménard inc., Ferme Luc Loranger inc., Méloporc inc., Ferme Frangis S.E.N.C., Ferme R.M. Côté & Fils (2000) inc., Ferme Porcine Marnie S.E.N.C., F. Ménard inc., Élevages Jacques Joyal inc., Ferme La Ronchonnerie inc., Ferme Mafran inc., Coopérative agricole Profid'Or, Isoporc inc., Ferme Gervais Gosselin inc., R. Robitaille et Fils inc., Groupe CDLM inc., Ferme Gaudreau inc., 9039-2648 Québec inc., Ferme Denis Robitaille inc., Élevages du Haut-Richelieu inc., Viaporc inc., Porc S.B.

Ferme Vi-Ber inc. *Appelante*

c.

La Financière agricole du Québec *Intimée*

- et -

Simon Cloutier, Denis Trépanier, Société coopérative agricole des Bois-Francis, Coopérative agricole Covilac, Coop Purdel, Société coopérative agricole La Seigneurie, Coopérative agricole Unicoop, 9012-2151 Québec inc., Sogéporc inc., Gabriel Turgeon inc., Société en commandite Pascoporc, Groupe Dynaco, coopérative agroalimentaire, Coopérative agroalimentaire Comax, R. Rousseau & Fils, S.E.C., Ferme Olympique, S.E.C., Moulées Désy, S.E.C., Inter Agro inc., Techni-porc inc., Élevage La Bretagne inc., 9038-7747 Québec inc., Ferme Lor-re inc., Ginette Marchesseault, Ferme Casimir inc., C&G Paquette inc., Entreprises B. Paquette inc., Porcheries du Button ltée, Élevages du Bas Ste-Anne inc., Ferme Suporsonique, Gène-Alliance inc., 9076-1776 Québec inc., Cultures Excel inc., Francine Sauvageau inc., Ferme Jétizack inc., Cultures Quinto inc., Élevages Hébertville S.E.N.C., Jean-Marc Henri inc., Ferme Porcéréale inc. (anciennement connue sous le nom de Maraîchers de St-Gilles (1991) S.E.N.C.), Ferme Gosford enr. S.E.N.C., Ferme André Breton inc., Ferme S. & M. Ménard inc., Ferme Luc Loranger inc., Méloporc inc., Ferme Frangis S.E.N.C., Ferme R.M. Côté & Fils (2000) inc., Ferme Porcine Marnie S.E.N.C., F. Ménard inc., Élevages Jacques Joyal inc., Ferme La Ronchonnerie inc., Ferme Mafran inc., Coopérative agricole Profid'Or, Isoporc inc., Ferme Gervais Gosselin inc., R. Robitaille et Fils inc., Groupe CDLM inc., Ferme Gaudreau inc., 9039-2648 Québec inc., Ferme Denis Robitaille inc., Élevages du Haut-Richelieu inc., Viaporc inc., Porc S.B.

inc., Ferme G. Rompré inc., 9084-9183 Québec inc., Porcs N&M inc., Ferme Porclair S.E.N.C., Ferme R.D.S. inc., Élevages L.D. Itée, Porc P.G. S.E.N.C., Ferme M.Y. Turgeon inc., Coopérative agricole de St-Bernard, Élevage Y. Ducharme inc., Production A. Couture (n° 1) Itée, Production A. Couture (n° 2) Itée, Production A. Couture (n° 3) Itée, Production A. Couture (n° 4) Itée, Production A. Couture (n° 5) Itée, Production A. Couture (n° 6) Itée, Production René Lait inc., Alfred Couture Limitée, Ferme B.E.L. Porcs Itée, Porcs M.L. inc., Ferme Vallières & Gosselin inc., Meunerie St-Elzéar Itée, Élevages Labrecque inc., Joly-Grains inc., Joly-Porcs inc., Site de la Colline inc., Site des Érables inc., Ferme Serge inc., Ferme Jolivoir inc., Aliments Breton inc., Ferme C.B. inc., Fermili inc., Luma Genetic Inc. (formerly known as Génétiporc inc.), Entreprises Magnum inc., Trans-Porcité inc., Lait-Porcité inc., Ferme C.M. S.E.N.C., Ferme Porc Saint S.E.N.C., Entreprises Rémy Laterreur inc., Rémy Laterreur, Élevages Explorateurs inc., Ferme Palene inc., Ferme André Hénault S.E.N.C., Germain Lapointe, Ferme Jenlica inc., Immeubles Clément Dubois inc., Fermes Roda inc., Fermes Richard inc., Ferme Jocko S.E.N.C., Ferme D.J. Frappier inc., Entreprises Paul Claessens inc., Ferme H. et M. Potvin S.E.N.C., Ferme Jean-Paul Palardy inc., Entreprises Denis Lacoste inc., Chantal D'Amour, Ferme Bonnetterre inc., Ferme D'Anjou & Fils inc., M.B.M. Daigle S.E.N.C., Ferme Réjean Turgeon inc., Ferme Jymdom inc., Ferme Jules Côté et Fils inc., Ferme D.M.L. inc., Ranch St-Sylvestre inc., John Houley inc., Ferme Belgica inc., Ferme Bovipro S.E.N.C., Jacques Desrosiers, Éric Desrosiers, Ferme B&L Desrosiers S.E.N.C., 9078-1170 Québec inc., Fermes St-Henri, S.E.C., Ferme Ray-Loi, S.E.C., Fermes St-Apollinaire, S.E.C., Élevages St-Félix, S.E.C., Élevages St-Patrice, S.E.C. and Ferme Beaumontoise, S.E.C. *Appellants*

inc., Ferme G. Rompré inc., 9084-9183 Québec inc., Porcs N&M inc., Ferme Porclair S.E.N.C., Ferme R.D.S. inc., Élevages L.D. Itée, Porc P.G. S.E.N.C., Ferme M.Y. Turgeon inc., Coopérative agricole de St-Bernard, Élevage Y. Ducharme inc., Production A. Couture (n° 1) Itée, Production A. Couture (n° 2) Itée, Production A. Couture (n° 3) Itée, Production A. Couture (n° 4) Itée, Production A. Couture (n° 5) Itée, Production A. Couture (n° 6) Itée, Production René Lait inc., Alfred Couture Limitée, Ferme B.E.L. Porcs Itée, Porcs M.L. inc., Ferme Vallières & Gosselin inc., Meunerie St-Elzéar Itée, Élevages Labrecque inc., Joly-Grains inc., Joly-Porcs inc., Site de la Colline inc., Site des Érables inc., Ferme Serge inc., Ferme Jolivoir inc., Aliments Breton inc., Ferme C.B. inc., Fermili inc., Luma Génétique inc. (anciennement connue sous le nom de Génétiporc inc.), Entreprises Magnum inc., Trans-Porcité inc., Lait-Porcité inc., Ferme C.M. S.E.N.C., Ferme Porc Saint S.E.N.C., Entreprises Rémy Laterreur inc., Rémy Laterreur, Élevages Explorateurs inc., Ferme Palene inc., Ferme André Hénault S.E.N.C., Germain Lapointe, Ferme Jenlica inc., Immeubles Clément Dubois inc., Fermes Roda inc., Fermes Richard inc., Ferme Jocko S.E.N.C., Ferme D.J. Frappier inc., Entreprises Paul Claessens inc., Ferme H. et M. Potvin S.E.N.C., Ferme Jean-Paul Palardy inc., Entreprises Denis Lacoste inc., Chantal D'Amour, Ferme Bonnetterre inc., Ferme D'Anjou & Fils inc., M.B.M. Daigle S.E.N.C., Ferme Réjean Turgeon inc., Ferme Jymdom inc., Ferme Jules Côté et Fils inc., Ferme D.M.L. inc., Ranch St-Sylvestre inc., John Houley inc., Ferme Belgica inc., Ferme Bovipro S.E.N.C., Jacques Desrosiers, Éric Desrosiers, Ferme B&L Desrosiers S.E.N.C., 9078-1170 Québec inc., Fermes St-Henri, S.E.C., Ferme Ray-Loi, S.E.C., Fermes St-Apollinaire, S.E.C., Élevages St-Félix, S.E.C., Élevages St-Patrice, S.E.C. et Ferme Beaumontoise, S.E.C. *Appellants*

v.

La Financière agricole du Québec *Respondent***INDEXED AS: FERME VI-BER INC. v. FINANCIÈRE AGRICOLE DU QUÉBEC****2016 SCC 34**

File No.: 36205.

2015: December 10; 2016: July 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Agriculture — Farm income stabilization — Compensation — Calculation method — Legal framework applicable to Quebec’s Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles — Participants in program contesting method for calculating compensation payments that was adopted by La Financière agricole du Québec to take federal government grants to farmers into account — Whether program is contract and, if so, whether it is subject to rules applicable to contract of insurance within meaning of Civil Code of Québec — Whether La Financière, in determining compensation payable to participants under program, acted in conformity with its rights and obligations by linking amounts at issue collectively — Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles, 2001, 133 G.O. 1, 1336, s. 88(3).

La Financière agricole du Québec (“La Financière”) is a legal person established in the public interest under the *Act respecting La Financière agricole du Québec*. Its mission is to support and encourage the development of the agricultural and agro-food sector within the perspective of sustainable development. For that purpose, it has set up income protection, insurance and farm financing programs. The appellants are Quebec farm producers that participated voluntarily in the *Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles* (“ASRA Program”) administered by La Financière. The ASRA Program protects participants from having their income drop below a level defined by La Financière for 10 agricultural products or classes of products designated as “insurable”. That level is reached where the “net annual income” of an average benchmark farm for an insured

c.

La Financière agricole du Québec *Intimée***RÉPERTORIÉ : FERME VI-BER INC. c. FINANCIÈRE AGRICOLE DU QUÉBEC****2016 CSC 34**

N° du greffe : 36205.

2015 : 10 décembre; 2016 : 29 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Agriculture — Stabilisation des revenus agricoles — Compensation — Mode de calcul — Cadre juridique applicable au Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles du Québec — Adhérents au programme contestant le mode de calcul des compensations payables retenu par La Financière agricole du Québec qui tient compte de l’octroi de subventions fédérales aux agriculteurs — Le programme est-il un contrat et, dans l’affirmative, est-il régi par les règles applicables aux contrats d’assurance au sens du Code civil du Québec? — La Financière a-t-elle agi conformément à ses droits et obligations en fixant selon un mode d’arrimage collectif les compensations payables aux adhérents en vertu du programme? — Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles, 2001, 133 G.O. 1, 1336, art. 88(3).

La Financière agricole du Québec (« La Financière ») est une personne morale de droit public constituée en vertu de la *Loi sur La Financière agricole du Québec*. Elle a pour mission de soutenir et de promouvoir, dans une perspective de développement durable, le développement du secteur agricole et agroalimentaire. Pour ce faire, elle met sur pied des programmes de protection du revenu, d’assurance et de financement agricole. Les appelants sont des producteurs agricoles québécois qui ont adhéré volontairement au *Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles* (« Programme ASRA ») administré par La Financière. Le Programme ASRA protège les adhérents contre une baisse de revenus sous un seuil défini par La Financière, et ce, pour 10 produits ou catégories de produits agricoles désignés comme « assurables ». Ce seuil est atteint lorsque le « revenu annuel

product is less than the “stabilized net annual income”, which corresponds to a percentage of the average annual regular salary of a skilled worker in Quebec. In short, the purpose of the ASRA Program is to guarantee that an average farm producer never earns less than a predetermined percentage of the average income of a skilled worker. Each producer participating in this voluntary program must pay a fixed contribution per unit of a designated product, agree to participate for a minimum of five years and insure all of their annual production for each designated product. La Financière makes a contribution to the program’s fund — the Fonds d’assurance stabilisation des revenus agricoles, of which it is the trustee — equal to twice the contributions paid by each participant. The amounts in the fund are used to finance the payment of compensation to participants.

The appellants contested certain decisions made by La Financière in determining their compensation payments for 2007. Those decisions were related to the calculation method chosen by La Financière, in determining the compensation payable under the program, to take account of additional income received as farm financial assistance from the federal government. Both the parties and the courts below used the word “linkage” to characterize the process of taking such income into account, which is provided for in s. 88(3) of the ASRA Program. Amounts so received are linked either “collectively” — on the basis of the amounts the average benchmark farm would have received — or “individually” — on the basis of the amounts each ASRA Program participant actually received from the various governments. La Financière deducts the amounts so “linked” from the compensation. The appellants argued that the ASRA Program was a contract of insurance and that La Financière had, by collectively linking certain amounts received as financial assistance, improperly incorporated additional income into its calculations so as to reduce their compensation under the program in violation of the terms of the contract, which had to be interpreted on the basis of their reasonable expectations as insured persons.

The appellants applied to the Superior Court, which allowed their action, characterizing the ASRA Program as a contract of insurance and ordering La Financière to pay them substantial additional compensation for 2007. The Court of Appeal set aside that judgment, finding that the ASRA Program was not a contract of insurance and that the impugned decisions were reasonable.

Held (Côté J. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

net » d’une ferme-type moyenne quant à un produit assuré est inférieur au « revenu annuel net stabilisé », lequel correspond à un pourcentage du salaire régulier annuel moyen d’un ouvrier spécialisé au Québec. Bref, le Programme ASRA vise à garantir qu’un producteur agricole moyen ne gagnera jamais moins qu’un pourcentage prédéterminé du revenu moyen d’un ouvrier spécialisé. Les producteurs qui adhèrent à ce programme volontaire doivent payer une contribution fixe par unité de produit désigné, s’engager pour une période minimale de cinq ans et assurer la totalité de leur production annuelle pour chaque produit désigné. La Financière verse au fonds du programme — le Fonds d’assurance stabilisation des revenus agricoles dont elle est fiduciaire — une contribution égale au double des contributions versées par chaque adhérent. Les sommes composant le fonds servent à financer le paiement de compensations aux adhérents.

Les appelants contestent certaines décisions prises par La Financière dans la fixation de leurs compensations pour l’année 2007. Ces décisions portent sur le mode de calcul qu’a choisi La Financière, dans la détermination des compensations payables en vertu du programme, pour tenir compte de revenus additionnels reçus du gouvernement fédéral à titre d’aide financière agricole. Les parties et les tribunaux inférieurs qualifient d’« arrimage » ce processus de prise en compte qui est prévu au par. 88(3) du Programme ASRA. Les sommes reçues font l’objet d’un arrimage soit « collectif » — basé sur les montants qu’aurait reçus la ferme-type moyenne — soit « individuel » — basé sur le montant que chacun des adhérents au Programme ASRA a véritablement reçu des divers ordres de gouvernement. La Financière soustrait des compensations les sommes ainsi « arrimées ». Les appelants soutiennent que le Programme ASRA est un contrat d’assurance et que La Financière, en procédant à un arrimage collectif de certaines sommes reçues à titre d’aide financière, a indûment incorporé dans ses calculs des revenus additionnels pour réduire leurs compensations au titre du programme en violation des conditions du contrat, lequel doit être interprété en fonction de leurs attentes raisonnables en tant qu’assurés.

Les appelants se sont adressés à la Cour supérieure, qui a accueilli leur recours, qualifiant le Programme ASRA de contrat d’assurance et condamnant La Financière à leur verser des compensations additionnelles substantielles pour l’année 2007. La Cour d’appel a infirmé ce jugement, refusant de considérer le Programme ASRA comme un contrat d’assurance et concluant que les décisions attaquées étaient raisonnables.

Arrêt (la juge Côté est dissidente en partie) : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: Despite the broad discretion conferred on La Financière by the *Act respecting La Financière agricole du Québec* and the ASRA Program, the program cannot be considered simply a government program that is governed by public law. As can be seen from a review of its structure and how it functions, it is different from two classic examples of social programs that fall under public law: social insurance programs and agricultural subsidies. Unlike a social insurance program, it applies to only one sector and is neither universal nor compulsory, and its benefits are not calculated using simple formulas applicable to broad classes of persons and situations. It includes several contract-style clauses for terminating the contract for predetermined reasons, which create acquired rights for the current year. Moreover, La Financière's considerable management autonomy is limited by the need to comply with the contractual conditions that bind it and the participants. These characteristics, together with the contributions required from participants, also distinguish the ASRA Program from simple agricultural subsidy programs granted on an *ex gratia* basis and without consideration.

This program in fact has the characteristics of an administrative contract, that is, a contract to which a public authority is a party, and all the rules needed to guide the actions of the parties can be found in private law. However, administrative contracts are distinguishable from contracts between private parties, since parity between the parties does not always exist. Where the government's contractual relations are concerned, therefore, the public interest must be considered in interpreting those relations and may weigh in favour of a broader discretion in implementing the government scheme, especially where that scheme has a social objective. These are not principles of public law, but considerations related to the object of the contract that may influence the interpretation of the scope of the contractual powers of the public authority in question. The government's discretion nonetheless has its limits. In the context of an administrative contract, those limits do not derive from the public law duty of procedural fairness but are instead based on good faith and contractual fairness, which flow, in Quebec law, from the application of arts. 6, 7, 1375 and 1434 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”).

Furthermore, the ASRA Program is an innominate administrative contract that does not have the three main characteristics of a contract of insurance set out in art. 2389 C.C.Q., namely (i) an obligation on the client to pay a premium or assessment; (ii) the occurrence of

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Malgré les larges pouvoirs discrétionnaires accordés à La Financière par la *Loi sur La Financière agricole du Québec* et le Programme ASRA, ce dernier ne peut être considéré comme un simple programme gouvernemental régi par le droit public. Comme le démontre l'examen de sa structure et de son fonctionnement, il se distingue de deux exemples classiques de programmes sociaux relevant du droit public : les programmes d'assurance sociale et les subventions agricoles. Contrairement à un programme d'assurance sociale, il ne vise qu'un secteur d'activité, il n'est ni universel ni obligatoire et ses prestations ne sont pas calculées au moyen de formules simples applicables à de vastes catégories de personnes et de situations. Il contient plusieurs clauses de type contractuel qui permettent d'y mettre fin pour des motifs préétablis et qui consacrent des droits acquis pour l'année en cours. De plus, l'autonomie de gestion considérable de La Financière est balisée par le respect des conditions contractuelles la liant aux adhérents. Ces caractéristiques, jumelées aux contributions exigées de l'adhérent, distinguent également le Programme ASRA des simples programmes de subventions agricoles accordées à titre gracieux et sans contrepartie.

En fait, ce programme possède les caractéristiques d'un contrat administratif, c'est-à-dire un contrat auquel une autorité publique est partie, et le droit privé contient toutes les règles nécessaires pour encadrer les agissements des parties. Toutefois, les contrats administratifs se distinguent des contrats entre parties privées, étant donné que la parité entre les parties n'est pas une caractéristique toujours présente. Ainsi, lorsque l'État entretient des rapports contractuels, l'intérêt public doit jouer un rôle dans l'interprétation de tels rapports et pourra militer en faveur d'une plus large discrétion dans la mise en œuvre du régime étatique, particulièrement si celui-ci vise un objectif social. Il ne s'agit pas là de principes de droit public mais bien de considérations liées à l'objet du contrat, qui sont susceptibles d'influencer l'interprétation de l'étendue des pouvoirs contractuels de l'autorité publique en cause. Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'État est tout de même assorti de limites. Dans le contexte d'un contrat administratif, ces limites ne relèvent pas de l'équité procédurale de droit public mais plutôt de la bonne foi et de l'équité contractuelle qui découlent, en droit québécois, de l'application des art. 6, 7, 1375 et 1434 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »).

Par ailleurs, le Programme ASRA est un contrat administratif innommé qui ne présente pas les trois caractéristiques principales du contrat d'assurance consacrées à l'art. 2389 C.c.Q., soit (i) l'obligation du preneur de verser une prime ou une cotisation; (ii) l'existence d'un

a risk; and (iii) an obligation on the insurer to make a payment to the client if the insured risk occurs. It cannot therefore be subject to the rule of interpretation based on the reasonable expectations of the insured that applies to a contract of insurance and, in Quebec law, applies solely in its minimum dimension, that is, to resolve any ambiguity in the terms of the contract in favour of the insured.

For the purpose of determining whether it was open to La Financière to collectively link the amounts received under the federal assistance programs at issue in this case, it is the rules of contractual interpretation set out in arts. 1425 to 1432 *C.C.Q.* that apply. Section 88(3) of the ASRA Program does not specify how compensation received under government assistance programs is to be linked. It states only that, for this purpose, La Financière must consider “[a]ny amounts to which a participant is entitled” under such programs. When properly interpreted in light of the contract as a whole (art. 1427 *C.C.Q.*) and La Financière’s past practices (art. 1426 *C.C.Q.*), s. 88(3) of the ASRA Program does not require that amounts be linked individually but, on the contrary, gives La Financière the discretion to decide what linkage method to employ.

The general structure of the program and the contract as a whole support the conclusion that collective linkage is normally required. In fact, a reading of s. 88(3) of the ASRA Program in the context of the program as a whole, which is based on the collective concept of a benchmark farm, leads to the conclusion that collective linkage must be preferred. Section 88(3) is in Division XI, the title of which refers to the collective concept of “Farm Models”. Moreover, ss. 86 and 92 of the ASRA Program clearly state that the net annual income used to calculate the compensation, which includes amounts received from government sources, is that of a “specialized benchmark farm for each of the products or classes of products”.

Although La Financière has sometimes linked amounts individually in the past, it appears from the evidence that decisions to do so were usually based on the number of participants that received the amounts in question and not on the fact that government assistance had been paid directly to producers. As a result, neither the contract as a whole nor past practice supports a conclusion that La Financière was under a statutory or contractual obligation to link the amounts individually in this case.

Although La Financière had the discretion to link the amounts collectively, it was required to exercise that discretion in accordance with the requirements of good faith and contractual fairness. The decision to link the

risque; et (iii) l’obligation de l’assureur de verser une prestation au preneur dans le cas où le risque assuré se réalise. Ainsi, on ne peut appliquer au Programme ASRA la règle d’interprétation des attentes raisonnables de l’assuré propre au contrat d’assurance et qui s’applique en droit québécois exclusivement dans sa dimension minimale, c’est-à-dire pour interpréter toute ambiguïté dans les termes du contrat en faveur de l’assuré.

Pour déterminer si La Financière pouvait procéder à l’arrimage collectif des sommes reçues dans le cadre des programmes d’aide fédéraux pertinents au débat, ce sont les règles d’interprétation contractuelle prévues aux art. 1425 à 1432 *C.c.Q.* qui trouvent application. Le paragraphe 88(3) du Programme ASRA ne prévoit pas nommément le mode d’arrimage des compensations reçues dans le cadre de programmes d’aide gouvernementaux. Il précise seulement que, à cette fin, La Financière considère « [l]es montants auxquels a droit un adhérent » en vertu de ces programmes. Correctement interprété à la lumière de l’ensemble du contrat (art. 1427 *C.c.Q.*) et des pratiques passées de La Financière (art. 1426 *C.c.Q.*), le par. 88(3) du Programme ASRA n’impose pas l’arrimage individuel, mais accorde au contraire à La Financière le pouvoir discrétionnaire de décider du mode d’arrimage à privilégier.

La structure générale du programme et l’ensemble du contrat appuient la conclusion que l’arrimage collectif est celui qui s’impose normalement. En effet, la lecture du par. 88(3) du Programme ASRA à la lumière de l’ensemble de ce programme basé sur le concept collectif de ferme-type, mène à la conclusion que l’arrimage collectif doit être privilégié. Ce paragraphe figure dans la section XI dont le titre réfère au concept collectif « Modèles de ferme ». Pour leur part, les art. 86 et 92 du Programme ASRA indiquent clairement que le revenu annuel net utilisé pour calculer les compensations, et dont font partie les revenus gouvernementaux, est celui d’une « ferme-type spécialisée pour chacun des produits ou catégories de produits ».

Bien que La Financière a parfois procédé à des arrimages individuels par le passé, il appert de la preuve que les décisions étaient généralement fonction du nombre d’adhérents ayant reçu les sommes à arrimer et non fonction du versement direct de l’aide gouvernementale aux producteurs. En conséquence, ni l’ensemble du contrat ni les pratiques passées ne permettent de conclure que La Financière avait une obligation légale ou contractuelle de procéder par arrimage individuel en l’espèce.

Même si La Financière avait le pouvoir discrétionnaire de procéder par arrimage collectif, elle devait l’exercer selon les exigences de la bonne foi et de l’équité contractuelle. La décision de procéder à un arrimage collectif en

amounts collectively in this case was made following extensive consultations with representatives of farm producers and after impact simulation studies had shown that most of the program's participants would benefit from that decision. By linking them collectively, La Financière also favoured the smallest producers. This situation was consistent with La Financière's mission. Finally, the decision to link the amounts collectively was compatible with the specific features of the federal programs at issue. La Financière thus exercised its powers in accordance with the requirements of good faith and contractual fairness. It was open to La Financière in fixing the compensation payable to the appellants to choose to link the amounts they had received under the relevant federal financial assistance programs collectively, which means that the appellants are not entitled to the amounts they claim.

Per Côté J. (dissenting in part): The only determinative issue in this case is one of contractual interpretation. Regardless of whether the contract is characterized as a contract of insurance or as an innominate contract that falls under both public law and private law, the result is the same. It is true that the appellants participated voluntarily in the ASRA Program, but insofar as that program involves a contract of adhesion imposed by La Financière, that is, a contract that is not negotiated with participants, the characterization makes no difference. If there is any ambiguity, it must be resolved in favour of the adhering party in accordance with art. 1432 C.C.Q. The rule of interpretation of reasonable expectations adds nothing to the existing rules of interpretation.

The reason why producers participate in the ASRA Program is simple: they expect to receive the full compensation they are owed in return for paying their contributions. When La Financière deprives them of all or part of the compensation to which they are entitled, judicial intervention is warranted. The common intention of the parties, the overall scheme of the ASRA Program and past practices confirm that La Financière contravened the program in deciding to subtract excessively high amounts of notional income from the amounts to which participants were otherwise entitled.

It sometimes happens that during the year individual participants receive additional amounts to which they are personally entitled from other government agencies. The program expressly authorizes La Financière to take such amounts into account in its calculations to ensure that participants do not receive double compensation for a single loss. However, although s. 88(3) of the ASRA

l'espèce a été adoptée à la suite de consultations d'envergure avec les représentants des producteurs agricoles et de la réalisation d'études de simulation d'impact indiquant que la majorité des adhérents au programme en seraient bénéficiaires. En retenant l'arrimage collectif, La Financière a également favorisé les plus petits producteurs. Cette situation de fait est cohérente avec la mission de La Financière. Enfin, la décision de procéder à un arrimage collectif tenait compte des particularités des programmes fédéraux en cause. La Financière a donc exercé ses pouvoirs selon les exigences de la bonne foi et de l'équité contractuelle. Elle pouvait choisir d'établir les compensations payables aux appelants sur la base d'un arrimage collectif pour tenir compte des sommes reçues par ces derniers dans le cadre des programmes fédéraux d'aide financière pertinents, de sorte que les appelants n'ont pas droit aux sommes réclamées.

La juge Côté (dissidente en partie) : La seule et unique question déterminante en l'espèce en est une d'interprétation contractuelle. Que le contrat soit qualifié ou non de contrat d'assurance, qu'il soit un contrat innomé relevant à la fois du droit public et du droit privé, le résultat est le même. Les appelants ont certes adhéré volontairement au Programme ASRA mais dans la mesure où il s'agit d'un contrat d'adhésion imposé par La Financière, c'est-à-dire non négocié avec ses adhérents, la qualification ne fait aucune différence. S'il existe ambiguïté, celle-ci doit être résolue en faveur de l'adhérent suivant l'art. 1432 C.c.Q. La règle d'interprétation des attentes raisonnables n'ajoute rien aux règles d'interprétation déjà existantes.

La raison pour laquelle les producteurs adhèrent au Programme ASRA est simple : ils s'attendent à recevoir la pleine compensation qui leur est due en retour du paiement de leur contribution. Lorsque La Financière les prive de tout ou partie de la compensation à laquelle ils ont droit, l'intervention des tribunaux est justifiée. La commune intention des parties, l'économie générale du Programme ASRA ainsi que les usages passés confirment que La Financière a contrevenu au Programme ASRA en décidant de soustraire des montants auxquels les adhérents avaient par ailleurs droit des revenus fictifs exagérément élevés.

Il arrive qu'en cours d'année l'adhérent reçoive individuellement des montants additionnels auxquels il a personnellement droit de la part d'autres organismes gouvernementaux. En vertu des dispositions expresses du programme, La Financière peut en tenir compte dans son calcul afin d'éviter que l'adhérent ne soit compensé en double pour une même perte. Or, si le par. 88(3) du

Program does authorize La Financière to ensure that participants do not receive double compensation, it does not permit La Financière to attribute notional amounts to some participants in order to overcompensate other participants for policy reasons.

In this case, not only did the chosen linkage method not make it possible to avoid double compensation, it also prevented many participants from receiving the full compensation to which they were entitled under the ASRA Program. While it is true that La Financière's mission is broad, that mission does not authorize it to subvert the purpose of s. 88(3) by assuming a discretion it does not have.

Once the ASRA Program had been adopted, La Financière had to comply with the rules of the game it had itself established. In the case of amounts received directly from other granting organizations that can be considered to be annual receipts, s. 88(3) provides that, in calculating annual receipts, La Financière must take into account “[a]ny amounts to which a participant is entitled on the basis of the volume of marketed products and secondary products”. La Financière may not therefore penalize a participant for amounts to which he or she is not entitled owing to the inherent limits of those other programs. By referring to a “participant”, s. 88(3) requires La Financière to take into account the amounts that were actually received. The definition set out in s. 2 refers to an individual participant in the ASRA Program, not to a “benchmark farm”, and the same is true of the definition of “annual receipts”. If La Financière disregards the inherent limits of those programs and if the amounts attributed to participants bear no relation to the amounts they actually received, it is in breach of its contractual obligations.

The evidence shows that, where amounts have been granted directly to a producer under another program in the past, La Financière has never used a linkage method — whether collective or individual — that had the effect of negating the compensation to which participants were entitled by attributing amounts that disregarded the inherent limits of those programs. La Financière's choice in the cases at issue is therefore also inconsistent with its past practices.

What is problematic in this case is that La Financière's action had the effect of overcompensating certain participants to the detriment of the others, that it disregarded the impact of the caps under the federal programs on the insurance coverage of participants and that the amounts it ultimately attributed bore no relation to the amounts that

Programme ASRA permet à La Financière d'éviter qu'un adhérent soit doublement compensé, il ne lui permet pas d'imputer à certains adhérents des montants fictifs afin d'en surcompenser d'autres pour des considérations de politique générale.

Dans le présent dossier, non seulement la méthode d'arrimage choisie n'a pas permis d'éviter la double compensation, mais elle a également empêché plusieurs adhérents de recevoir la pleine compensation à laquelle ils avaient droit en vertu du Programme ASRA. S'il est vrai que la mission dont est investie La Financière est large, cette mission ne l'autorise pas à détourner la finalité du par. 88(3) afin de s'arroger une discrétion qu'elle n'a pas.

Une fois le Programme ASRA adopté, La Financière doit respecter les règles du jeu qu'elle a elle-même fixées. En ce qui concerne les sommes reçues directement d'autres organismes subventionnaires pouvant être considérées comme des recettes annuelles, le par. 88(3) prévoit que dans le calcul des recettes annuelles, La Financière tient compte des « montants auxquels a droit un adhérent en fonction du volume de production et des sous-produits mis en marché ». La Financière ne peut donc pénaliser un adhérent pour des montants auxquels il n'a pas droit en raison des limites intrinsèques de ces autres programmes. En référant à la notion d'« adhérent », le par. 88(3) exige que La Financière tienne compte des montants réellement reçus. La définition prévue à l'art. 2 vise l'adhérent, à titre individuel, au Programme ASRA et non le concept de ferme-type, tout comme la définition de « recettes annuelles ». Lorsqu'elle fait abstraction des limites intrinsèques de ces programmes et que les sommes imputées n'ont aucun lien avec les sommes réellement reçues, elle contrevient à ses obligations contractuelles.

Il ressort de la preuve que dans le cas de sommes directement allouées à un producteur par un autre programme, jamais la méthode d'arrimage appliquée dans le passé par La Financière — collective ou individuelle — n'a eu pour effet de faire échec à l'indemnisation à laquelle avaient droit les adhérents en imputant des montants qui faisaient abstraction des limites intrinsèques à ces programmes. Le choix de La Financière dans les présents dossiers est donc également en porte-à-faux avec ses pratiques passées.

En l'espèce, c'est le fait que La Financière a agi d'une manière qui a eu pour effet de surcompenser certains adhérents au détriment des autres, qu'elle a fait abstraction de l'impact des plafonds prévus aux programmes fédéraux sur la couverture d'assurance des adhérents et que les sommes imputées au final n'avaient rien à voir avec

had actually been received, not that it chose a particular linkage method. This was the conclusion reached by the trial judge, and there is no reason to intervene in this regard.

The producers' appeal should be allowed, but the trial judge's award should be reduced by subtracting from it an amount equal to the contributions the producers would have had to pay in exchange for higher compensation.

Cases Cited

By Wagner and Gascon JJ.

Referred to: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Peters v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 400; *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996; *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511; *Trépanier v. Financière agricole du Québec*, 2011 QCCS 1802; *Jacobs v. Agricultural Stabilization Board*, [1982] 1 S.C.R. 125; *George A. Demeyere Tobacco Farms Ltd. v. Continental Insurance Co.* (1984), 46 O.R. (2d) 423; *Brissette v. Financière agricole*, 2006 QCCS 1620; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285; *Financière agricole du Québec v. Forand*, 2009 QCCQ 10263; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. v. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258; *Rollo Bay Holdings Ltd. v. Prince Edward Island Agricultural Development Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 132; *Financière agricole du Québec v. Coddington*, 2013 QCCQ 6238; *Lafortune v. Financière agricole du Québec*, 2016 SCC 35, [2016] 1 S.C.R. 1091; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029; *Excellence (L'), compagnie d'assurance-vie v. Desjardins*, 2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085; *Affiliated FM Insurance Co. v. Hafner Inc.*, 2006 QCCA 465; *Souscripteurs du Lloyd's v. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Industrielle, Compagnie d'Assurance sur la Vie v. Bolduc*, [1979] 1 S.C.R. 481.

les sommes réellement reçues qui pose problème et non le choix d'une méthode d'arrimage particulière. C'est la conclusion à laquelle est parvenue la juge de première instance et il n'y a pas lieu d'intervenir à cet égard.

L'appel des producteurs devrait être accueilli mais le montant de la condamnation ordonnée par la juge de première instance devrait être réduit en retranchant de celui-ci la somme équivalant aux contributions que les producteurs auraient dû verser en contrepartie de compensations plus élevées.

Jurisprudence

Citée par les juges Wagner et Gascon

Arrêts mentionnés : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Peters c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 400; *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 996; *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511; *Trépanier c. Financière agricole du Québec*, 2011 QCCS 1802; *Jacobs c. Office de stabilisation des prix agricoles*, [1982] 1 R.C.S. 125; *George A. Demeyere Tobacco Farms Ltd. c. Continental Insurance Co.* (1984), 46 O.R. (2d) 423; *Brissette c. Financière agricole*, 2006 QCCS 1620; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285; *Financière agricole du Québec c. Forand*, 2009 QCCQ 10263; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. c. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258; *Rollo Bay Holdings Ltd. c. Prince Edward Island Agricultural Development Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 132; *Financière agricole du Québec c. Coddington*, 2013 QCCQ 6238; *Lafortune c. Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 35, [2016] 1 R.C.S. 1091; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Excellence (L'), compagnie d'assurance-vie c. Desjardins*, 2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085; *Affiliated FM Insurance Company c. Hafner Inc.*, 2006 QCCA 465, [2006] R.R.A. 268; *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Industrielle, Compagnie d'Assurance sur la Vie c. Bolduc*, [1979] 1 R.C.S. 481.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting La Financière agricole du Québec*, CQLR, c. L-0.1, ss. 1, 3, 19, 22.
- Agricultural Products Insurance Act, 1996*, S.O. 1996, c. 17, sch. C.
- Agricultural Stabilization Act*, R.S.C. 1970, c. A-9.
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8.
- Civil Code of Québec*, arts. 6, 7, 1375, 1425 to 1432, 1426, 1427, 1434, 2389, 2408 to 2413, 2466 to 2468, 2470 to 2474.
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.
- Programme d'assurance récolte*, (2002) 134 G.O. 1, 261, ss. 10, 15, 27, 35 to 37, 38, 42.
- Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles*, (2001) 133 G.O. 1, 1336, ss. 1, 2 "adhérent", "recettes annuelles", 6, 7, 13, 16(3), 18, 19, 21, 22, 78, 80, 86, 87, 88 [am. (2009) 141 G.O. 1, 51, s. 21], 89, 92, 101, 103.
- Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 [repl. 1996, c. 23].

Authors Cited

- Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre): lignes et entre-lignes*, t. 1. Sherbrooke: SEM Inc., 1989.
- Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.
- Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2009.
- Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 5^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
- Thouin, Marie-Chantal. "La théorie de l'attente raisonnable de l'assuré" (1997), 64 *Assurances* 545.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Gagnon and Savard JJ.A.), 2014 QCCA 1886, [2014] AZ-51115390, [2014] J.Q. n° 11218 (QL), setting aside a decision of Monast J., 2012 QCCS 284, [2012] AZ-50827524, [2012] J.Q.

Lois et règlements cités

- Code civil du Québec*, art. 6, 7, 1375, 1425 à 1432, 1426, 1427, 1434, 2389, 2408 à 2413, 2466 à 2468, 2470 à 2474.
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48 [repl. 1996, c. 23].
- Loi de 1996 sur l'assurance des produits agricoles*, L.O. 1996, c. 17, ann. C.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.
- Loi sur La Financière agricole du Québec*, RLRQ, c. L-0.1, art. 1, 3, 19, 22.
- Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, S.R.C. 1970, c. A-9.
- Programme d'assurance récolte*, (2002) 134 G.O. 1, 261, art. 10, 15, 27, 35 à 37, 38, 42.
- Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles*, (2001) 133 G.O. 1, 1336, art. 1, 2 « adhérent », « recettes annuelles », 6, 7, 13, 16(3), 18, 19, 21, 22, 78, 80, 86, 87, 88 [mod. (2009) 141 G.O. 1, 51, art. 21], 89, 92, 101, 103.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8.

Doctrine et autres documents cités

- Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre): lignes et entre-lignes*, t. 1, Sherbrooke, SEM Inc., 1989.
- Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. I, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1984.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.
- Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.
- Lluelles, Didier. *Précis des assurances terrestres*, 5^e éd., Montréal, Thémis, 2009.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012.
- Thouin, Marie-Chantal. « La théorie de l'attente raisonnable de l'assuré » (1997), 64 *Assurances* 545.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Hilton, Gagnon et Savard), 2014 QCCA 1886, [2014] AZ-51115390, [2014] J.Q. n° 11218 (QL), qui a infirmé une décision de la juge Monast, 2012 QCCS 284, [2012] AZ-50827524,

n° 701 (QL), 2012 CarswellQue 666 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting in part.

Bruno Lepage, Madeleine Lemieux and Dominique-Anne Roy, for the appellants.

Matthieu Brassard, Jean-Pierre Émond and Valérie Blanchet, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. delivered by

WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Overview

[1] At issue in this appeal is the application of private law to the implementation of certain government financial support programs. More specifically, the Court must identify the rules governing the interpretation of the rights and obligations of the parties to the *Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles*, (2001) 133 G.O. 1, 1336 (“ASRA Program”), administered by the respondent, La Financière agricole du Québec (“La Financière”).

[2] The appellants are Quebec farm producers that participated voluntarily in the ASRA Program. Under that program, La Financière undertook, in return for contributions from producers, to protect them from the income fluctuations associated with the agricultural market. The appellants contested certain decisions made by La Financière in determining their compensation payments for 2007. Those decisions were related to the calculation method chosen by La Financière, in determining the compensation payable under the program, to take account of additional income received as farm financial assistance from the federal government. The appellants argued that the ASRA Program was a contract of insurance and that La Financière had improperly incorporated that additional income into its calculations so as to reduce their compensation under the program, in violation of the terms of the contract, which had to be

[2012] J.Q. n° 701 (QL), 2012 CarswellQue 666 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente en partie.

Bruno Lepage, Madeleine Lemieux et Dominique-Anne Roy, pour les appelants.

Matthieu Brassard, Jean-Pierre Émond et Valérie Blanchet, pour l'intimée.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

I. Aperçu

[1] Dans ce pourvoi, la Cour est appelée à déterminer la place du droit privé dans l'application de certains programmes de soutien financier de l'État. Plus particulièrement, la Cour est appelée à identifier les règles régissant l'interprétation des droits et des obligations des parties au *Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles*, (2001) 133 G.O. 1, 1336 (« Programme ASRA »), administré par l'intimée La Financière agricole du Québec (« La Financière »).

[2] Les appelants sont des producteurs agricoles québécois qui ont adhéré volontairement au Programme ASRA. En vertu de ce programme, La Financière s'engage, moyennant contribution des producteurs, à les protéger contre les fluctuations de revenus propres au marché agricole. Les appelants contestent certaines décisions prises par La Financière dans la fixation de leurs compensations pour l'année 2007. Ces décisions portent sur le mode de calcul qu'a choisi La Financière, dans la détermination des compensations payables en vertu du programme, pour tenir compte de revenus additionnels reçus du gouvernement fédéral à titre d'aide financière agricole. Les appelants soutiennent que le Programme ASRA est un contrat d'assurance et que La Financière a indûment incorporé dans ses calculs ces revenus additionnels pour réduire leurs compensations au titre du programme, en violation

interpreted on the basis of their reasonable expectations as insured persons.

[3] The producers applied to the Superior Court, which allowed their action, characterizing the ASRA Program as a contract of insurance and ordering La Financière to pay them substantial additional compensation for 2007. The Court of Appeal set aside that judgment, finding that the ASRA Program was not a contract of insurance and that the impugned decisions were reasonable.

[4] We would dismiss the appeal. The ASRA Program is not a contract of insurance but simply an innominate contract under the civil law. It cannot be subject to the rule of interpretation based on the reasonable expectations of the insured that applies to a contract of insurance as defined in the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). While it is true that the contract must be interpreted having regard to the public interest and to La Financière’s social objective, it is nonetheless governed exclusively by private law, not by public law. For the purpose of determining the compensation payable to its participants, the ASRA Program gives La Financière a discretion to determine how to calculate any other income they have received from government sources. La Financière exercised that discretion in accordance with the requirements of good faith and contractual fairness, which means that the appellants are not entitled to the amounts they claim.

II. Background

[5] La Financière is a legal person established in the public interest under the *Act respecting La Financière agricole du Québec*, CQLR, c. L-0.1 (“*AFAQ*”). Its mission is to “support and encourage the development of the agricultural and agro-food sector within the perspective of sustainable development” (s. 3 *AFAQ*). For that purpose, it has set up income protection, insurance and farm financing programs.

[6] Among other things, La Financière offers a crop insurance service that compensates participants

des conditions du contrat, lequel doit être interprété en fonction de leurs attentes raisonnables en tant qu’assurés.

[3] Les producteurs se sont adressés à la Cour supérieure, qui a accueilli leur recours, qualifiant le Programme ASRA de contrat d’assurance et condamnant La Financière à leur verser des compensations additionnelles substantielles pour l’année 2007. La Cour d’appel a infirmé ce jugement, refusant de considérer le Programme ASRA comme un contrat d’assurance et concluant que les décisions attaquées étaient raisonnables.

[4] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. Le Programme ASRA n’est pas un contrat d’assurance mais un simple contrat innommé de droit civil. On ne peut lui appliquer la règle d’interprétation des attentes raisonnables de l’assuré qui est propre au contrat d’assurance tel que le définit le *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Ce contrat, s’il doit être interprété en tenant compte de l’intérêt public et de l’objectif social poursuivi par La Financière, est néanmoins régi exclusivement par le droit privé et non par le droit public. Le Programme ASRA accorde à La Financière, pour les besoins de l’établissement des compensations payables aux adhérents, le pouvoir discrétionnaire de déterminer les modalités du calcul des autres revenus gouvernementaux reçus par ces derniers. La Financière a exercé ce pouvoir selon les exigences de la bonne foi et de l’équité contractuelle, de sorte que les appelants n’ont pas droit aux sommes réclamées.

II. Contexte

[5] La Financière est une personne morale de droit public constituée en vertu de la *Loi sur La Financière agricole du Québec*, RLRQ, c. L-0.1 (« *LFAQ* »). Elle a pour mission de « soutenir et de promouvoir, dans une perspective de développement durable, le développement du secteur agricole et agroalimentaire » (art. 3 *LFAQ*). Pour ce faire, elle met sur pied des programmes de protection du revenu, d’assurance et de financement agricole.

[6] La Financière offre notamment un service d’assurance récolte pour indemniser les adhérents des

for losses caused, for example, by unfavourable and unpredictable weather conditions. This *Programme d'assurance récolte*, which is published in the *Gazette officielle du Québec*, (2002) 134 G.O. 1, 261, has equivalents in several other Canadian provinces. In Ontario, for instance, there is the *Agricultural Products Insurance Act, 1996*, S.O. 1996, c. 17, sch. C. La Financière also offers the ASRA Program, which provides financial support to producers. This appeal concerns the interpretation of the rights and obligations of the parties to the ASRA Program, which had no equivalent elsewhere in Canada at the time the dispute in this case arose. The 137 appellants are farm producers that participated voluntarily in the program. The ASRA Program is published in the *Gazette officielle du Québec*. It replaced the *Farm Income Stabilization Insurance Scheme* in 2001; the latter had been created in 1975 and was administered first by the Commission administrative des régimes d'assurance-stabilisation des revenus agricoles until 1979, and then by the Régie des assurances agricoles du Québec until 2001, the year La Financière was established (s. 1 *AFAQ*).

[7] The ASRA Program protects participants from having their income drop below a level defined by La Financière for 10 agricultural products or classes of products designated as [TRANSLATION] “insurable”. That level is reached where the “net annual income” of an average benchmark farm for an insured product is less than the “stabilized net annual income”, which corresponds to a percentage of the average annual regular salary of a skilled worker in Quebec (s. 89 ASRA Program). What this means is that the higher the net annual income of the benchmark farm is, the lower the compensation will be. In essence, the purpose of the program is to guarantee that an average farm producer never earns less than a predetermined percentage of the average income of a skilled worker.

[8] In exchange, each producer participating in this voluntary program must pay a fixed contribution per unit of a designated product (s. 78 ASRA Program). Producers must agree to participate for a minimum of five years (s. 16(3)) and must insure all of their annual production for each designated product (s. 18). La Financière makes a contribution

pertes causées entre autres par des conditions climatiques défavorables et imprévisibles. Ce *Programme d'assurance récolte*, publié dans la *Gazette officielle du Québec*, (2002) 134 G.O. 1, 261, a d'ailleurs des équivalents dans plusieurs autres provinces canadiennes. À titre d'exemple, on relève en Ontario la *Loi de 1996 sur l'assurance des produits agricoles*, L.O. 1996, c. 17, ann. C. La Financière offre également le Programme ASRA, un programme d'appui financier aux producteurs. Le pourvoi porte sur l'interprétation des droits et obligations des parties liées par le Programme ASRA, qui n'avait pas d'équivalent ailleurs au Canada au moment de la naissance du présent litige. Les 137 appelants sont des producteurs agricoles qui ont adhéré volontairement à ce programme. Le Programme ASRA est publié dans la *Gazette officielle du Québec*. Il a remplacé en 2001 le *Régime d'assurance-stabilisation des revenus agricoles* créé en 1975, qui a été administré d'abord par la Commission administrative des régimes d'assurance-stabilisation des revenus agricoles jusqu'en 1979, puis par la Régie des assurances agricoles du Québec jusqu'en 2001, année de la création de La Financière (art. 1 *LFAQ*).

[7] Le Programme ASRA protège les adhérents contre une baisse de revenus sous un seuil défini par La Financière, et ce, pour 10 produits ou catégories de produits agricoles désignés comme « assurables ». Ce seuil est atteint lorsque le « revenu annuel net » d'une ferme-type moyenne quant à un produit assuré est inférieur au « revenu annuel net stabilisé », lequel correspond à un pourcentage du salaire régulier annuel moyen d'un ouvrier spécialisé au Québec (art. 89 Programme ASRA). Ainsi, plus le revenu annuel net de la ferme-type est élevé, moins les compensations sont élevées. Essentiellement, le programme vise à garantir qu'un producteur agricole moyen ne gagnera jamais moins qu'un pourcentage prédéterminé du revenu moyen d'un ouvrier spécialisé.

[8] En contrepartie, les producteurs qui adhèrent à ce programme volontaire doivent payer une contribution fixe par unité de produit désigné (art. 78 Programme ASRA). Ils sont tenus de s'engager pour une période minimale de cinq ans (par. 16(3)) et d'assurer la totalité de leur production annuelle pour chaque produit désigné (art. 18). La Financière verse

to the program's fund — the Fonds d'assurance stabilisation des revenus agricoles, of which it is the trustee (s. 6) — equal to twice the contributions paid by each participant (s. 80). The amounts in the fund are used to finance the payment of compensation to participants (s. 7), and, unless an agreement is entered into or an alternative program is implemented, any surplus or deficit must be apportioned among the participants in proportion to their contributions (s. 13). No amendment made by La Financière to the terms of the ASRA Program, except one relating to the contribution rate, may take effect until the insurance year after the amendment comes into force (s. 21 para. 2).

[9] The first paragraph of s. 87 of the program provides that [TRANSLATION] “[t]he net annual income [of a benchmark farm] corresponds to the annual receipts minus cash disbursements and depreciation.” The annual receipts of a benchmark farm are described in s. 88 of the ASRA Program. Section 88(3), as it read at the time this dispute arose, read as follows concerning amounts granted by government agencies:

[TRANSLATION]

3° Any amounts to which a participant is entitled on the basis of the volume of marketed products and secondary products and that are granted by government agencies in the form of price compensation for the insurable product or under a government farm business risk management program.

Thus, in calculating the annual receipts of the average benchmark farm, La Financière takes account of other income from federal and provincial government contributions under a risk management program or in the form of price compensation for insurable products. The parties use — as did the courts below — the word [TRANSLATION] “linkage” to characterize the process of taking such income into account. From the compensation to be paid under the ASRA Program, La Financière therefore deducts the “linked” amounts in order to take account of any other income that might have an effect on the financial needs of the average benchmark farm, which is the reference standard for the program.

au fonds du programme — le Fonds d'assurance stabilisation des revenus agricoles dont elle est fiduciaire (art. 6) — une contribution égale au double des contributions versées par chaque adhérent (art. 80). Les sommes composant le fonds servent à financer le paiement de compensations aux adhérents (art. 7), et en l'absence d'entente ou d'un programme de substitution, tout surplus ou déficit doit être attribué à ces derniers au prorata de leurs contributions (art. 13). Aucune modification des paramètres du Programme ASRA par La Financière ne peut prendre effet avant l'année d'assurance suivant l'entrée en vigueur de la modification, à l'exception des modifications portant sur le taux de contribution (art. 21 al. 2).

[9] Le premier alinéa de l'art. 87 du programme prévoit que « [l]e revenu annuel net [de la ferme-type] correspond aux recettes annuelles diminuées des déboursés monétaires et de la dépréciation. » Les recettes annuelles de la ferme-type sont décrites à l'art. 88 du Programme ASRA. Le paragraphe 88(3), tel qu'il était rédigé au moment de la naissance du présent litige, prévoit ce qui suit dans le cas de certaines sommes accordées par les organismes gouvernementaux :

3° Les montants auxquels a droit un adhérent en fonction du volume de production et des sous-produits mis en marché si ces montants sont accordés par des organismes gouvernementaux à titre d'indemnité de prix pour le produit assurable ou en vertu d'un programme gouvernemental de gestion des risques d'entreprise agricole.

Dans le calcul des recettes annuelles de la ferme-type moyenne, La Financière tient donc compte des autres revenus issus de contributions des gouvernements fédéral et provincial au titre d'un programme de gestion de risques ou d'indemnité de prix pour les produits désignés assurables. Les parties et les tribunaux inférieurs qualifient d'« arrimage » ce processus de prise en compte. Ainsi, La Financière soustrait des compensations à être versées dans le cadre du Programme ASRA les sommes « arrimées » pour tenir compte des autres revenus susceptibles d'influencer les besoins financiers de la ferme-type moyenne qui demeure l'étalon de référence du programme.

[10] Amounts so received are linked either “collectively” — on the basis of the amounts the average benchmark farm would have received — or “individually” — on the basis of the amounts each ASRA Program participant actually received from the various governments. The higher the linked amounts, the lower the compensation received under the program, since increases in the benchmark farm’s income that result from the linkage process translate directly into a decrease in the compensation paid to each participant under the program. Whether government assistance should be linked collectively or individually is at the heart of the dispute between the appellants and La Financière.

[11] La Financière often acts as an intermediary in administering federal or provincial grants to Quebec farm producers. For that purpose, it has entered into a number of agreements with the federal government to distribute amounts that the federal government pays directly to producers in other provinces. At times, La Financière also integrates amounts paid by the federal government directly into the ASRA Program’s fund.

[12] In May and July 2007, the federal government announced the payment of grants to Canadian farmers (including ASRA Program participants) under two programs: the Cost of Production Benefit (“COPB”) program and the AgriInvest Kickstart (“Kickstart”) program. Under these two assistance programs, grants were made to producers, who were not required to make contributions.

[13] Amounts paid under the two programs were calculated as a percentage of each producer’s allowable net sales (“ANS”), although both programs had ANS caps above which producers received nothing. The caps were \$450,000 for the COPB program and \$3 million for Kickstart. They corresponded to maximum payments per producer of \$12,240 for the COPB program and \$96,000 for Kickstart. All ASRA Program participants were eligible to receive amounts under those programs, but

[10] Les sommes reçues font l’objet d’un arrimage soit « collectif » — basé sur les montants qu’aurait reçus la ferme-type moyenne — soit « individuel » — basé sur le montant que chacun des adhérents au Programme ASRA a véritablement reçu des divers ordres de gouvernement. Plus les sommes arrimées sont élevées, moins les compensations reçues en vertu du programme seront importantes, puisque les augmentations du revenu de la ferme-type résultant de l’arrimage se traduisent directement par une baisse des compensations versées à chaque adhérent au titre du programme. Le choix du mode d’arrimage, collectif ou individuel, de l’aide gouvernementale est au cœur du litige qui oppose les appellants et La Financière.

[11] En effet, La Financière agit souvent à titre d’intermédiaire et administre des sommes fédérales ou provinciales octroyées aux producteurs agricoles au Québec. À cette fin, elle conclut plusieurs accords avec le gouvernement fédéral en vue de distribuer des sommes que celui-ci verse par ailleurs directement aux producteurs dans d’autres provinces. À l’occasion, La Financière intègre aussi directement les sommes versées par le gouvernement fédéral dans le fonds du Programme ASRA.

[12] En mai et juillet 2007, le gouvernement fédéral annonce le versement aux agriculteurs canadiens (dont les adhérents au Programme ASRA) de subventions en vertu de deux programmes : le programme Indemnité pour coûts de production (« ICP ») et le programme Agri-investissement (démarriage) (« AID »). Ces deux programmes d’aide mènent au versement de subventions aux producteurs, sans contribution de ces derniers.

[13] Les sommes versées dans le cadre de ces deux programmes sont calculées en fonction d’un pourcentage des ventes nettes admissibles (« VNA ») de chaque producteur. Toutefois, ces programmes comportent tous deux des plafonds de VNA au-delà desquels les producteurs ne reçoivent rien. Ce plafond est de 450 000 \$ pour l’ICP et de 3 millions de dollars pour l’AID. Cela correspond à un versement maximal par producteur de 12 240 \$ pour l’ICP et de 96 000 \$ pour l’AID. Tous les adhérents au

the largest producers received only the maximum amounts.

[14] In managing the ASRA Program, La Financière decided to link amounts received under the COPB and Kickstart programs collectively. It fixed the compensation for 2007 on the basis of what the benchmark farm would have received under those two programs. The ANS of the hypothetical benchmark farm used to collectively link the amounts were less than the maximum allowed by the federal government. However, in collectively linking the amounts, La Financière calculated the average income the benchmark farm would have earned per unit of designated product and then multiplied this by each participant's number of units of the designated product. These calculations led La Financière to attribute to some of the largest producers, including the appellants, amounts of federal assistance greater than the amounts they had actually received. As a result, the compensation paid to these producers under the ASRA Program was reduced by more than would have been the case had La Financière linked the amounts individually on the basis of what each of them had actually received.

[15] The 137 appellants were unhappy about being disadvantaged in this way, and in January 2008 they asked La Financière to review its decision and link the amounts in question individually. Their request was denied on the ground that a review could not be sought for decisions relating to the [TRANSLATION] “terms of the programs administered by La Financière”.

[16] In November 2008, La Financière amended the ASRA Program to specify that amounts received under other financial assistance programs would now be linked collectively [TRANSLATION] “unless La Financière agricole considers it appropriate” to link them individually (s. 88(3) added by (2009) 141 G.O. 1, 51, s. 21).

[17] Following a fruitless exchange of letters with La Financière, the appellants instituted proceedings in the Superior Court in two cases that were ultimately joined for hearing. They argued that the

Programme ASRA sont admissibles aux sommes versées au titre de ces programmes, mais les producteurs les plus importants ne reçoivent que la somme maximale allouée.

[14] Dans sa gestion du Programme ASRA, La Financière décide d'effectuer sur une base collective l'arrimage des sommes reçues en vertu des programmes ICP et AID. Elle fixe les compensations pour 2007 selon ce que la ferme-type aurait reçu dans le cadre de ces deux programmes. La ferme-type hypothétique utilisée dans l'arrimage collectif a des VNA inférieures au maximum prévu par le gouvernement fédéral. Or, l'arrimage collectif est réalisé en calculant le bénéfice moyen que la ferme-type aurait obtenu par unité de produit désigné, somme que La Financière multiplie ensuite par le nombre d'unités de produit désigné de chacun des adhérents. Au terme de ces opérations, La Financière impute donc à certains des plus importants producteurs, dont les appelants, des montants d'aide fédérale plus élevés que ceux qu'ils touchent réellement. Cela a pour effet de réduire davantage les compensations versées à ces producteurs en vertu du Programme ASRA que si La Financière avait procédé par arrimage individuel et tenu compte des sommes effectivement reçues par chacun d'eux.

[15] En janvier 2008, déçus de cette situation qui les désavantage, les 137 appelants demandent à La Financière de réviser sa décision et de procéder à un arrimage individuel à l'égard de ces mêmes sommes. Cette demande est refusée au motif que les décisions relatives aux « paramètres des programmes administrés par La Financière » ne peuvent faire l'objet d'une demande de révision.

[16] En novembre 2008, La Financière modifie le Programme ASRA pour préciser que les sommes reçues dans le cadre des autres programmes d'aide financière seront dorénavant arrimées collectivement « à moins que La Financière agricole ne juge pertinent » de les arrimer sur une base individuelle (par. 88(3) aj. (2009) 141 G.O. 1, 51, art. 21).

[17] Après un échange infructueux de plusieurs lettres avec La Financière, les appelants entreprennent un recours en Cour supérieure dans deux dossiers éventuellement réunis pour fins d'audition.

ASRA Program had to be characterized as a contract of insurance within the meaning of the *Civil Code of Québec*. In their submission, this characterization engaged the principle of interpretation based on the [TRANSLATION] “reasonable expectations of the insured”, sometimes also called the doctrine of “legitimate expectations of the insured”, according to which any ambiguity, or even any unambiguous provision of a contract of insurance, must be interpreted in a manner consistent with the expectations of the insured. They submitted that, in light of past practice, it was reasonable for them to expect La Financière to link the amounts paid by the federal government individually. The decision to do so collectively was therefore, in their view, [TRANSLATION] “arbitrary, discriminatory and improper” because of its negative effect on the compensation paid to many participants. That decision resulted in the amendment of the contract in the course of an insurance year, which the program did not permit, and deprived the appellants of amounts to which they were entitled.

[18] In their conclusions, the appellants asked the court to declare that La Financière [TRANSLATION] “must, under the ASRA Program, deduct any amounts to which each participant is entitled under a federal program on an individual basis”. They also asked that the calculation that resulted from linking the COPB and Kickstart amounts be declared to be invalid in respect of all ASRA Program participants (who numbered 16,747 at the time). Each of them claimed the amount it would have received for 2007 had the amounts been linked individually, a total of over \$14 million.

[19] La Financière countered that the ASRA Program is not a contract of insurance, adding that the *AFAQ* gives it a broad discretion to determine the amount of the assistance granted to producers and to establish the conditions applicable to such assistance, including the method to be employed in linking the amounts it must take into account in granting compensation. Linking them collectively was in its view consistent with the nature of the ASRA Program, which is based on a benchmark farm and not on data specific to each participant. La Financière also argued that the chosen method

Ils plaident que le Programme ASRA doit être qualifié de contrat d’assurance au sens du *Code civil du Québec*. Ils soutiennent que cette qualification entraîne l’application du principe d’interprétation des « attentes raisonnables de l’assuré », parfois aussi appelée la théorie des « attentes légitimes de l’assuré », selon laquelle toute ambiguïté, voire même toute disposition non ambiguë d’un contrat d’assurance, doit être interprétée conformément aux attentes de l’assuré. Ils avancent que, à la lumière des pratiques passées, il était raisonnable pour eux de s’attendre à ce que La Financière arrime sur une base individuelle les sommes versées par le gouvernement fédéral. Aussi, la décision de procéder à un arrimage collectif était à leurs yeux « arbitraire, discriminatoire et abusive » en raison de ses effets négatifs sur les compensations versées à plusieurs adhérents. Cette décision a entraîné la modification du contrat en cours d’année d’assurance, ce que le programme ne permet pas, et a privé les appelants de sommes auxquelles ils avaient droit.

[18] Dans leurs conclusions, les appelants demandent au tribunal de déclarer que La Financière « doit, en vertu du Programme ASRA, déduire les sommes auxquelles chaque adhérent a droit en vertu d’un programme fédéral, et ce sur une base individuelle ». Ils sollicitent également l’annulation du calcul d’arrimage des sommes ICP et AID à l’égard de tous les adhérents au Programme ASRA (au nombre de 16 747 à l’époque). Ils réclament chacun la somme qu’ils auraient reçue pour l’année 2007 si un arrimage individuel avait été effectué, sommes qui totalisent plus de 14 millions de dollars.

[19] La Financière rétorque que le Programme ASRA n’est pas un contrat d’assurance. Elle affirme en outre que la *LFAQ* lui accorde de larges pouvoirs discrétionnaires dans la détermination de l’aide accordée aux producteurs et des conditions auxquelles cette aide est assujettie, y compris la méthode d’arrimage des sommes dont elle doit tenir compte dans l’octroi des compensations. L’arrimage collectif s’accorde bien avec la nature du Programme ASRA, qui est basé sur une ferme-type et non sur les données propres à chaque adhérent. La Financière ajoute que la méthode choisie a été à l’avantage d’une nette

had been advantageous to a clear majority of participating producers. It explained that it had in the past linked amounts individually only in cases in which a single group of ASRA Program participants had received amounts to be linked, and that it had done so in such cases to avoid attributing income to all the participants that some of them had not received. La Financière added that it had exercised its power to decide on the method to employ in linking amounts on a case-by-case basis having regard to its mission and to the impact of each contribution on the participants as a whole.

III. Judicial History

A. *Superior Court, 2012 QCCS 284*

[20] The trial judge found that the ASRA Program was a contract of insurance, explaining that La Financière insured a risk in exchange for the payment of a contribution. She noted that La Financière had the power to decide what data would be taken into account in calculating the compensation that was payable, but that any unilateral amendment of the terms of the ASRA Program by La Financière could apply only to the year following the amendment and only after having been published in the *Gazette officielle du Québec*.

[21] The trial judge observed that, before being amended in November 2008, s. 88(3) had referred expressly to [TRANSLATION] “amounts to which a participant is entitled”. There was therefore nothing preventing La Financière from linking the amounts individually in this case. The November 2008 amendments required that La Financière determine the amounts to which a participant was entitled on the basis of the characteristics of the benchmark farm (collective linkage) unless La Financière considered it appropriate to add the amounts actually received to the annual receipts (individual linkage). In the trial judge’s view, that amendment [TRANSLATION] “suggests that the intention was to change either the law or the parties’ status” (para. 157 (CanLII)).

[22] Further, the trial judge concluded on the basis of the evidence that, in the past, La Financière had collectively linked amounts paid under

majorité des producteurs adhérents. Elle explique avoir procédé par le passé à un arrimage individuel uniquement dans les cas où un seul groupe d’adhérents au Programme ASRA recevait des sommes à arrimer, afin d’éviter d’imputer à tous les adhérents des revenus que certains ne recevaient pas. La Financière ajoute qu’elle a exercé sa faculté de décider au cas par cas du mode d’arrimage en tenant compte de sa mission et de l’impact de chaque contribution sur l’ensemble des adhérents.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure, 2012 QCCS 284*

[20] La juge de première instance attribue au Programme ASRA le statut de contrat d’assurance, précisant que La Financière assure un risque en contrepartie du paiement d’une contribution. Elle note que La Financière a le pouvoir de fixer les données prises en compte pour déterminer les compensations payables, mais que les conditions du Programme ASRA ne peuvent être modifiées unilatéralement par La Financière que pour l’année qui suit les modifications et après publication de celles-ci dans la *Gazette officielle du Québec*.

[21] La juge retient qu’avant les modifications de novembre 2008, le par. 88(3) faisait explicitement mention des « montants auxquels a droit un adhérent ». Rien ne s’opposait donc à ce que La Financière procède à un arrimage individuel en l’espèce. En outre, les modifications de novembre 2008 précisent que La Financière détermine les montants auxquels un adhérent a droit en fonction des caractéristiques de la ferme-type (arrimage collectif), à moins qu’elle ne juge pertinent d’ajouter aux recettes annuelles les montants réellement reçus (arrimage individuel). Selon la juge, cette modification « fait présumer qu’on a voulu changer soit l’état du droit, soit l’état des parties » (par. 157 (CanLII)).

[22] Par ailleurs, la juge conclut de la preuve que La Financière a par le passé arrimé collectivement les sommes versées dans le cadre de programmes

programs involving [TRANSLATION] “a single contribution paid directly to its insurance fund [that of the ASRA Program]”, but had linked the amounts of “direct payments to producers” individually by subtracting from the compensation payable to each participant any amounts it had received from the federal government (paras. 133-34). The financial assistance provided under the two federal programs at issue took the form of direct payments to producers. La Financière’s past practice had therefore created “legitimate expectations among the participants”, which means that La Financière could not in the course of a year decide to change the applicable rules and collectively link amounts paid directly to producers (para. 158).

[23] The trial judge found that La Financière had a “discretion” to decide what method to employ in linking amounts, but that this discretion had to be exercised [TRANSLATION] “in accordance with the terms of the program . . . and in a reasonable manner”, which was not the case here (paras. 161-62). By collectively linking the amounts in issue, La Financière had “indirectly reduced the insurance coverage” to a significant degree (para. 164). The extent of the resulting distortions and the fact that the appellants were accordingly penalized led the trial judge to conclude that La Financière had exercised its discretion unreasonably and had acted in an arbitrary, discriminatory and improper manner.

[24] The trial judge therefore allowed the action, declared the calculation of the compensation paid for 2007 — but only to the appellants — to be invalid, and ordered La Financière to pay the compensation the appellants would have received had the amounts been linked individually, with costs.

B. *Court of Appeal, 2014 QCCA 1886*

[25] Savard J.A., writing for the Court of Appeal, began her analysis by observing that participation in the ASRA Program was voluntary and that the program had all the characteristics of a contract. However, she was of the view that the program was not a contract of insurance within the

impliquant « une contribution unique versée directement à son fonds d’assurance [celui du Programme ASRA] », alors qu’elle a arrimé individuellement les sommes versées à titre de « paiements directs aux producteurs », en retranchant des compensations payables aux adhérents les montants que chacun d’eux avait reçus du gouvernement fédéral (par. 133-134). Or, l’aide financière offerte en vertu des deux programmes fédéraux en cause a été versée sous forme de paiements directs aux producteurs. Partant, les pratiques antérieures de La Financière ont créé des « attentes légitimes des adhérents » qui entraînent, par voie de conséquence, que La Financière ne pouvait décider en cours d’année de changer les règles applicables pour procéder à un arrimage collectif de sommes versées directement aux producteurs (par. 158).

[23] La juge considère que La Financière possède le « pouvoir discrétionnaire » de décider de la méthode d’arrimage, pouvoir qui doit toutefois être exercé « en conformité avec les paramètres du programme [. . .] et de manière raisonnable », ce qui ne fut pas le cas en l’espèce (par. 161-162). En arrimant collectivement les sommes en cause, La Financière a « indirectement réduit la couverture d’assurance » de manière significative (par. 164). En raison de l’ampleur des distorsions ainsi créées et de l’effet pénalisant pour les appelants, la juge conclut que La Financière a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable et a agi de manière arbitraire, discriminatoire et abusive.

[24] La juge accueille donc la demande, invalide le calcul des compensations versées aux seuls appelants pour l’année 2007 et condamne La Financière à payer les sommes que les appelants auraient reçues dans l’hypothèse d’un arrimage individuel, le tout avec dépens.

B. *Cour d’appel, 2014 QCCA 1886*

[25] La juge Savard, qui rédige l’arrêt de la Cour d’appel, commence son analyse en précisant que l’adhésion au Programme ASRA est volontaire et que celui-ci a toutes les caractéristiques d’un contrat. Par contre, elle est d’avis que ce programme n’est pas un contrat d’assurance selon les termes de l’art. 2389

meaning of art. 2389 *C.C.Q.* She noted, *inter alia*, that La Financière's primary activity was not speculating on risk but promoting the agricultural and agri-food sector. The economic risk covered by the ASRA Program did not depend on each participant's financial situation, but was always present and was certain over a long period of time (para. 69 (CanLII)). In Savard J.A.'s view, the ASRA Program was more of an income protection program, as the government provided farm producers with financial support to counter losses that were inherent in their sector. She described the program as a *sui generis* administrative contract that had both public law and private law aspects.

[26] In Savard J.A.'s opinion, s. 88(3) of the ASRA Program did not require La Financière to link amounts individually, but authorized it to take the specific features of each program into account in deciding what calculation method to use. The fact that the words [TRANSLATION] "a participant" had been used in that provision at the relevant time was not conclusive. The purpose of the ASRA Program, which complemented other government assistance programs, meant that La Financière had to be able to determine on a case-by-case basis how best to act in the interest of all participants.

[27] Savard J.A. then analyzed the reasonableness of La Financière's decision. She found that the trial judge had erred in essentially basing her analysis on the impact of the chosen linkage method on the participants who were disadvantaged by it, and in not considering the purpose of the *AFAQ* and the interests of all the participants. The decision to link the amounts collectively was not unreasonable. It was based in part on the fact that the federal programs applied both to products that were insured by the ASRA Program and to products that the ASRA Program did not insure. Linking the amounts collectively made it possible to take only payments related to insured products into account. Another reason why La Financière took a collective approach here was to avoid negating the caps established under the federal assistance programs, which was a factor it could include in its analysis. As well, unlike the programs for which amounts had

C.c.Q. Elle souligne notamment que l'activité principale de La Financière n'est pas la spéculation sur le risque mais bien la promotion du secteur agricole et agroalimentaire. Le risque économique garanti par le Programme ASRA n'est pas fonction de la situation financière propre de chaque adhérent et demeure omniprésent et certain sur une longue période de temps (par. 69 (CanLII)). Selon la juge, le Programme ASRA représente davantage un programme de protection du revenu, puisque l'État fournit un soutien financier aux producteurs agricoles contre les pertes inhérentes à leur secteur d'activités. À ses yeux, le programme est un contrat administratif *sui generis*, participant de deux régimes juridiques, soit le droit public et le droit privé.

[26] Selon la juge Savard, le par. 88(3) du Programme ASRA n'impose pas à La Financière de procéder à un arrimage individuel, mais lui permet de déterminer la méthode de calcul appropriée selon les particularités de chaque programme. L'emploi des mots « un adhérent » à cet article à l'époque pertinente n'est pas concluant. La finalité du Programme ASRA, qui est complémentaire aux autres programmes d'aide gouvernementale, requiert que La Financière puisse déterminer, au cas par cas, la meilleure façon d'agir dans l'intérêt de l'ensemble des adhérents.

[27] La juge Savard entreprend ensuite l'analyse de la raisonnable de la décision de La Financière. Elle conclut que la juge de première instance a erré en s'appuyant essentiellement sur l'impact de la méthode d'arrimage adoptée sur les adhérents désavantagés, sans tenir compte de l'objet de la *LFAQ* et de l'intérêt de l'ensemble des adhérents. La décision de procéder à un arrimage collectif n'est pas déraisonnable. Elle est basée notamment sur le constat que les programmes fédéraux tiennent compte à la fois de produits assurés et non assurés par le Programme ASRA. L'arrimage collectif permet donc de ne prendre en compte que les paiements liés aux produits assurés. De plus, La Financière a procédé ici de façon collective pour éviter de contrecarrer les plafonds mis en place dans le cadre des programmes d'aide fédéraux, un facteur qu'elle peut inclure dans son analyse. Aussi, contrairement aux programmes passés marqués par un arrimage individuel, les

been linked individually in the past, the two federal programs at issue here involved the payment of amounts to every ASRA Program participant. All these characteristics were taken into account in the decision to link the amounts collectively in the circumstances of this case.

[28] In light of this conclusion, Savard J.A. did not address La Financière's argument that the action could not be allowed without declaring the linkage calculation to be invalid in respect of all participants. The court therefore allowed the appeal, without costs in view of the parties' relationship and the nature of the questions that had been raised.

IV. Issue

[29] The central issue in this appeal is whether La Financière, in determining the compensation payable to the appellants under the ASRA Program for 2007, acted in conformity with its rights and obligations by linking the amounts in question collectively. To decide this issue, it will be essential to begin by outlining the legal framework applicable to the ASRA Program and determining whether the program constitutes a contract and, if so, whether it is a contract of insurance within the meaning of the *Civil Code of Québec*. We will consider this last subject first. Our analysis in that regard will enable us to define the legal framework applicable to the ASRA Program and identify the nature of the relationship between La Financière and the participants.

V. Analysis

A. *Is the ASRA Program a Contract and, if So, Is It Subject to the Rules Applicable to Contracts of Insurance?*

(1) Is the ASRA Program a Contract?

[30] To decide whether the rules of private law or public law apply to the ASRA Program, we must first determine whether the program is a contract.

deux programmes fédéraux en cause menaient au versement d'une somme à tous les adhérents au Programme ASRA. La décision de procéder à un arrimage collectif dans les circonstances de l'espèce tient compte de toutes ces caractéristiques.

[28] En raison de cette conclusion, la juge Savard ne se prononce pas sur l'argument de La Financière selon lequel la demande ne peut être accueillie sans que le calcul d'arrimage ne soit invalidé à l'égard de tous les adhérents. La cour accueille par conséquent l'appel, sans frais compte tenu de la relation entre les parties et de la nature des questions soulevées.

IV. Question en litige

[29] La question centrale que soulève ce pourvoi est de savoir si La Financière a agi conformément à ses droits et obligations en fixant selon un mode d'arrimage collectif les compensations payables aux appelants en vertu du Programme ASRA pour l'année 2007. Pour y répondre, il est essentiel de cerner d'abord le cadre juridique qui s'applique au Programme ASRA et de décider si ce dernier constitue un contrat et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'un contrat d'assurance au sens du *Code civil du Québec*. C'est la tâche à laquelle nous nous attarderons en premier lieu. Notre analyse permettra de dégager le cadre juridique applicable au Programme ASRA et d'identifier la nature de la relation qui lie La Financière aux adhérents.

V. Analyse

A. *Le Programme ASRA est-il un contrat et, dans l'affirmative, est-il régi par les règles applicables aux contrats d'assurance?*

(1) Le Programme ASRA est-il un contrat?

[30] Pour décider lequel du régime de droit privé ou de droit public lui est applicable, il faut d'abord déterminer si le Programme ASRA est un contrat.

[31] Despite the broad discretion conferred on La Financière by the legislation and the ASRA Program (s. 19 *AFAQ* and s. 87 para. 3 ASRA Program), and even though La Financière finances the compensation paid under the program partly out of public funds (s. 80), the program cannot be considered simply a government program that is governed by public law. The ASRA Program has several features that justify considering it to be a contract. This is clear from a review of its structure and how it functions, which differentiate it from two classic examples of social programs that fall under public law: “social insurance” programs and agricultural subsidies.

[32] It is true that a government program may include the [TRANSLATION] “basic elements of a contract of insurance” but not its “contractual form”, so that it is in reality a “social insurance” program: P. Issalys and D. Lemieux, *L’action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (3rd ed. 2009), at p. 819; R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), vol. 1, at pp. 135-36. Professors Issalys and Lemieux define the social insurance program as follows:

[TRANSLATION] The early years of modern social security were marked by the creation of social insurance mechanisms. According to this technique, the elements of the legal relationship of insurance, as set out in article 2389 of the *Civil Code of Québec*, were adopted, but modified to serve the needs of social policy. It can therefore be defined as a statutory mechanism under which a class of persons subject to the mechanism are required to pay premiums to an insurer vested with public authority in exchange for the payment of benefits under the mechanism to those persons or to other recipients on the occurrence of a specified risk. [p. 818]

[33] It is also well established that a true social insurance program is not contractual in nature. For example, the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, was described by this Court as “compulsory social insurance” in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at

[31] Malgré les larges pouvoirs discrétionnaires accordés à La Financière par la loi et le Programme ASRA (art. 19 *LFAQ* et art. 87 al. 3 Programme ASRA), et nonobstant le fait que La Financière finance en partie sur les deniers publics les compensations versées en vertu du Programme ASRA (art. 80), ce dernier ne peut être considéré comme un simple programme gouvernemental régi par le droit public. En effet, le Programme ASRA présente plusieurs caractéristiques qui justifient de le traiter comme un contrat. C’est ce qui ressort de l’examen de sa structure et de son fonctionnement, qui le distinguent de deux exemples classiques de programmes sociaux relevant du droit public : les programmes d’« assurance sociale » et les subventions agricoles.

[32] Il est vrai qu’un programme étatique peut regrouper les « éléments fondamentaux du contrat d’assurance » mais non pas sa « forme contractuelle », de sorte qu’il constitue en réalité un programme d’« assurance sociale » : P. Issalys et D. Lemieux, *L’action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives* (3^e éd. 2009), p. 819; R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1984), t. I, p. 174-175. Les professeurs Issalys et Lemieux définissent ainsi ces programmes :

Les débuts de la sécurité sociale moderne ont été marqués par la création de dispositifs d’assurance sociale. Cette technique reprend les éléments constitutifs de la relation juridique d’assurance, tels que les énonce l’article 2389 du *Code civil du Québec*, mais les modifie pour les mettre au service de la politique sociale. On peut donc la définir comme un dispositif législatif comportant l’obligation pour une catégorie d’assujettis de verser à un assureur investi d’une autorité publique des cotisations en contrepartie desquelles sont versées à ces assujettis ou à d’autres bénéficiaires les prestations prévues par ce dispositif en cas de réalisation d’un risque déterminé. [p. 818]

[33] Il est aussi acquis qu’un véritable programme d’assurance sociale n’est pas de nature contractuelle. À titre d’exemple, le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-8, a été qualifié d’« assurance sociale obligatoire » par notre Cour dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*,

para. 8. That plan is governed by public law in the sense that it is managed by an administrative tribunal and that the recourse available to a dissatisfied person to whom the plan applies is to seek judicial review of the tribunal's decision: see, for example, *Peters v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 400. The same is true of the scheme established by the *Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48 (since replaced by the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23), which this Court characterized as “a scheme of compulsory public insurance which was never expected to function on a strict actuarial basis”: *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 2 S.C.R. 996, at p. 1005. The Court has also legally characterized the employment insurance premium as a “regulatory charge”, which it defined as “a form of special levy connected with a government program”: *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511, at paras. 71-72.

[34] Social insurance programs generally share the following characteristics: they apply to more than one sector, they are universal and compulsory and their benefits are calculated using simple formulas because of [TRANSLATION] “the mandatory coverage of broad classes of persons and situations [that] requires that . . . operations be simplified” (Issalys and Lemieux, at p. 819; see also D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (5th ed. 2009), at pp. 9-10; J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1989), t. 1, at p. 52). As well, they almost always include an internal administrative remedy (generally known as a “proceeding for review”) against decisions granting or denying indemnities or benefits: Issalys and Lemieux, at p. 903.

[35] It is therefore primarily or even exclusively public law that governs both the characterization of social insurance programs and the determination of the appropriate remedy for a dissatisfied person who wishes to contest a decision made in the context of such a program.

[36] The ASRA Program differs from a social insurance program. Unlike most such programs, it applies to only one sector and is neither universal nor

[1999] 1 R.C.S. 497, par. 8. Ce régime est régi par le droit public, en ce sens qu'il est géré par un tribunal administratif et que le recours ouvert aux assujettis insatisfaits est la révision judiciaire des décisions de ce tribunal : voir, par exemple, *Peters c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 400. Il en va de même pour le régime mis en place par la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (remplacée par la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, c. 23), que la Cour a qualifié d'« assurance publique obligatoire qui n'a pas été conçue pour être appliquée selon de rigoureux principes actuariels » : *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 2 R.C.S. 996, p. 1005. La Cour a également procédé à la qualification juridique des cotisations d'assurance-emploi, concluant qu'il s'agit de « redevance[s] réglementaire[s] », définies comme « une forme d'imposition spécialisée rattachée à un programme gouvernemental » : *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511, par. 71-72.

[34] Les assurances sociales partagent généralement les caractéristiques suivantes : elles visent plus d'un secteur d'activité, elles sont universelles et obligatoires et les prestations sont calculées au moyen de formules simples en raison de « la couverture obligatoire de vastes catégories de personnes et de situations [qui] impose de simplifier [les] opérations » (Issalys et Lemieux, p. 819; voir aussi D. Lluelles, *Précis des assurances terrestres* (5^e éd. 2009), p. 9-10; J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance (terrestre)* (1989), t. 1, p. 52). Elles prévoient également presque toujours un recours administratif interne (généralement appelé « recours en révision ») à l'encontre des décisions d'accorder ou non une indemnité ou une prestation : Issalys et Lemieux, p. 903.

[35] C'est donc principalement, voire exclusivement, le droit public qui régit tant la qualification des programmes d'assurance sociale que la détermination du recours approprié pour un assujetti insatisfait qui désire contester une décision prise dans le cadre d'un tel programme.

[36] Le Programme ASRA se distingue des programmes d'assurance sociale. En effet, contrairement à la plupart de ceux-ci, il ne vise qu'un secteur

compulsory, and its benefits are not calculated using simple formulas applicable to broad classes of persons and situations. In addition, disputes arising out of the application of the ASRA Program are not submitted to an administrative tribunal for adjudication.

[37] The ASRA Program also includes several contract-style clauses. Section 19 provides that [TRANSLATION] “[f]ailure to meet the conditions for eligibility throughout the participation period shall result in the resolution of the participant’s contract for the current year.” Section 101 of the program states that participants can also be excluded, in which case they must pay a penalty as provided for in s. 103:

[TRANSLATION]

101. La Financière agricole shall exclude a participant from the Program in respect of an insurable product if the participant:

- 1° refuses to pay any contribution that is due;
- 2° refuses to submit to an inventory, an area measurement or a sampling or count of a stored or marketed crop; or
- 3° applies for an exclusion in writing.

[38] Regarding the penalties that result from exclusion, the first paragraph of s. 103 of the ASRA Program provides that, [TRANSLATION] “[w]here a farming business has been excluded, La Financière agricole shall keep every amount received as a contribution in respect of the product for which the exclusion has been applied.” The second paragraph of s. 103 adds that “[a] farming business that has been excluded shall pay contract resolution fees corresponding to 25% of the contribution it paid for the last year in which it complied with the insurable minimum.”

[39] Finally, any amendments to the program that are not related to the contribution rate may not come into force until the year after they are made (s. 21 ASRA Program). Participants can therefore decide to opt out of the program for the following year if

d’activité, il n’est ni universel ni obligatoire et ses prestations ne sont pas calculées au moyen de formules simples applicables à de vastes catégories de personnes et de situations. En outre, les différends qui découlent de l’application du Programme ASRA ne sont pas soumis à un tribunal administratif pour décision.

[37] Par ailleurs, le Programme ASRA contient plusieurs clauses de type contractuel. L’article 19 prévoit que « [l]e défaut de respecter, pendant toute la période d’adhésion, les conditions d’admissibilité entraîne la résolution du contrat de l’adhérent pour l’année en cours. » Selon l’art. 101 du programme, les adhérents peuvent aussi s’exclure moyennant paiement d’une pénalité dont les modalités sont prévues à l’art. 103 :

101. La Financière agricole exclut un adhérent du Programme à l’égard d’un produit assurable lorsqu’il :

- 1° refuse de payer une contribution exigible;
- 2° refuse la prise d’inventaire, le mesurage de ses superficies, l’échantillonnage ou le décompte physique de la récolte entreposée ou mise en marché;
- 3° en fait la demande par écrit.

[38] Le premier alinéa de l’art. 103 du Programme ASRA prévoit au chapitre des pénalités résultant de l’exclusion que « [l]orsque l’entreprise agricole est exclue, La Financière agricole conserve tout montant perçu à titre de contribution à l’égard du produit pour lequel l’exclusion a été appliquée. » Le deuxième alinéa de l’art. 103 précise de plus que « [l]’entreprise agricole exclue encourt des frais de résolution de contrat correspondant à 25 % de la contribution qu’elle a versée pour la dernière année au cours de laquelle elle a respecté le minimum assurable. »

[39] Enfin, les modifications au programme qui ne portent pas sur le taux de contribution ne peuvent entrer en vigueur avant l’année suivant leur promulgation (art. 21 Programme ASRA). Les adhérents peuvent donc décider de s’exclure du programme

amendments proposed by La Financière are not acceptable to them.

[40] These mechanisms for terminating the contract for predetermined reasons, which create acquired rights for the current year, fall under contract law much more than public law. Moreover, Geoffroy J. of the Superior Court reached a similar conclusion in *Trépanier v. Financière agricole du Québec*, 2011 QCCS 1802, a case that closely resembled the case at bar. Geoffroy J. commented as follows in analyzing La Financière's powers under the ASRA Program:

[TRANSLATION] Although La Financière agricole must report to the government on its management (s. 43), it can adapt its programs (ss. 20 and 22) without having to seek any form of prior administrative authorization. One reason for this autonomy is that the government and the Union des producteurs agricoles (UPA) are represented on the agency's board of directors (s. 6 of the Act).

However, the defendant's power is not absolute, and its programs must include the terms and conditions needed to ensure sound management of the funds it is responsible for administering. It is essential that the defendant's clients be made aware of the contractual conditions that are binding on them as participants in the [ASRA] [P]rogram, and that is what was done in this case. [Emphasis added; paras. 59-60 (CanLII).]

[41] In our view, the characteristics of the ASRA Program referred to by Geoffroy J. — in particular La Financière's considerable management autonomy, limited as it is by the need to comply with the "contractual conditions" that bind La Financière and the participants — support the proposition that this program is by nature a contractual mechanism rather than a social insurance program governed by public law.

[42] These same characteristics also distinguish the ASRA Program from simple agricultural subsidy programs like the one considered by this Court in *Jacobs v. Agricultural Stabilization Board*, [1982] 1 S.C.R. 125. In that case, farm producers contested, *inter alia*, the imposition by the Agricultural Stabilization Board of ceilings on the amounts that could be granted as subsidies under the *Agricultural Stabilization Act*, R.S.C. 1970, c. A-9.

pour l'année suivante si des modifications proposées par La Financière ne leur conviennent pas.

[40] Ces mécanismes, qui permettent de mettre fin au contrat pour des motifs préétablis et qui consacrent des droits acquis pour l'année en cours, relèvent beaucoup plus du droit des contrats que du droit public. Le juge Geoffroy de la Cour supérieure propose d'ailleurs une analyse semblable dans *Trépanier c. Financière agricole du Québec*, 2011 QCCS 1802, une affaire très similaire au présent pourvoi. Le juge Geoffroy analyse ainsi les pouvoirs de La Financière dans le cadre du Programme ASRA :

Bien que La Financière agricole doive rendre compte au gouvernement de sa gestion (art. 43), elle peut adapter ses programmes (art. 20 et 22) sans aucune forme de contrôle administratif préalable d'autorisation. Cette autonomie tient du fait entre autres que l'État et l'Union des producteurs agricoles (UPA) sont représentés au sein du conseil d'administration de la société (art. 6 de la loi).

La défenderesse ne détient cependant pas un pouvoir absolu et ses programmes doivent contenir les conditions et modalités nécessaires à l'encadrement d'une saine gestion des fonds qu'elle a pour mandat d'administrer. Il est essentiel que sa clientèle soit au fait des conditions contractuelles qui les lient à titre d'adhérents au [P]rogramme [ASRA] et c'est ce qui a été fait en l'espèce. [Nous soulignons; par. 59-60 (CanLII).]

[41] Nous sommes d'avis que les caractéristiques du Programme ASRA soulignées par le juge Geoffroy, dont au premier chef l'autonomie de gestion considérable de La Financière balisée par le respect des « conditions contractuelles » la liant aux adhérents, appuient la proposition selon laquelle ce programme participe du mécanisme contractuel plutôt que de l'assurance sociale de droit public.

[42] Ces mêmes caractéristiques distinguent également le Programme ASRA des simples programmes de subventions agricoles comme celui examiné par la Cour dans *Jacobs c. Office de stabilisation des prix agricoles*, [1982] 1 R.C.S. 125. Dans cette affaire, des producteurs agricoles contestaient notamment l'imposition par l'Office de stabilisation des prix agricoles de plafonds limitant les sommes pouvant être octroyées à titre de subvention dans

Laskin C.J. applied the public law rules of procedural fairness to the Board's decisions establishing the conditions for granting subsidies, relying in particular on the fact that there "is no entitlement to subsidy until a scheme is propounded by the Governor in Council and until action is taken under the scheme by inviting the presentation of claims for subsidy" (*Jacobs*, at p. 137). Laskin C.J. added that subsidies were granted without any requirement of consideration, on an "*ex gratia*" basis (p. 138).

[43] Given the contributions required from participants, the contract resolution clauses and the existence of acquired rights during an insurance year, the ASRA Program clearly differs from one under which an "*ex gratia*" agricultural subsidy is paid without consideration. Indeed, it was these very characteristics that led the Ontario High Court of Justice to find Ontario's statutory crop insurance scheme to be a contract (of insurance) and not simply an agricultural support program: *George A. Demeyere Tobacco Farms Ltd. v. Continental Insurance Co.* (1984), 46 O.R. (2d) 423. The crop insurance scheme provided by La Financière is also governed by contract law: *Brissette v. Financière agricole*, 2006 QCCS 1620. As we will explain below, there are clearly fundamental differences between a crop insurance scheme and the ASRA Program, and these differences support the proposition that the ASRA Program is not a contract of insurance within the meaning of the *Civil Code of Québec*. Nevertheless, it would be rather strange if one insurance program offered by La Financière were governed by private law while another were subject to a fundamentally different set of rules, those of public law.

[44] The ASRA Program can also be distinguished from certain other schemes that are subject to public law rules. One example can be seen in *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, in which the issue was the legal status of an undertaking made by a person sponsoring a relative for immigration purposes to support the sponsored relative and to reimburse the government for any amount received by the latter as social

le cadre de la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, S.R.C. 1970, c. A-9. Le juge en chef Laskin a appliqué les règles d'équité procédurale du droit public aux décisions de l'Office relatives à la fixation des conditions pour l'octroi de subventions, se basant notamment sur le fait qu'il « n'y a aucun droit à une subvention avant que le gouverneur en conseil élabore un plan et qu'on y donne suite en invitant les intéressés à présenter des demandes de subvention » (*Jacobs*, p. 137). Le juge en chef Laskin a ajouté que les subventions sont accordées sans obligation de contrepartie et « à titre gracieux » (p. 138).

[43] Or, du fait des contributions exigées de l'adhérent, des clauses de résolution de contrat et des droits acquis en cours d'année d'assurance, le Programme ASRA se distingue nettement d'une subvention agricole « gracieuse » et sans contrepartie. D'ailleurs, ce sont là les caractéristiques qui ont amené la Haute Cour de justice de l'Ontario à conclure que le régime législatif ontarien d'assurance récolte constituait un contrat (d'assurance) et non un simple programme d'appui à l'agriculture (*agricultural support program*) : *George A. Demeyere Tobacco Farms Ltd. c. Continental Insurance Co.* (1984), 46 O.R. (2d) 423. Le régime d'assurance récolte offert par La Financière est du reste régi par le droit des contrats : *Brissette c. Financière agricole*, 2006 QCCS 1620. Comme nous le verrons, il existe certes des différences fondamentales entre l'assurance récolte et le Programme ASRA, différences qui appuient la proposition selon laquelle ce dernier n'est pas un contrat d'assurance au sens du *Code civil du Québec*. Néanmoins, il serait assez singulier qu'un programme d'assurance offert par La Financière soit régi par le droit privé et qu'un autre soit soumis à un ensemble de règles fondamentalement différentes, soit celles du droit public.

[44] Le Programme ASRA se distingue tout autant de certains autres régimes soumis aux règles du droit public. Par exemple, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, se soulevait le statut juridique de l'engagement d'un répondant à subvenir aux besoins d'un parent qu'il parraine aux fins d'immigration et à rembourser à l'État toute somme reçue par la personne parrainée à titre d'assistance sociale. Dans cet

assistance. In that case, the sponsor's undertaking was required by statute, and any person wishing to sponsor a relative had to undertake to support the relative (para. 48). This was one reason why this Court found that the undertaking made by sponsors to the government was subject to public law, not to private law (para. 49). In the instant case, in contrast, participation in the ASRA Program is voluntary. As well, in *Mavi*, the undertaking signed by sponsors was incidental to the public law scheme established by the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, and had no purpose other than enabling relatives to immigrate as members of the family class under that public law scheme. The ASRA Program is not incidental to any statutory public law scheme.

[45] Thus, the ASRA Program is not a public law scheme but a contract. In reaching this conclusion, we wish to be clear that our reasons relate only to the scheme under consideration in this case. The determination of whether a scheme falls primarily under public law or under private law is a contextual exercise from which no extrapolation is possible. In other circumstances, it will, for example, be possible to hold, as in *Mavi*, that a contract entered into under a governmental scheme can be subject primarily, or even exclusively, to public law.

[46] We therefore agree with the Court of Appeal (at para. 71) that the ASRA Program has the characteristics of an [TRANSLATION] “administrative contract”, that is, a contract to which a public authority is a party: P. Garant, with P. Garant and J. Garant, *Droit administratif* (6th ed. 2010), at p. 349. However, unlike the Court of Appeal, which found that the ASRA Program falls within both areas of law, that is, public law and private law (paras. 54 and 57), we are of the view that the rules that apply to this program are those of private law. Once it has been determined that the ASRA Program is a contract, we fail to see how it could be subject, even in part, to judicial review on the basis of administrative law principles or to other public law principles. All the rules needed to guide the actions of

arrêt, l'engagement du répondant procédait d'une exigence légale, et tout répondant avait l'obligation de s'engager à subvenir aux besoins du parent qu'il désirait parrainer (par. 48). C'est notamment pourquoi la Cour a conclu que l'engagement des répondants envers l'État était régi par le droit public et non par le droit privé (par. 49). En l'espèce, la participation au Programme ASRA se fait au contraire sur une base volontaire. De même, dans *Mavi*, l'engagement contracté par les répondants était accessoire au régime de droit public mis en place par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, et n'avait aucune autre raison d'être que de permettre l'immigration d'un parent pour fins de regroupement familial dans le cadre de ce régime de droit public. Le Programme ASRA n'est quant à lui accessoire à aucun autre régime législatif de droit public.

[45] Le Programme ASRA n'est donc pas un régime de droit public mais un contrat. En concluant ainsi, nous précisons que nos motifs portent uniquement sur le régime étudié en l'espèce. La qualification d'un régime qui relève principalement du droit privé ou du droit public est un exercice contextuel qui ne peut faire l'objet d'extrapolation. Dans d'autres situations, il demeurera par exemple possible de juger, comme dans *Mavi*, qu'un contrat conclu dans le cadre d'un régime mis en place par l'État peut être régi principalement, voire uniquement, par le droit public.

[46] Ainsi, à l'instar de la Cour d'appel (par. 71), nous sommes d'avis que le Programme ASRA possède les caractéristiques d'un « contrat administratif », c'est-à-dire un contrat auquel une autorité publique est partie : P. Garant, avec la collaboration de P. Garant et J. Garant, *Droit administratif* (6^e éd. 2010), p. 349. Cependant, contrairement à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le Programme ASRA participe de deux régimes juridiques, le droit public et le droit privé (par. 54 et 57), nous sommes d'avis que les règles qui s'appliquent à ce programme sont celles du droit privé. En effet, une fois établi que le Programme ASRA est un contrat, nous ne voyons pas comment on pourrait l'assujettir, même en partie, aux principes de la révision judiciaire en droit administratif ou à d'autres principes du droit public. Le

the parties under the ASRA Program can be found in private law. The courts have often applied this principle in the context of commercial relations between the government and a private party, even where the content of the contract is dictated largely by statute or regulation, which is not the case here: see, for example, *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285, at paras. 18 and 30. In our view, the courts have been right in the past to apply the rules of contract law to the ASRA Program, including those relating to defects of consent and to the scope of the obligations of the program's participants: see, for example, *Financière agricole du Québec v. Forand*, 2009 QCCQ 10263.

[47] This being said, administrative contracts are still distinguishable from contracts between private parties, since parity between the parties does not always exist. As Professor Garant explains:

[TRANSLATION] In our law, the essential difference between a private sector contract and an administrative contract is not one of basic legal classification. Both types of contract are in fact governed by the rules of the *Civil Code of Québec*. . . . However, what the public interest purpose means for one of them, in contrast with the other, is that it may be subject to rules that depart from the general law, which will vary in light of the requirements of the general interest and may differ from one service to another. It is above all in this sense that an administrative contract involves privileges and constraints in comparison with a private contract; the influence of the public service is always felt; there is never absolute parity between the parties, since one represents the general interest of the community and the other represents a private interest. . . .

. . . It is thus clear that the public interest is of great importance in the government's contracting process. This principle must guide the formation and performance of the contract and also serve as a rule of interpretation. [Footnote omitted; pp. 349-51.]

[48] Thus, the government's contractual relations are governed by a specific set of rules, and the public

droit privé contient toutes les règles nécessaires pour encadrer les agissements des parties au Programme ASRA. Les tribunaux ont souvent appliqué ce principe dans le cadre de relations commerciales entre l'État et une partie privée, et ce, même quand une part importante du contenu du contrat était dictée par la loi ou par règlement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce : voir, par exemple, *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285, par. 18 et 30. À notre avis, c'est à bon droit que les tribunaux ont par le passé appliqué au Programme ASRA les règles du droit des contrats, dont celles relatives aux vices de consentement et à la détermination de la portée des obligations des adhérents à ce programme : voir, par exemple, *Financière agricole du Québec c. Forand*, 2009 QCCQ 10263.

[47] Cela dit, les contrats administratifs se distinguent tout de même des contrats entre parties privées, étant donné que la parité entre les parties n'est pas une caractéristique toujours présente. Comme l'explique le professeur Garant :

La différence essentielle qui existe dans notre droit entre le contrat de l'entreprise privée et le contrat administratif n'en est pas une de catégorie juridique fondamentale. Effectivement, les deux types de contrats sont régis par les règles du *Code civil du Québec*. [. . .] Cependant ce que la finalité d'intérêt public confère à l'un par rapport à l'autre, c'est l'aptitude à se voir appliquer des règles exorbitantes du droit commun, qui varieront suivant les exigences de l'intérêt général, et qui peuvent différer d'un service à l'autre. C'est dans ce sens avant tout que le contrat administratif comporte des privilèges et sujétions par rapport au contrat privé; il se ressent toujours de l'emprise du service public; il n'y a jamais parité absolue entre les parties, l'une représentant l'intérêt général de la collectivité, l'autre un intérêt particulier. . .

. . . On constate donc la grande importance de l'intérêt public dans le processus contractuel de l'Administration publique. Ce principe doit inspirer sa formation, son exécution et aussi servir de règle d'interprétation. [Note en bas de page omise; p. 349-351.]

[48] Ainsi, lorsque l'État entretient des rapports contractuels, il le fait dans le cadre d'un régime

interest must be considered in interpreting such relations. When interpreting the scope of the government's powers as a party to a contract in order to determine, for example, whether the language of the contract confers a discretion on the government, the principle of the public interest may weigh in favour of a broader discretion in implementing the scheme. This will be especially true in cases in which the contractual scheme in question has a social objective. These are not principles of public law, but considerations related to the object of the contract that may influence the interpretation of the scope of the contractual powers of the public authority in question. Along the same lines, the Court has recognized in the public tendering context that, although the tender process is in the contractual realm, the government has broad powers that enable it to "include stipulations and restrictions and to reserve privileges to itself": *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, at para. 89, quoting *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. v. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 6. There are of course distinctions to be made between the ASRA Program and a call for tenders. We will not comment on the role of public law in the regulation of the tendering process. Nevertheless, the contract law principle identified in *Martel Building* applies in the case at bar. In interpreting the scope of the powers conferred on La Financière by its contract with ASRA Program participants, the public interest and La Financière's social purpose are considerations that must be taken into account.

[49] The government's discretion nonetheless has its limits. In the context of an administrative contract like the one at issue in this case, those limits do not derive from the public law duty of procedural fairness but are instead based on good faith and contractual fairness, as is explained, once again, by Professor Garant:

[TRANSLATION] . . . awarding or amending a contract is a purely administrative matter that does not require the application of any of the principles of natural justice, procedural fairness and legitimate expectations. The duty

particulier, et l'intérêt public doit alors jouer un rôle dans l'interprétation de tels rapports. Au stade de l'interprétation de l'étendue des pouvoirs de l'État partie au contrat, par exemple s'il s'agit de déterminer si un texte contractuel accorde à l'État un pouvoir discrétionnaire, le principe de l'intérêt public pourra militer en faveur d'une plus large discrétion dans la mise en œuvre du régime. Cela sera d'autant plus vrai dans les cas où le régime contractuel en question vise un objectif social. Il ne s'agit pas là de principes de droit public mais bien de considérations liées à l'objet du contrat, qui sont susceptibles d'influencer l'interprétation de l'étendue des pouvoirs contractuels de l'autorité publique en cause. Dans ce même ordre d'idées, la Cour a reconnu que dans le domaine des appels d'offres publics, même si ce processus se situe en terrain contractuel, l'État possède de larges pouvoirs l'autorisant à [TRADUCTION] « stipuler des conditions et des restrictions et [à] s'accorder des privilèges » : *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 89, citant *Colautti Brothers Marble Tile & Carpet (1985) Inc. c. Windsor (City)* (1996), 36 M.P.L.R. (2d) 258 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 6. Il y a certes des distinctions qui s'imposent entre le Programme ASRA et ces appels d'offres. Nous ne nous prononçons pas sur le rôle du droit public dans la réglementation de tels appels d'offres. Néanmoins, le principe de droit des contrats dégagé dans *Martel Building* s'applique en l'espèce. S'agissant d'interpréter l'étendue des pouvoirs accordés à La Financière par le contrat la liant aux adhérents au Programme ASRA, il faut tenir compte des considérations que sont l'intérêt public et l'objectif social poursuivi par La Financière.

[49] Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'État est tout de même assorti de limites. Dans le contexte d'un contrat administratif comme celui qui nous intéresse en l'espèce, ces limites ne relèvent pas de l'équité procédurale de droit public mais plutôt de la bonne foi et de l'équité contractuelle, comme l'explique à nouveau le professeur Garant :

. . . l'adjudication ou la modification d'un contrat est une affaire purement administrative qui ne requiert pas l'application des principes de justice naturelle, des règles de l'équité procédurale ou de l'expectative légitime. Certes

of good faith will of course be sanctioned by the courts, as will the government's duty to treat other contracting parties fairly. But what is in issue here is contractual fairness, not procedural fairness in the public law sense. [Footnote omitted; p. 354.]

[50] The Court applied similar principles in the tendering context in *Martel Building*, explaining that such contracts placed the government under an implied obligation to “treat all bidders fairly and equally” (para. 88). This principle can be readily adapted to the context of this appeal. La Financière must treat the other contracting parties fairly and exercise its discretion in good faith. The source of the contractual obligation to treat ASRA Program participants fairly is the same as in *Martel Building*, namely “the presumed intentions of the parties” (para. 88). It must be presumed that the parties to the ASRA Program intended to include in it an obligation of contractual fairness, which “is consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the [legal] process [at issue], and benefits all participants” (para. 88). In Quebec law, this amounts to an application of the rule provided for in art. 1434 *C.C.Q.* that “[a] contract validly formed binds the parties who have entered into it not only as to what they have expressed in it but also as to what is incident to it . . . in conformity with . . . equity”. As for the obligation to act in good faith, it flows from arts. 6, 7 and 1375 *C.C.Q.*

[51] In sum, like the contract itself, the fairness of the exercise of that discretion must be assessed in light of the public interest and La Financière's social purpose. Contract law will nonetheless apply to make La Financière accountable for the financial impact of its decisions if they fail to satisfy the requirements of good faith and contractual fairness. This is the legal framework that must guide the analysis of La Financière's actions in this case. Before analyzing those actions having regard to that contractual legal framework, we must first determine whether the rules specific to the contract of insurance apply to it.

l'obligation de bonne foi sera sanctionnée par les tribunaux de même que l'obligation pour l'Administration de traiter équitablement ses cocontractants. Mais on parlera ici d'équité contractuelle et non d'équité procédurale au sens du droit public. [Note en bas de page omise; p. 354.]

[50] Dans *Martel Building*, la Cour a du reste appliqué des principes semblables dans une affaire d'appels d'offres, et précisé que ces contrats engendraient pour l'État l'« obligation implicite » de « traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité » (par. 88). Ce principe se transpose aisément dans le contexte du présent pourvoi. La Financière doit traiter ses cocontractants équitablement et agir de bonne foi dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. L'obligation contractuelle de traiter les adhérents au Programme ASRA équitablement a la même source que dans *Martel Building*, soit « l'intention présumée des parties » (par. 88). Il faut en effet présumer que les parties au Programme ASRA avaient l'intention d'y inclure une obligation d'équité contractuelle, laquelle « est compatible avec l'objectif de protéger et de promouvoir l'intégrité du mécanisme [juridique en cause] et bénéficie à tous les participants » (par. 88). En droit québécois, c'est là une application de la règle prévue à l'art. 1434 *C.c.Q.*, selon laquelle « [l]e contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle [. . .] suivant [. . .] l'équité ». Quant à l'obligation d'agir de bonne foi, elle découle des art. 6, 7 et 1375 *C.c.Q.*

[51] Bref, tout comme le contrat lui-même, le caractère équitable de l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires doit être apprécié à la lumière de l'intérêt public et de l'objectif social poursuivi par La Financière. Néanmoins, le droit des contrats rendra cette dernière redevable de l'impact financier de ses décisions lorsque celles-ci l'éloignent des exigences de la bonne foi et de l'équité contractuelle. C'est ce cadre juridique qui doit régir l'analyse des agissements de La Financière ici. Avant d'analyser ces agissements au regard de ce cadre juridique contractuel, il faut maintenant déterminer si les règles particulières au contrat d'assurance s'appliquent à celui-ci.

(2) Is the ASRA Program Subject to the Rules Applicable to the Contract of Insurance?

[52] The appellants argue that the ASRA Program is a contract of insurance within the meaning of art. 2389 *C.C.Q.* They submit that farm insurance is based on the principles of mutuality and risk applicable to the contract of insurance and can therefore be distinguished from other financial assistance programs, such as those that involve the granting of subsidies. This means that the rule of interpretation based on the reasonable expectations of the insured must be applied in interpreting s. 88(3) of the ASRA Program.

[53] La Financière counters this position by arguing that what the ASRA Program covers is not a risk, but a contingency, given that there are no uncertain events for participants, but a recurring situation that leads to the application of the program on a regular or even permanent basis for certain products. La Financière also notes that participants cannot receive a personalized indemnity, since the amounts to which they are entitled are calculated not on the basis of losses incurred by their businesses, but on the basis of the model of a benchmark farm.

[54] In this Court, the parties' arguments on this point focused on a comparison between the ASRA Program and the *Programme d'assurance récolte* also offered by La Financière. The *Programme d'assurance récolte*, like equivalent crop insurance programs in the other provinces, has been treated by the courts as a contract of insurance that is subject to all the rules that apply to such contracts: *Brissette; Demeyere; Rollo Bay Holdings Ltd. v. Prince Edward Island Agricultural Development Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 132 (P.E.I.S.C. (App. Div.)). The respondent argues that the ASRA Program is sufficiently different from a crop insurance program to warrant different legal treatment, whereas the appellants argue that the same rules of interpretation apply to both programs.

[55] In our view, the ASRA Program is not a contract of insurance and cannot be subject to the rules applicable to such contracts. It does not have the

(2) Le Programme ASRA est-il régi par les règles applicables aux contrats d'assurance?

[52] Selon les appelants, le Programme ASRA serait un contrat d'assurance au sens de l'art. 2389 *C.c.Q.* Ils plaident que l'assurance agricole repose sur les principes de mutualité et de risque propres au contrat d'assurance et se distingue ainsi des autres programmes d'aide financière telles les subventions. Pour interpréter le par. 88(3) du Programme ASRA, il faudrait donc appliquer la règle d'interprétation des attentes raisonnables de l'assuré.

[53] Au soutien de la prétention contraire, La Financière avance que le Programme ASRA ne couvre pas un risque mais bien une éventualité, dans la mesure où il n'existe pas d'événements aléatoires pour les adhérents, mais plutôt une situation récurrente qui entraîne l'application du programme sur une base régulière, voire permanente, pour certains produits. La Financière souligne également que les adhérents ne peuvent recevoir une indemnité personnalisée, puisque les montants auxquels ils ont droit ne sont pas calculés en fonction des pertes liées à leur entreprise mais en fonction d'un modèle basé sur une ferme-type.

[54] La comparaison entre le Programme ASRA et le *Programme d'assurance récolte* offert par La Financière a occupé l'essentiel des arguments des parties devant la Cour sur ce sujet. Le *Programme d'assurance récolte* de La Financière, tout comme ses équivalents dans les autres provinces, est assimilé par les tribunaux à un contrat d'assurance régi par l'ensemble des règles applicables à ce type de contrat : *Brissette; Demeyere; Rollo Bay Holdings Ltd. c. Prince Edward Island Agricultural Development Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 132 (C.S. Î.-P.-É. (Div. app.)). Selon l'intimée, le Programme ASRA se distingue suffisamment de l'assurance récolte pour justifier un traitement juridique différent, alors que selon les appelants, ces deux programmes partagent les mêmes règles d'interprétation.

[55] Nous sommes d'avis que le Programme ASRA n'est pas un contrat d'assurance et ne peut se voir appliquer les règles propres à un tel contrat. En effet,

three main characteristics of a contract of insurance set out in art. 2389 *C.C.Q.*, namely (i) an obligation on the client to pay a premium or assessment; (ii) the occurrence of a risk; and (iii) an obligation on the insurer to make a payment to the client if the insured risk occurs. The reasons for this conclusion are as follows.

[56] First, it is agreed that ASRA Program participants have an obligation to pay a premium or assessment. This is not changed by the fact that the government provides most of the funding for the program through La Financière. That being said, it may happen, where the “risk” (net annual income of the benchmark farm less than the stabilized net annual income) does not occur for a certain period and the amounts paid into the fund are sufficient to ensure its sustainability, that no contributions are made in respect of a designated product. For example, no contribution was required from ASRA Program participants in 2003 in respect of “potatoes”. Moreover, the program provides that any surplus must be redistributed among participants in proportion to their contributions (s. 13). This means that one of the characteristics referred to in art. 2389 *C.C.Q.* is lacking here, since, according to the principle of mutuality, the contract of insurance concept presupposes that the client continues to be a debtor in respect of the premium even if the risk does not occur: Lluelles, at p. 25.

[57] Second, the implementation of the ASRA Program does not depend on the occurrence of a risk within the meaning of art. 2389 *C.C.Q.* What is described here as a risk is actually based on the net annual income of the benchmark farm, which La Financière calculates itself in exercising its broad discretion. La Financière therefore exerts control over the occurrence of the “risk” when it adjusts and fixes the net annual income on the basis of statistical studies or of [TRANSLATION] “other data it deems relevant” (s. 87 para. 3 ASRA Program). In this sense, the occurrence of the “risk” under the program depends on the will of La Financière. Yet it is well established that the occurrence of the risk under a contract of insurance must be [TRANSLATION] “an event that is uncertain and does not depend exclusively on the will of the parties”: Lluelles, at p. 186.

ce programme ne présente pas les trois caractéristiques principales du contrat d’assurance consacrées à l’art. 2389 *C.c.Q.*, soit (i) l’obligation du preneur de verser une prime ou une cotisation; (ii) l’existence d’un risque; et (iii) l’obligation de l’assureur de verser une prestation au preneur dans le cas où le risque assuré se réalise. Voici pourquoi.

[56] Premièrement, il est admis que les adhérents au Programme ASRA ont l’obligation de verser une prime ou une cotisation. Le fait que l’État contribue majoritairement au financement du programme par l’entremise de La Financière n’y change rien. Cela dit, lorsque le « risque » (un revenu annuel net de la ferme-type inférieur au revenu annuel net stabilisé) ne se manifeste pas pour une certaine période et que les montants versés au fonds sont suffisants pour en garantir la pérennité, il peut arriver qu’il y ait absence de contribution à l’égard d’un produit désigné. À titre d’exemple, aucune cotisation n’a été requise de la part des adhérents au Programme ASRA en 2003 pour le produit « pommes de terre ». En plus, le programme prévoit que tout surplus est redistribué aux adhérents au prorata de leurs contributions (art. 13). En conséquence, une des caractéristiques mentionnées à l’art. 2389 *C.c.Q.* fait ici défaut, car, suivant le principe de mutualité, le contrat d’assurance suppose que le preneur demeure débiteur de la prime, même si le risque ne se réalise pas : Lluelles, p. 25.

[57] Deuxièmement, la mise en application du Programme ASRA n’est pas tributaire de la survenance d’un risque au sens de l’art. 2389 *C.c.Q.* Ce qui est ici décrit comme le risque repose en fait sur le revenu annuel net de la ferme-type, que La Financière calcule elle-même dans l’exercice de ses larges pouvoirs discrétionnaires. La Financière exerce ainsi un contrôle sur la survenance du « risque » quand elle ajuste et fixe le revenu annuel net en fonction d’études statistiques ou « d’autres données qu’elle juge pertinentes » (art. 87 al. 3 Programme ASRA). En ce sens, la réalisation du « risque » dans le cadre du programme dépend de la volonté de La Financière. Or, il est bien établi que le risque visé par un contrat d’assurance doit être « un événement incertain et qui ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties » : Lluelles, p. 186.

[58] Lastly, it is almost certain that the stabilized net annual income will ultimately be higher than the net annual income. The evidence shows that, over a 30-year period — from 1979 to 2009 — La Financière paid compensation every year for certain products, one example being “feeder cattle”. Moreover, s. 92 of the ASRA Program provides that La Financière may make [TRANSLATION] “advance payments on the compensation to be paid” on the basis of “forecasts” of the amounts that will be paid in the future. It can be seen from the cases that La Financière avails itself of that power: *Forand*, at paras. 12-13 (CanLII); *Financière agricole du Québec v. Coddington*, 2013 QCCQ 6238, at paras. 5-6 (CanLII). This means that the “risk” is foreseeable not only as regards its occurrence, but also often as regards the time of its occurrence. As Professor Lluelles states, [TRANSLATION] “if the promised payment is based not on the occurrence of a risk but on the occurrence of an event that is certain in terms of its occurrence, its prematurity or its severity, the contract in question is not one of insurance” (p. 25 (footnote omitted)).

[59] Furthermore, several provisions of the *Civil Code of Québec* relating to the contract of insurance are foreign to the essential elements of the ASRA Program. For example, there is no question of the insured giving notice of the “loss”, which first becomes known to La Financière when it determines that the stabilized net annual income is higher than the net annual income of the benchmark farm for a covered product. The obligations under arts. 2470 to 2474 *C.C.Q.* concerning notice of the “loss” by the insured cannot therefore apply to the ASRA Program. Nor is it possible to speak of a “material change in the risk” caused by the insured within the meaning of arts. 2466 to 2468 *C.C.Q.* or of “initial representations” of the insured in the context of arts. 2408 to 2413 *C.C.Q.* These are concepts that are central to the regulation of insurance.

[60] In this regard, the ASRA Program differs from the *Programme d’assurance récolte*, which accords very well with several provisions applicable to the contract of insurance. The crop insurance program

[58] Enfin, il est presque certain que le revenu annuel net stabilisé sera éventuellement supérieur au revenu annuel net. En effet, la preuve révèle que, pendant une période de 30 ans — de 1979 à 2009 —, La Financière a versé des compensations à chaque année pour certains produits, par exemple pour le produit « bouvillons ». De plus, l’art. 92 du Programme ASRA prévoit que La Financière peut verser des « avances provisionnelles sur les compensations à être payées » en fonction d’« études provisionnelles » portant sur les montants qui seront payés dans le futur. La jurisprudence atteste que La Financière se prévaut de ce pouvoir : *Forand*, par. 12-13 (CanLII); *Financière agricole du Québec c. Coddington*, 2013 QCCQ 6238, par. 5-6 (CanLII). Ainsi, non seulement le « risque » est-il prévisible quant à sa survenance, mais il l’est également souvent quant au moment de sa survenance. Comme l’indique le professeur Lluelles, « si la prestation promise n’est pas fondée sur la réalisation d’un risque, mais sur celle d’un événement qui est certain, au niveau de sa réalisation, de son caractère prématuré ou de son intensité, le contrat en question n’en est pas un d’assurance » (p. 25 (note en bas de page omise)).

[59] Plusieurs dispositions du *Code civil du Québec* portant sur le contrat d’assurance sont par ailleurs étrangères aux éléments essentiels du Programme ASRA. Par exemple, il n’y a aucune possibilité pour l’assuré de déclarer le « sinistre », lequel est d’abord connu de La Financière lorsque celle-ci constate que le revenu annuel net stabilisé est plus élevé que le revenu annuel net de la ferme-type à l’égard d’un produit couvert. On ne peut donc assujettir le Programme ASRA aux obligations des art. 2470 à 2474 *C.c.Q.*, qui portent sur la déclaration du « sinistre » par l’assuré. On ne peut non plus parler d’une « aggravation du risque » du fait de l’assuré au sens des art. 2466 à 2468 *C.c.Q.* ou de « déclarations initiales » de ce dernier au sens des art. 2408 à 2413 *C.c.Q.* Il s’agit là de concepts qui touchent au cœur de la réglementation du domaine de l’assurance.

[60] À ce chapitre, le Programme ASRA se distingue du *Programme d’assurance récolte*, qui lui s’accorde très bien avec plusieurs dispositions applicables au contrat d’assurance. L’assurance récolte

protects participants from [TRANSLATION] “uncontrollable” climatic events (s. 27). Under that program, indemnities are calculated on an individual basis (s. 38), unlike the compensation provided for in the ASRA Program, which is instead calculated on the basis of a hypothetical benchmark farm. The crop insurance program requires the existence of an individual loss of which the insured must give notice in accordance with arts. 2470 to 2474 *C.C.Q.* (ss. 35 to 37). Sections 10 and 15 of the *Programme d’assurance récolte* refer to the initial representations of the insured, while s. 42 refers to the concept of a material change in the risk caused by the insured. Whereas the *Programme d’assurance récolte* is compatible with arts. 2408 to 2413 and 2466 to 2468 *C.C.Q.*, the ASRA Program is not.

[61] It is true that the terminology of contracts of insurance is sometimes used in the ASRA Program. For example, s. 78 refers to an [TRANSLATION] “insurable product”, para. 2 of s. 21 to an “insurance year” and s. 22 to an “insurance certificate”. In our view, the use of that terminology is not conclusive, however. When properly analyzed, the ASRA Program cannot be characterized as a contract of insurance. It is therefore not subject to the rules specific to such contracts.

[62] Since the ASRA Program is not a contract of insurance, it follows that the rule of interpretation based on the reasonable expectations of the insured does not apply. We nonetheless consider it appropriate to clarify the extent to which that rule applies in Quebec law, given that the parties to this appeal and the companion appeal, *Lafortune v. Financière agricole du Québec*, 2016 SCC 35, [2016] 1 S.C.R. 1091, present different views and refer to a debate about the rule among the commentators and the courts. In both appeals, ASRA Program participants argue that the reasonable expectations rule applies in its [TRANSLATION] “maximum dimension” and that La Financière’s powers are limited by their expectations regardless of whether the contract is ambiguous. La Financière counters that the rule must apply only in its “minimum dimension”, that is, only where there is ambiguity.

protège les adhérents contre des risques « incontrôlables » de nature climatique (art. 27). Dans le cadre de ce programme, les indemnités sont calculées sur une base individuelle (art. 38), contrairement aux compensations prévues par le Programme ASRA qui le sont plutôt sur la base d’une ferme-type fictive. L’assurance récolte implique l’existence d’un sinistre individualisé qui doit être déclaré par l’assuré selon les art. 2470 à 2474 *C.c.Q.* (art. 35 à 37). Le *Programme d’assurance récolte* réfère à ses art. 10 et 15 aux déclarations initiales de l’assuré et reprend à son art. 42 le concept d’aggravation du risque du fait de l’assuré. Si les art. 2408 à 2413 et 2466 à 2468 *C.c.Q.* sont compatibles avec le *Programme d’assurance récolte*, ils ne le sont nullement avec le Programme ASRA.

[61] Il est vrai que des termes propres aux contrats d’assurance sont parfois utilisés dans le Programme ASRA. À titre d’exemple, l’art. 78 parle de « produit assurable », l’al. 2 de l’art. 21 d’« année d’assurance » et l’art. 22 de « certificat d’assurance ». Cependant, à notre avis, la présence de cette terminologie n’est pas déterminante. Analysé correctement, le Programme ASRA ne saurait être qualifié de contrat d’assurance. Il n’est donc pas soumis aux règles particulières à ces contrats.

[62] Comme le Programme ASRA n’est pas un contrat d’assurance, il s’ensuit que la règle d’interprétation fondée sur les attentes raisonnables de l’assuré est inapplicable. Nous estimons néanmoins pertinent de clarifier l’étendue de l’application de cette règle en droit québécois, puisque les parties à ce pourvoi et au pourvoi connexe *Lafortune c. Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 35, [2016] 1 R.C.S. 1091, ont présenté des vues divergentes et fait état d’une certaine controverse doctrinale et jurisprudentielle au sujet de cette règle. Dans les deux pourvois, les adhérents au Programme ASRA plaident que la règle des attentes raisonnables de l’assuré s’applique dans sa « dimension maximale » et que les pouvoirs de La Financière sont limités par leurs attentes, indépendamment de la présence ou non d’une ambiguïté dans le contrat. Pour sa part, La Financière rétorque que cette règle ne doit s’appliquer que dans sa « dimension minimale », c’est-à-dire en présence d’une ambiguïté.

[63] The scope of this rule, which originates in U.S. insurance law, was explained by Cory J., dissenting, but not on this point, in *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, at p. 102. He mentioned that this rule of interpretation was applied in the United States in three ways: (1) to resolve any ambiguity in the terms of the contract in favour of the insured in order to satisfy his or her reasonable expectation; (2) to give the insured a right to all the coverage he or she was entitled to expect, unless there was an “unequivocal plain and clear manifestation of the company’s intent to exclude coverage”; or (3) to give the insured such coverage even in cases in which “painstaking study of the policy provisions would have negated those expectations” (p. 103). The first and third of these scenarios correspond, respectively, to what some authors have called the “minimum” and “maximum” dimensions of the doctrine: D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at pp. 922-23; M.-C. Thouin, “La théorie de l’attente raisonnable de l’assuré” (1997), 64 *Assurances* 545, at p. 551. However, none of them allows the meaning of a clear provision to be disregarded in favour of the expectations of the insured, except, in the third case, insofar as the interpretation of the provision requires “painstaking study” to determine its true meaning.

[64] The Court has accepted the first formulation (the minimum dimension) of the reasonable expectations rule in a number of cases, holding that, in Canada, the rule applies only in the event of ambiguity: *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744, at paras. 27 and 29; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, at p. 269; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1043. The Quebec Court of Appeal has consistently reached the same conclusion: *Excellence (L’), compagnie d’assurance-vie v. Desjardins*, 2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085, at para. 11; *Affiliated FM Insurance Co. v. Hafner Inc.*, 2006 QCCA 465, at para. 47 (CanLII); *Souscripteurs du Lloyd’s v. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376, at para. 38 (CanLII).

[63] Dans *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, p. 102, le juge Cory, dissident mais non sur ce point, précise la portée de cette règle qui émane du droit des assurances américain. Il mentionne que cette règle d’interprétation a été appliquée aux États-Unis de trois façons : (1) pour interpréter toute ambiguïté dans les termes du contrat en faveur de l’assuré afin de répondre à ses attentes raisonnables; (2) pour donner à l’assuré le droit à toute protection à laquelle il était en droit de s’attendre, et ce, en l’absence d’une « expression claire et nette de l’intention de la compagnie d’exclure [cette] protection »; ou (3) pour accorder à l’assuré une telle protection même dans les cas où « une étude soignée des dispositions de la police aurait écarté ces attentes » (p. 103). Les premier et troisième scénarios correspondent respectivement à ce que certains auteurs ont appelé les dimensions « minimale » et « maximale » de la doctrine : D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), p. 922-923; M.-C. Thouin, « La théorie de l’attente raisonnable de l’assuré » (1997), 64 *Assurances* 545, p. 551. Aucune de ces trois circonstances ne permet toutefois d’écarter la portée d’un texte clair au profit des attentes de l’assuré, sauf (dans le troisième cas) dans la mesure où l’interprétation du texte nécessite une « étude soignée » pour en dégager la véritable portée.

[64] La Cour a retenu à de nombreuses reprises la première formulation (la dimension minimale) de la règle des attentes raisonnables et jugé qu’au Canada celle-ci s’appliquait uniquement en cas d’ambiguïté : *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d’assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744, par. 27 et 29; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, p. 269; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1043. La Cour d’appel du Québec a régulièrement conclu dans le même sens : *Excellence (L’), compagnie d’assurance-vie c. Desjardins*, 2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085, par. 11; *Affiliated FM Insurance Company c. Hafner Inc.*, 2006 QCCA 465, [2006] R.R.A. 268, par. 47; *Souscripteurs du Lloyd’s c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376, par. 38 (CanLII).

[65] We are of the view that in Quebec law, the reasonable expectations rule must apply solely in its minimum dimension, that is, only where there is ambiguity. The *Civil Code of Québec* contains a series of rules for resolving difficulties in the interpretation of contracts. The reasonable expectations rule can certainly be added to those rules of interpretation for contracts of insurance, but only for the interpretation of an ambiguous clause and for the purpose of identifying the common intention of the parties (art. 1425 *C.C.Q.*).

[66] This being said, in the case at bar, because the ASRA Program is an innominate administrative contract that does not have the characteristics of a contract of insurance, the rules of contractual interpretation set out in arts. 1425 to 1432 *C.C.Q.* must be applied to determine the outcome of the appeal. We must refer to those rules to resolve the central issue, that is, whether it was open to La Financière to collectively link the amounts received under the two federal assistance programs in respect of which the appellants brought their action.

B. *Was it Open to La Financière to Collectively Link the Amounts Received From the Federal Government Under the COPB and Kickstart Programs?*

(1) Interpretation of Section 88(3) of the ASRA Program

[67] Section 88(3) of the ASRA Program does not specify how compensation received under government assistance programs is to be linked. It states only that, for this purpose, La Financière must consider [TRANSLATION] “[a]ny amounts to which a participant is entitled” under such programs.

[68] The appellants argue that the words “a participant” [TRANSLATION] “refe[r] to each participant considered individually and not . . . to a hypothetical participant on the benchmark farm” (A.F., at para. 63). They add that s. 88(3) must be read in conjunction with s. 2 of the ASRA Program, in which “participant” (*adhérent*) is defined as [TRANSLATION]

[65] Nous sommes d’avis qu’en droit québécois, la règle des attentes raisonnables de l’assuré doit s’appliquer exclusivement dans sa dimension minimale, c’est-à-dire seulement en présence d’une ambiguïté. En effet, le *Code civil du Québec* fournit un ensemble de règles permettant de résoudre les difficultés liées à l’interprétation d’un contrat. La règle des attentes raisonnables peut certes s’ajouter à ces règles d’interprétation en matière de contrat d’assurance, mais uniquement pour interpréter une clause ambiguë et dans le seul but de déceler la commune intention des parties (art. 1425 *C.c.Q.*).

[66] Cela étant, puisqu’en l’espèce, le Programme ASRA est un contrat administratif innommé qui ne répond pas aux caractéristiques du contrat d’assurance, ce sont les règles d’interprétation contractuelle prévues aux art. 1425 à 1432 *C.c.Q.* qui scelleront l’issue du pourvoi. Nous devons nous y référer pour répondre à la question centrale en litige, soit celle de savoir si La Financière pouvait procéder à l’arrimage collectif des sommes reçues dans le cadre des deux programmes d’aide fédéraux faisant l’objet du recours des appelants.

B. *La Financière pouvait-elle procéder à l’arrimage collectif des sommes reçues du gouvernement fédéral dans le cadre des programmes ICP et AID?*

(1) L’interprétation du par. 88(3) du Programme ASRA

[67] Le paragraphe 88(3) du Programme ASRA ne prévoit pas nommément le mode d’arrimage des compensations reçues dans le cadre de programmes d’aide gouvernementaux. Il précise seulement que, à cette fin, La Financière considère « [l]es montants auxquels a droit un adhérent » en vertu de ces programmes.

[68] Les appelants prétendent que l’expression « un adhérent » « vise [. . .] chaque adhérent considéré sur une base individuelle et non l’adhérent fictif de la ferme modèle » (m.a., par. 63). Ils ajoutent que le par. 88(3) doit être lu avec l’art. 2 du Programme ASRA, où le terme « adhérent » est défini comme « une entreprise agricole [. . .] qui adhère au

“a farming business . . . that participates in the Program”. In the appellants’ opinion, s. 88(3) therefore requires individual linkage. Our colleague agrees with them. In her view, the wording of s. 88(3) means that La Financière cannot take account of amounts to which the participant is not entitled.

[69] La Financière replies that s. 88(3) must be interpreted in light of the program as a whole, which is based on the average benchmark farm, and that collective linkage should therefore be the rule.

[70] To begin, we cannot agree with the appellants’ main argument that the words [TRANSLATION] “amounts to which a participant is entitled” mean that La Financière must always link the amounts individually. It is common ground that La Financière has used both collective and individual linkage in the past. In reality, as will be seen below, individual linkage has been the exception rather than the rule. Each time La Financière has linked amounts collectively, it has inevitably penalized participants for amounts to which they were not entitled, as it has in such cases attributed to all participants amounts that were calculated on the basis of what the benchmark farm would have received. An interpretation requiring that amounts be linked individually in every case would conflict with that past practice and would as a result call into question most of the decisions made by La Financière over the past 15 years. It would also put s. 88(3) in conflict with the whole of the ASRA Program, which is based on the collective concept of a benchmark farm. In our opinion, s. 88(3) cannot be interpreted so literally.

[71] Nor, from this point of view, is the concept of double compensation to which our colleague refers (at paras. 115-21) a conclusive interpretive guide for the resolution of this appeal. If the purpose of s. 88(3) of the ASRA Program were to avoid double compensation solely from the perspective of each participant, amounts would have to be linked individually in every case, as the linked amounts would always have to be identical to what each participant received. The evidence shows that this is quite simply not the case. The fact that La Financière has

Programme ». En conséquence, cet article imposerait l’arrimage individuel. Notre collègue leur donnerait raison. Selon elle, le libellé du par. 88(3) fait en sorte que La Financière ne saurait tenir compte de montants auxquels l’adhérent n’a pas droit.

[69] La Financière réplique que le par. 88(3) doit être interprété à la lumière de l’ensemble du programme, qui est basé sur la ferme-type moyenne, de sorte que c’est plutôt l’arrimage collectif qui devrait être la règle.

[70] D’entrée de jeu, nous ne pouvons souscrire à l’argument central des appelants selon lequel l’utilisation de l’expression « montants auxquels a droit un adhérent » signifie obligatoirement que La Financière procède toujours à un arrimage individuel. Tous conviennent que La Financière a procédé à des arrimages tant collectifs qu’individuels par le passé. En réalité, comme nous le verrons, l’arrimage individuel a été l’exception plutôt que la règle. À chaque fois où La Financière a procédé à un arrimage collectif, elle a forcément pénalisé des adhérents pour des montants auxquels ils n’avaient pas droit puisqu’elle a alors attribué à l’ensemble des adhérents des montants calculés sur la base de ce qu’aurait reçu la ferme-type. Une interprétation qui imposerait l’arrimage individuel dans tous les cas se heurterait à ces pratiques passées et aurait ainsi pour effet de remettre en question la plupart des décisions prises par La Financière au cours des 15 dernières années. Cela mettrait également le par. 88(3) en porte-à-faux avec l’ensemble du Programme ASRA, qui est basé sur le concept collectif de ferme-type. Nous estimons qu’une telle interprétation littérale du par. 88(3) ne peut être retenue.

[71] Considéré sous cet angle, le concept de double compensation que relève notre collègue (par. 115-121) ne constitue pas davantage un guide interprétatif concluant pour trancher ce pourvoi. Si l’objectif du par. 88(3) du Programme ASRA était d’éviter la double compensation du seul point de vue de chaque adhérent, l’arrimage individuel s’imposerait dans tous les cas, car les montants arrimés devraient toujours être identiques à ceux reçus par chacun. La preuve établit que ce n’est tout simplement pas le cas. En procédant le plus souvent par

most often linked amounts collectively shows that its purpose has not been to avoid double compensation solely from the perspective of each participant considered individually. The purpose of s. 88(3) is also to account for other income that could have an impact on the financial needs of the average benchmark farm. That is one purpose that La Financière has pursued, as it was free to do.

[72] In our opinion, to determine what meaning should be attributed to this provision of the ASRA Program, it is instead necessary to consider the rules of interpretation set out in the *Civil Code of Québec*. The application of those rules leads to the conclusion that the contract does not require that amounts be linked individually in cases such as this one but, on the contrary, gives La Financière the discretion to decide what linkage method to employ.

[73] Two rules of interpretation are particularly relevant to the identification of the common intention of the parties to the ASRA Program. One of them, set out in art. 1427 *C.C.Q.*, is that each clause of a contract must be interpreted in light of the others so that each is given the meaning that flows from the contract as a whole. To interpret s. 88(3) literally would be to disregard this first rule. The other rule, in art. 1426 *C.C.Q.*, is that, when a court interprets a contract, the interpretation which has already been given to it by the parties or which it may have received, and usage in such matters, are all to be taken into account. Favouring individual linkage would be contrary to this second rule.

[74] Although a reading of s. 88(3) of the ASRA Program in the context of the program as a whole does not eliminate the possibility of linking amounts individually, it does lead to the conclusion that collective linkage must be preferred, as Savard J.A. rightly observed (para. 83). Section 88(3) is in Division XI, entitled [TRANSLATION] “Farm Models”, which is a collective concept. Moreover, ss. 86 and 92 of the ASRA Program clearly state that the net annual income used to calculate the compensation, which includes amounts received from government sources, is that of a “specialized benchmark farm for each of the products or classes of products”.

arrimage collectif, La Financière s’est écartée de l’objectif d’éviter la double compensation du seul point de vue de chaque adhérent pris individuellement. Le paragraphe 88(3) vise tout autant à tenir compte des autres revenus susceptibles d’influencer les besoins financiers de la ferme-type moyenne. C’est un objectif que La Financière a privilégié, comme elle pouvait le faire.

[72] À notre avis, pour déterminer le sens à donner à cette disposition du Programme ASRA, il faut plutôt recourir à l’ensemble des règles d’interprétation prévues au *Code civil du Québec*. L’application de ces règles mène à la conclusion que le contrat n’impose pas l’arrimage individuel dans des cas comme la présente espèce, mais accorde au contraire à La Financière le pouvoir discrétionnaire de décider du mode d’arrimage à privilégier.

[73] Deux règles d’interprétation sont particulièrement utiles pour dégager l’intention commune des parties au Programme ASRA. L’une, à l’art. 1427 *C.c.Q.*, prévoit que les clauses d’un contrat s’interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l’ensemble du contrat. Une interprétation littérale du par. 88(3) ferait abstraction de cette première règle. L’autre, à l’art. 1426 *C.c.Q.*, précise pour sa part que l’on tient compte, dans l’interprétation du contrat, de l’interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu’il peut avoir reçue, ainsi que des usages en semblable matière. Favoriser l’arrimage individuel irait à l’encontre de cette seconde règle.

[74] Si la lecture du par. 88(3) du Programme ASRA à la lumière de l’ensemble de ce programme ne permet pas d’écarter l’application de l’arrimage individuel, elle mène par contre à la conclusion que l’arrimage collectif doit être privilégié, comme le fait remarquer à bon droit la juge Savard (par. 83). Le paragraphe 88(3) figure dans la section XI « Modèles de ferme », soit un concept collectif. Pour leur part, les art. 86 et 92 du Programme ASRA indiquent clairement que le revenu annuel net utilisé pour calculer les compensations, et dont font partie les revenus gouvernementaux, est celui d’une « ferme-type spécialisée pour chacun des produits ou catégories de produits ».

[75] The general structure of the program and the contract as a whole thus support the conclusion that collective linkage is normally required. However, given that La Financière has sometimes linked amounts individually in the past, it will be helpful to consider that past practice in order to determine its scope and any influence it has had in terms of usage. This analysis reveals the limits placed on individual linkage by La Financière.

[76] On this point, the trial judge found that La Financière had in the past linked amounts individually where, as in this case, government assistance had been paid directly to producers. She found that La Financière had linked compensation collectively only where a government agency had paid a single sum to La Financière's ASRA Program fund (paras. 133-34). While it is true that the trial judge was relying on these facts to justify her application of the rule based on the reasonable expectations of the insured, which we are excluding here, past practice remains relevant to the interpretation of the content of the contract because of art. 1426 *C.C.Q.*

[77] With respect, we find that the trial judge made a palpable and overriding error in concluding that in light of past practice, there was a clear correlation between direct payments and individual linkage. The evidence does not establish that amounts paid directly to producers have always been linked individually. Furthermore, the evidence shows that several other considerations have affected the choice of linkage method in the past, the most important being the number of ASRA Program participants that received the amounts to be linked.

[78] In support of her conclusion that amounts had been linked individually [TRANSLATION] "in the case of direct payments to producers", the trial judge listed five programs with the acronyms TISP, FIPP, BSE-7, GOPP and CAIS (para. 134). She referred in this regard to a table prepared by La Financière that showed the past programs and the linkage method used for each of them. It can be seen from the table that FIPP and BSE-7 were a single program,

[75] En conséquence, la structure générale du programme et l'ensemble du contrat appuient la conclusion que l'arrimage collectif est celui qui s'impose normalement. Cependant, comme La Financière a parfois procédé à des arrimages individuels par le passé, il convient de se pencher sur ces pratiques antérieures pour en cerner la portée et, si tant est qu'elles en aient, leur influence au titre des usages. Cette analyse est révélatrice des limites posées à l'arrimage individuel par La Financière.

[76] À ce chapitre, la juge de première instance a conclu que dans les cas où, comme en l'espèce, une aide gouvernementale était versée directement aux producteurs, La Financière procédait par le passé à un arrimage individuel. Selon elle, c'est seulement lorsqu'un ordre de gouvernement versait une somme unique au fonds ASRA de La Financière que celle-ci arrimait les compensations de manière collective (par. 133-134). S'il est vrai que la juge s'appuyait sur ces faits pour appliquer la règle des attentes raisonnables de l'assuré, règle que nous écartons ici, les pratiques passées demeurent pertinentes dans l'interprétation du contenu du contrat en vertu de l'art. 1426 *C.c.Q.*

[77] Avec égards, nous sommes d'avis que la juge a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant que les pratiques passées témoignent d'une adéquation claire entre la nature d'un paiement direct et l'arrimage individuel. En effet, la preuve n'établit pas que les sommes versées directement aux producteurs ont toujours été arrimées de façon individuelle. En outre, la preuve révèle que plusieurs autres considérations ont joué dans le choix du mode d'arrimage par le passé, dont au premier chef, le nombre d'adhérents au Programme ASRA ayant reçu les sommes à arrimer.

[78] À l'appui de sa conclusion selon laquelle l'arrimage a été individuel « [d]ans le cas de paiements directs aux producteurs », la première juge énumère cinq programmes, dont les acronymes sont PATI, PPRRA, ESB-7, PPPCO et PCSRA (par. 134). Elle invoque à cet égard l'existence d'un tableau préparé par La Financière qui décrit les programmes passés et leur mode d'arrimage. À la lecture de ce tableau, on constate que PPRRA et ESB-7 ne font

which means that there have only been four programs in the past in respect of which amounts were linked individually. The table also indicates that, for two of those four programs (TISP/BSE-4 and FIPP/BSE-7), the linkage of amounts was mixed: collective for some products and individual for others. This was confirmed by the testimony of two representatives of La Financière, André Houle and Alain Pouliot. Finally, these two representatives also testified that amounts paid under the CSRA, a provincial program shown in the table prepared by La Financière, which were linked collectively, had been paid in the form of direct payments to producers in accounts opened for individual participants.

[79] This evidence shows that there was no systematic correlation between direct payments to producers and individual linkage. La Financière has already had recourse to collective linkage for several amounts that had been granted directly to producers. It is clear that this has sometimes had the effect of attributing to certain producers income that they had not received.

[80] La Financière adds that there are other considerations that explain decisions made in the past to link amounts individually. The main one is that amounts from programs that benefited a small number of participants were linked individually. The evidence thus shows that it was on this basis that La Financière individually linked amounts received under GOPP and CAIS, the only two programs for which amounts were linked on a strictly individual basis. The evidence also shows that the number of participants that received money was a decisive factor in the choice of individual linkage for certain products in the case of TISP/BSE-4 and FIPP/BSE-7. This was at the very least the case for “Lambs” under FIPP/BSE-7. Mr. Houle’s testimony suggests that it was also the case more generally under those two programs.

[81] It thus appears that the decision to link amounts individually was usually based on the

qu’un, de sorte qu’il n’y a que quatre programmes ayant fait l’objet par le passé d’un arrimage individuel. De plus, le tableau mentionne que pour deux de ces quatre programmes (PATI/ESB-4 et PPRRA/ESB-7), l’arrimage a été mixte : collectif pour certains produits et individuel pour d’autres. Ceci est confirmé par le témoignage de deux représentants de La Financière, André Houle et Alain Pouliot. Enfin, ces deux représentants ont témoigné que les sommes du CSRA, un programme provincial apparaissant au tableau préparé par La Financière et ayant fait l’objet d’un arrimage collectif, ont été versées sous forme de paiement direct aux producteurs dans un compte ouvert pour chaque adhérent.

[79] Ces éléments de preuve écartent toute adéquation systématique entre les paiements directs effectués aux producteurs et l’arrimage individuel. La Financière a déjà arrimé collectivement plusieurs sommes directement allouées aux producteurs. Il est acquis que, parfois, cela a eu pour effet d’imputer à certains producteurs des revenus qu’ils n’avaient pas touchés.

[80] La Financière ajoute que d’autres considérations expliquent la décision de procéder par arrimage individuel par le passé. La principale est la constatation que les programmes dont bénéficiaient un petit nombre d’adhérents ont été arrimés individuellement. La preuve révèle donc que c’est sur cette constatation que s’est basée La Financière pour arrimer individuellement les sommes reçues en vertu du PPPCO et du PCSRA, les deux seuls programmes ayant fait l’objet d’un arrimage purement individuel. Il ressort également de la preuve que le nombre d’adhérents bénéficiaires a été un facteur décisif quant au choix de l’arrimage individuel pour certains produits relatifs au PATI/ESB-4 et au PPRRA/ESB-7. Il en est ainsi à tout le moins pour le produit « Agneaux » dans le cadre du PPRRA/ESB-7. Le témoignage de M. Houle tend à démontrer qu’il en a également été ainsi de façon plus générale dans le cadre de ces deux programmes.

[81] Il appert donc que, le plus souvent, les décisions de procéder à un arrimage individuel étaient

number of participants that received the amounts in question. If by chance only a few participants received a particular government benefit, it would have been unfair to link the amounts collectively, as notional income amounts would have been attributed to many participants who had in fact received nothing at all. In such cases, it was a matter not of there being a difference between the notional amounts and amounts that had actually been received, but of income being attributed where none had even been received.

[82] The evidence therefore establishes that there has never been any correlation in the past between direct payments to producers and individual linkage. It follows that past practice has not been consistent enough to support a conclusion that individual linkage was the appropriate method in this case.

[83] We are therefore of the view that La Financière was under no statutory or contractual obligation to link the amounts individually in this case. Under s. 88(3), La Financière had a discretion in respect of the choice of linkage method. Neither the contract as a whole nor past practice supports a conclusion that one or the other of the two linkage methods had to be employed. In the absence of a provision circumscribing La Financière's powers, s. 88(3), as it read at the relevant time, must be found to have given La Financière the choice of linking the amounts collectively or individually having regard to what was fair in the circumstances and to La Financière's mission. In s. 88(3), La Financière has retained the broad discretion it has under ss. 19 and 22 *AFAQ*. The amendments made to s. 88(3) in November 2008 are not conclusive in this regard. The clarification made in those amendments, to the effect that La Financière will link amounts collectively unless it deems it appropriate to choose another method, corresponds precisely to the proper interpretation of the previous version of s. 88(3), which simply read [TRANSLATION] "amounts to which a participant is entitled". The amendments did not change the terms of the contract; they simply confirmed the meaning of the former version.

fonction du nombre d'adhérents ayant reçu les sommes à arrimer. Si d'aventure, peu d'adhérents recevaient une prestation gouvernementale, il devenait alors inéquitable de procéder à un arrimage collectif, car plusieurs adhérents se seraient vus attribuer un revenu fictif alors qu'ils ne recevaient rien du tout. Il ne s'agit pas dans ces cas d'une différence entre les montants fictifs et réellement perçus mais bien de l'attribution d'un revenu qui n'a jamais même été perçu.

[82] Par conséquent, la preuve établit qu'il n'y a jamais eu par le passé d'adéquation entre le versement direct aux producteurs et l'arrimage individuel. Il s'ensuit que les pratiques passées n'ont pas la constance nécessaire pour permettre de conclure qu'un arrimage individuel était indiqué en l'espèce.

[83] Nous sommes donc d'avis que La Financière n'avait aucune obligation légale ou contractuelle de procéder par arrimage individuel en l'espèce. Aux termes du par. 88(3), La Financière avait un pouvoir discrétionnaire sur le choix du mode d'arrimage. Ni l'ensemble du contrat ni les pratiques passées ne permettent de conclure que l'un ou l'autre mode d'arrimage s'imposait. En l'absence d'un texte balisant les pouvoirs de La Financière, il faut considérer que le par. 88(3), tel qu'il était rédigé au moment des faits en litige, laissait à La Financière le choix de procéder par arrimage collectif ou individuel, selon ce qui était équitable dans les circonstances et compte tenu de sa mission. La Financière a conservé au par. 88(3) les larges pouvoirs discrétionnaires dont elle dispose par ailleurs en vertu des art. 19 et 22 *LFAQ*. La teneur des modifications apportées au par. 88(3) en novembre 2008 n'est pas déterminante à cet égard. La précision apportée par ces modifications voulant que La Financière procèdera à un arrimage collectif sauf si elle juge pertinent de choisir un autre mode d'arrimage, correspond très exactement à l'interprétation qui s'impose de la version antérieure du par. 88(3), qui employait simplement les termes « montants auxquels a droit un adhérent ». Ces modifications n'ont pas changé les modalités du contrat; elles en ont simplement confirmé le sens antérieur.

[84] Given this conclusion, there is no need to apply the *contra proferentem* rule of interpretation, which requires that any difficulties in interpreting a contract of adhesion be resolved in favour of the adhering party (art. 1432 C.C.Q.). That rule is an interpretive mechanism of last resort. In *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 899-900, the Court confirmed that, in Quebec law, the other rules of contractual interpretation (like the rule that each clause of a contract is interpreted in light of the others so that each is given the meaning derived from the act as a whole) take precedence over that of *contra proferentem* (see also *Industrielle, Compagnie d'Assurance sur la Vie v. Bolduc*, [1979] 1 S.C.R. 481, at p. 493).

[85] Moreover, the *contra proferentem* rule would be difficult to apply in the instant case, given that the ASRA Program covers 16,747 participants, only some of whom, like the 137 appellants, were allegedly disadvantaged by La Financière's decision to link the amounts collectively. It would therefore be quite incongruous to seek to interpret the contract in favour of the adhering party given that the many participants in the program have widely varying and sometimes also conflicting interests.

(2) La Financière's Exercise of Its Discretion

[86] That being said, although La Financière had the discretion to link the amounts collectively, it was required to exercise that discretion in accordance with the requirements of good faith and contractual fairness. In our view, the Court of Appeal was right to conclude that La Financière did so here.

[87] The decision to link the amounts collectively was made following extensive consultations with representatives of farm producers. Thus, on June 6, 2007, representatives of La Financière met with members of the Table sur la sécurité du revenu de l'Union des producteurs agricoles ("UPA") to discuss the COPB and Kickstart programs and the appropriate linkage method. We note that the Table

[84] En raison de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle d'interprétation *contra proferentem*, selon laquelle toute difficulté d'interprétation d'un contrat d'adhésion doit être résolue en faveur de l'adhérent (art. 1432 C.c.Q.). Cette règle est une mesure d'interprétation de dernier recours. Dans *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 899-900, la Cour confirme que, en droit québécois, les autres règles d'interprétation contractuelle (comme celle suivant laquelle les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier) ont préséance sur la règle *contra proferentem* (voir aussi *Industrielle, Compagnie d'Assurance sur la Vie c. Bolduc*, [1979] 1 R.C.S. 481, p. 493).

[85] Du reste, la règle *contra proferentem* serait difficilement applicable en l'espèce, car le Programme ASRA couvre 16 747 adhérents, dont seulement certains, comme les 137 appelants, auraient été désavantagés par la décision de La Financière de procéder par arrimage collectif. En conséquence, il serait assez incongru de chercher à interpréter le contrat en faveur de « l'adhérent » compte tenu que les nombreux adhérents au programme ont des intérêts qui varient énormément et qui, au surplus, s'opposent parfois.

(2) L'exercice par La Financière de son pouvoir discrétionnaire

[86] Cela dit, même si La Financière avait le pouvoir discrétionnaire de procéder par arrimage collectif, elle devait l'exercer selon les exigences de la bonne foi et de l'équité contractuelle. À notre avis, la Cour d'appel a eu raison de conclure que c'est ce qu'elle a fait en l'espèce.

[87] La décision de procéder à un arrimage collectif a été adoptée à la suite de consultations d'envergure avec les représentants des producteurs agricoles. Ainsi, le 6 juin 2007, des représentants de La Financière ont rencontré les membres de la Table sur la sécurité du revenu de l'Union des producteurs agricoles (« UPA ») afin de discuter des programmes ICP et AID et de la méthode d'arrimage à privilégier.

sur la sécurité du revenu, an internal UPA committee made up of all presidents of specialized federations whose products are covered by the ASRA Program and of several other presidents of specialized and regional federations, is the body that La Financière generally approaches in order to hold discussions with representatives of farm producers. At the end of that meeting on June 6, 2007, everyone was in agreement that amounts received under the COPB and Kickstart programs would be linked collectively on the basis of the characteristics of the specialized benchmark farm. La Financière's board of directors, which was chaired by the UPA's president and 5 of the 11 members of which represented that organization, subsequently approved that decision to link the amounts collectively.

[88] Furthermore, La Financière had conducted impact simulation studies that showed that most of the program's participants would benefit from its decision to link the amounts collectively. It did not save money in linking them collectively. According to the evidence in the record, linking the amounts collectively cost some \$1,620,472 more in this case than linking them individually would have done.

[89] The evidence also shows that, in the past, individual linkage has been chosen when a small number of ASRA Program participants received the amounts to be linked. In this case, however, this factor favoured collective linkage, given that all ASRA Program participants were eligible to receive amounts under the two federal programs, COPB and Kickstart.

[90] In addition, the evidence shows that another consideration played a major role in La Financière's decision. In this case, unlike with the vast majority of past programs, benefits under the COPB and Kickstart programs were calculated on the basis of overall sales, which included sales of products that were not covered by the ASRA Program. By linking those amounts collectively, La Financière could therefore break down the amounts received

Nous constatons que la Table sur la sécurité du revenu, un comité interne de l'UPA composé de tous les présidents des fédérations spécialisées ayant des produits couverts par le Programme ASRA et d'un certain nombre d'autres présidents de fédérations spécialisées et de fédérations régionales, est l'organisme auquel s'adresse généralement La Financière lorsqu'elle désire tenir des discussions avec les représentants des producteurs agricoles. Or, à l'issue de cette rencontre du 6 juin 2007, tous étaient d'accord pour que les sommes reçues dans le cadre des programmes ICP et AID soient arrimées collectivement, en fonction des caractéristiques de la ferme-type spécialisée. Par la suite, le conseil d'administration de La Financière, qui est présidé par le président de l'UPA et dont 5 des 11 membres représentent cet organisme, a approuvé cette décision de procéder par arrimage collectif.

[88] Par ailleurs, La Financière a réalisé des études de simulation d'impact indiquant que la majorité des adhérents au programme bénéficierait de la décision de La Financière de procéder par arrimage collectif. La Financière n'a pas fait d'économie en procédant à un arrimage collectif. Selon la preuve au dossier, l'arrimage collectif réalisé en l'espèce a coûté quelque 1 620 472 \$ de plus que si un arrimage individuel avait été effectué.

[89] La preuve révèle aussi que, par le passé, le choix de procéder par arrimage individuel a été arrêté quand un petit nombre d'adhérents au Programme ASRA recevait les sommes à arrimer. Dans le présent cas, ce facteur militait au contraire en faveur d'un arrimage collectif, car tous les adhérents au Programme ASRA étaient admissibles à des sommes au titre des deux programmes fédéraux, ICP et AID.

[90] En outre, il ressort de la preuve qu'une autre considération a joué un rôle important dans la décision de La Financière. En l'espèce, contrairement à l'immense majorité des programmes antérieurs, les indemnités provenant des programmes ICP et AID se calculent sur la base de ventes globales, qui portent notamment sur des produits non couverts par le Programme ASRA. Un arrimage collectif de ces sommes permet donc de ventiler par produit les

by the benchmark farm by product and exclude any amounts allocated for products that were not covered by the ASRA Program. It thus avoided penalizing all the participants in that it did not take into account income generated by products that were not covered but were still part of their agricultural operations. Less compensation received under the ASRA Program was deducted if only income from the 10 designated products or classes of products was taken into account. The evidence shows that such an exercise would have been impossible had the amounts been linked individually, because La Financière did not have detailed information about each participant's products for which amounts had been granted under the COPB and Kickstart programs, whereas that information was available in respect of the benchmark farm.

[91] La Financière's choice to link the amounts collectively was quite compatible with the nature of the ASRA Program, which is structured around the concept of the average benchmark farm. By linking them collectively, La Financière favoured the smallest producers, whose allowable net sales were, like those of the benchmark farm, below the caps imposed under the two federal programs. This situation was consistent with La Financière's mission, namely to "support and encourage the development of the agricultural and agro-food sector within the perspective of sustainable development" (s. 3 *AFAQ*).

[92] It is true that La Financière's decision to link the amounts collectively had an adverse effect on the appellants, as the trial judge observed with supporting figures (paras. 68-80). For example, the appellant Ferme Vi-Ber inc. received \$12,240 and \$51,391.30 from the federal government under the COPB and Kickstart programs. Because the amounts were linked collectively, the company was attributed income of \$47,363.34 and \$96,300.65, respectively, under those two programs. As with the other 136 appellants, these were substantial differences as a result of which Ferme Vi-Ber inc. received less compensation than it would have received had the amounts been linked individually. However, this is not enough to support a finding that the decision to link the amounts collectively

montants reçus par la ferme-type et d'exclure les sommes attribuées pour des produits non couverts par le Programme ASRA. Cela permet d'éviter de pénaliser tous les adhérents, étant donné qu'on ne tient pas compte des revenus générés par des produits non couverts mais qui font néanmoins partie de l'exploitation agricole des adhérents. En effet, moins de compensations reçues en vertu du Programme ASRA sont soustraites si on ne considère que les revenus découlant des 10 produits ou catégories de produits désignés. Or, la preuve a établi qu'une telle opération aurait été impossible dans le cadre d'un arrimage individuel, car La Financière ne connaît pas en détail les produits de chaque adhérent qui ont mené à l'octroi de sommes ICP et AID, alors que ces données sont disponibles pour ce qui est de la ferme-type.

[91] Le choix de La Financière de procéder par arrimage collectif s'accorde très bien avec la nature du Programme ASRA, qui est construit autour du concept de la ferme-type moyenne. En retenant l'arrimage collectif, La Financière a favorisé les plus petits producteurs, dont les ventes nettes admissibles sont, comme celles de la ferme-type, inférieures aux plafonds imposés dans le cadre des deux programmes fédéraux. Cette situation de fait est cohérente avec la mission de La Financière qui est de « soutenir et de promouvoir, dans une perspective de développement durable, le développement du secteur agricole et agroalimentaire » (art. 3 *LFAQ*).

[92] Il est vrai que la décision de La Financière de procéder par arrimage collectif a eu des conséquences néfastes sur les appelants, comme l'a fait remarquer la juge de première instance, chiffres à l'appui (par. 68-80). À titre d'exemple, l'appellante Ferme Vi-Ber inc. a reçu du gouvernement fédéral 12 240 \$ et 51 391,30 \$ dans le cadre des programmes ICP et AID. En raison de l'arrimage collectif, cette entreprise s'est vue imputer des revenus de 47 363,34 \$ et 96 300,65 \$ respectivement au titre de ces deux programmes. Tout comme pour les 136 autres appelants, il s'agit d'écarts importants qui ont fait en sorte que Ferme Vi-Ber inc. a reçu des compensations inférieures à ce qu'elle aurait reçu au terme d'un arrimage individuel. Toutefois, cela ne suffit pas pour qualifier la décision de procéder

was unfair or that La Financière did not act in good faith. The ASRA Program is an ongoing program. Producers that are disadvantaged today could very well be advantaged by other decisions in the future. For example, the appellants could be advantaged by a situation in which amounts are linked individually, such as the one alleged to be unfair in *Trépanier*, which Geoffroy J. of the Superior Court refused to find to be invalid (paras. 65-66).

[93] La Financière acted in good faith and took the necessary steps to weigh the impact on participants of the decision to link the amounts collectively in order to ensure that the decision was fair. It is clear that the specific features of each program and the impact on all the participants help determine which linkage method is appropriate. That impact is dependent on a host of variables, including year-to-year fluctuations in allowable net sales, the timing of the establishment of a farming business, an outbreak of disease at a particular time and the production sector that is involved. In the case at bar, La Financière also states that it reduced the contribution rate of hog and piglet producers to minimize the impact of the chosen linkage method for that sector. Indeed, it asked the trial judge to consider this in any award of damages (trial judge's reasons, at paras. 105-6). This clearly shows why, where there is a reasonable explanation for the choice that was made and where there is no evidence of bad faith in the entity's actions, the courts should avoid interfering too hastily in such complex matters.

[94] We conclude that La Financière exercised its contractual powers in accordance with the requirements of good faith and contractual fairness. That being so, it was open to La Financière in fixing the compensation payable to the appellants to choose to link the amounts they had received under the two federal financial assistance programs collectively.

par arrimage collectif d'inéquitable ou de conclure à une absence de bonne foi de La Financière. Le Programme ASRA est permanent. Des producteurs désavantagés aujourd'hui pourraient fort bien être avantagés par d'autres décisions à l'avenir. À titre d'exemple, les appelants pourraient être favorisés par un arrimage individuel tel celui qui était présenté comme inéquitable dans l'affaire *Trépanier*, et que le juge Geoffroy de la Cour supérieure a refusé d'invalider (par. 65-66).

[93] La Financière a agi de bonne foi et pris les mesures nécessaires afin de soupeser l'impact de la décision de procéder par arrimage collectif sur les adhérents, dans le but de s'assurer que cette décision soit équitable. Il est acquis que les particularités de chaque programme et l'impact sur l'ensemble des adhérents influencent la nature de l'arrimage approprié. Cet impact reste tributaire d'une foule de variables, dont les fluctuations des ventes nettes admissibles d'année en année, le moment de la création de l'entreprise agricole, la survenance d'un épisode de maladie à un moment précis et le secteur de production en cause. Dans le cas présent, La Financière affirme d'ailleurs avoir ajusté à la baisse le taux de contribution des producteurs de porcs et de porcelets pour atténuer l'impact de l'arrimage retenu dans ce secteur. Elle a justement demandé à la première juge d'en tenir compte, le cas échéant, dans l'octroi de dommages-intérêts (jugement de première instance, par. 105-106). Cela démontre bien pourquoi, devant une explication raisonnable pour justifier le choix adopté, et en l'absence de preuve de mauvaise foi qui aurait accompagné les agissements de l'entité, les tribunaux doivent éviter d'intervenir trop rapidement dans des matières aussi complexes.

[94] Nous en concluons que La Financière a exercé ses pouvoirs contractuels selon les exigences de la bonne foi et de l'équité contractuelle. Cela étant, elle pouvait choisir d'établir les compensations payables aux appelants sur la base d'un arrimage collectif pour tenir compte des sommes reçues par ces derniers dans le cadre des deux programmes fédéraux d'aide financière.

VI. Disposition

[95] We would therefore dismiss the appeal. Like the Court of Appeal, we would not award costs in light of the relationship between the parties.

English version of the reasons delivered by

[96] CÔTÉ J. (dissenting in part) — Although I agree with my colleagues on the nature of the *Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles*, (2001) 133 G.O. 1, 1336 (“ASRA Program”), and also agree that it is not necessary to apply public law principles to decide the case, I am of the view that the only determinative issue in this case is one of contractual interpretation.

[97] The reason why producers participate in the ASRA Program is simple: they expect no more and no less than to receive the full compensation they are owed in return for paying their contributions. When La Financière agricole du Québec (“La Financière”) deprives them of all or part of the compensation to which they are entitled, *contrary to the express provisions of the contract it has itself imposed on them*, judicial intervention is warranted.

[98] The common intention of the parties, the overall scheme of the ASRA Program and past practices confirm that La Financière contravened the program in deciding to subtract excessively high amounts of notional income from the amounts to which participants were otherwise entitled. It did this not to ensure that participants did not receive double compensation for a single loss, but to redistribute the amounts that were received. The amounts attributed to participants bore no relation to the amounts to which they were entitled under federal programs. La Financière itself admits it knew that, in employing the calculation method it did, it was disregarding the caps specified in those programs.

[99] Regardless of whether the contract is characterized as a contract of insurance or as an innominate contract that falls under both public law and

VI. Dispositif

[95] Nous sommes donc d’avis de rejeter le pourvoi, et ce, sans frais, à l’instar de la Cour d’appel, compte tenu de la relation entre les parties.

Les motifs suivants ont été rendus par

[96] LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) — Bien que je partage l’avis de mes collègues quant à la nature du *Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles*, (2001) 133 G.O. 1, 1336 (« Programme ASRA »), et quant au fait qu’il est inutile de recourir aux principes du droit public pour décider de l’affaire, j’estime cependant que la seule et unique question déterminante en l’espèce en est une d’interprétation contractuelle.

[97] La raison pour laquelle les producteurs adhèrent au Programme ASRA est simple : ils s’attendent, ni plus ni moins, à recevoir la pleine compensation qui leur est due en retour du paiement de leur contribution. Lorsque La Financière agricole du Québec (« La Financière ») les prive de tout ou partie de la compensation à laquelle ils ont droit, *et ce, en contravention des dispositions expresses du contrat qu’elle leur a elle-même imposées*, l’intervention des tribunaux est justifiée.

[98] La commune intention des parties, l’économie générale du Programme ASRA ainsi que les usages passés confirment que La Financière a contrevenu au Programme ASRA en décidant de soustraire des montants auxquels les adhérents avaient par ailleurs droit des revenus fictifs exagérément élevés. La Financière a procédé ainsi non pas afin d’éviter que ses adhérents soient doublement compensés pour une même perte, mais afin de redistribuer les sommes reçues. Les montants imputés étaient sans lien avec ceux auxquels ses adhérents avaient droit dans le cadre de programmes fédéraux. Du propre aveu de La Financière, elle savait que la méthode de calcul privilégiée faisait fi des plafonds prévus par ces programmes.

[99] Que le contrat soit qualifié ou non de contrat d’assurance, qu’il soit un contrat innomé relevant à la fois du droit public et du droit privé, le résultat est

private law, the result is the same. It is true that the appellants participated voluntarily in the ASRA Program, but insofar as that program involves a contract of adhesion imposed by La Financière, that is, a contract that is not negotiated with participants, I find that the characterization makes no difference. If there is any ambiguity, it must be resolved in favour of the adhering party in accordance with art. 1432 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). The rule of interpretation of reasonable expectations adds nothing to the existing rules of interpretation.

[100] In my opinion, the appeal should therefore be allowed, but only in part.

I. Background

[101] The appellants are all participants in the ASRA Program administered by La Financière. The purpose of the program is to guarantee them a positive net annual income for certain products (s. 1). When the market price of a covered product is lower than production costs, a participant is entitled to compensation from the Fonds d’assurance stabilisation des revenus agricoles (“Fund”). Participants pay a third of the total contributions to the Fund, and La Financière pays two thirds (s. 80). The amount of a participant’s contribution may be reviewed annually (s. 6).

[102] The compensation to which a participant is entitled is determined on the basis of the participant’s volume of insurable products. It does not depend on the participant’s particular financial situation but is instead based on the performance of a [TRANSLATION] “specialized benchmark farm” for each of the products. It corresponds to the difference between the benchmark farm’s net annual income and stabilized annual income multiplied by the participant’s volume of insurable products, that is, the number of units of products marketed by the participant:

[TRANSLATION] The net annual income essentially corresponds to the earnings of the specialized benchmark farm, a description of which in relation to each insurable

le même. Les appelants ont certes adhéré volontairement au Programme ASRA mais dans la mesure où il s’agit d’un contrat d’adhésion imposé par La Financière, c’est-à-dire non négocié avec ses adhérents, la qualification ne fait à mon avis aucune différence. À supposer qu’il existe ambiguïté, celle-ci doit être résolue en faveur de l’adhérent suivant l’art. 1432 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). La règle d’interprétation des attentes raisonnables n’ajoute rien aux règles d’interprétation déjà existantes.

[100] Partant, il y a lieu selon moi d’accueillir l’appel, mais en partie seulement.

I. Contexte

[101] Les appelants sont tous des adhérents au Programme ASRA administré par La Financière. Ce programme vise à leur garantir un revenu annuel net positif pour certains produits (art. 1). Lorsque le prix du marché d’un des produits couverts est inférieur aux coûts de production, l’adhérent a droit à une compensation payée par le Fonds d’assurance stabilisation des revenus agricoles (« Fonds »). L’adhérent verse au Fonds une contribution équivalente au tiers des contributions totales versées; les deux tiers sont assumés par La Financière (art. 80). Le montant de la contribution de l’adhérent peut être revu annuellement (art. 6).

[102] La détermination du montant de la compensation auquel l’adhérent a droit se fait en fonction de son volume de produits assurables. Elle ne dépend pas de sa situation financière particulière, mais plutôt de la performance de la « ferme-type spécialisée » pour chacun des produits. Elle correspond à la différence entre le revenu annuel net et le revenu annuel stabilisé de la ferme-type multiplié par le volume de produits assurables de l’adhérent, soit le nombre d’unités de produits qu’il met en marché :

Le revenu annuel net correspond essentiellement aux résultats de la ferme-type spécialisée, dont la description propre à chaque produit assurable se trouve au tableau 4

product is set out in Table 4 of section 86. The net annual income is determined by La Financière agricole on the basis of an economic study of a specialized benchmark farm for each product (or secondary product) covered by the Asra Program (s. 87). For each unit of an insurable product, it corresponds to annual receipts minus cash disbursements and depreciation, which are determined as specified in the Asra Program (ss. 86 to 88 and 91).

The stabilized net annual income is also determined for each unit of a product covered by the Asra Program after consultation with the representatives of farming businesses (ss. 2 and 89). Technically, it is calculated as a percentage (ranging between 70% and 90%, depending on the product) of the “average annual regular salary of a skilled worker” (or a portion of that salary ranging between 0.38 and 1.35), which was fixed at \$42,461 in 2000 (and indexed thereafter). [Emphasis in original; footnote omitted.]

(Court of Appeal’s reasons, 2014 QCCA 1886, at paras. 24-26 (CanLII))

[103] It sometimes happens that during the year, as in this case, additional amounts from other government agencies are paid to individual participants, as opposed to a situation where a global amount is paid to La Financière. These are amounts to which participants are personally entitled. The ASRA Program expressly authorizes La Financière to take such amounts into account in its calculations to ensure that participants do not receive double compensation for a single loss (s. 88). The problem here is whether La Financière can, in performing its calculations, totally disregard the amounts that were actually received or whether it can consider notional amounts where the amounts were granted to participants individually.

[104] In 2007, the federal government established two programs to provide assistance to Canadian farming businesses: the Cost of Production Benefit (“COPB”) program and the AgriInvest Kickstart (“Kickstart”) program. At issue in this case is the linkage between those programs and the ASRA Program. Under the programs in question, amounts

de l’article 86. Il est établi par la Financière agricole sur la base d’une étude économique d’une ferme-type spécialisée propre à chacun des produits (ou sous-produits) couverts par le Programme Asra (art. 87). Il correspond, pour chaque unité d’un produit assurable, aux recettes annuelles diminuées des déboursés monétaires et de la dépréciation, dont les modalités de détermination sont énoncées au Programme Asra (art. 86 à 88 et 91).

Le revenu annuel net stabilisé est également établi pour chaque unité d’un produit couvert par le Programme Asra, après consultation des représentants des entreprises agricoles (art. 2 et 89). Techniquement, il est calculé sur la base d’un pourcentage (variant selon le produit entre 70 et 90 %) du « salaire régulier annuel moyen de l’ouvrier spécialisé » (ou d’une portion de celui-ci, variant entre 0.38 et 1.35), fixé en 2000 à 42 461 \$ (et indexé par la suite). [Souligné dans l’original; note en bas de page omise.]

(Motifs de la Cour d’appel, 2014 QCCA 1886, par. 24-26 (CanLII))

[103] Il arrive qu’en cours d’année, comme c’est le cas en l’espèce, l’adhérent reçoive individuellement — par opposition à une somme globale versée à La Financière — des montants additionnels de la part d’autres organismes gouvernementaux. Il s’agit de montants auxquels l’adhérent a personnellement droit. En vertu des dispositions expresses du Programme ASRA, La Financière peut en tenir compte dans son calcul afin d’éviter que l’adhérent ne soit compensé en double pour une même perte (art. 88). La difficulté réside ici dans la question de savoir si La Financière peut faire complètement abstraction des montants réellement reçus dans le cadre de son calcul ou si elle peut considérer des montants fictifs lorsque les montants sont individuellement alloués à l’adhérent.

[104] En 2007, le gouvernement fédéral a mis sur pied deux programmes afin de venir en aide aux entreprises agricoles canadiennes : le programme Indemnité pour coûts de production (« ICP ») et le programme Agri-investissement (démarrage) (« AID »). L’arrimage de ces programmes avec le Programme ASRA fait l’objet du présent litige. En vertu de ces

were paid directly to producers and were allocated to each producer individually, although La Financière was responsible for administering them in Quebec. Each program imposed a cap on allowable net sales (“ANS”) above which participants could not be compensated. The maximum amounts of ANS were set at \$450,000 (\$12,240 per producer) for the COPB program and \$3 million (\$96,000 per producer) for the Kickstart program.

[105] La Financière decided to take this direct federal assistance into account by considering the amounts the benchmark farm would theoretically have received for each product. It dealt with those amounts as if they constituted a global sum that had been paid to it and that it could redistribute as it saw fit. The federal assistance was taken into account in calculating the benchmark farm’s stabilized income in light of the characteristics of that farm, including its ANS. The resulting figure was then multiplied, for each participant, by the number of units of insurable product.

[106] The parties characterized this approach as [TRANSLATION] “collective linkage”. Under it, the caps imposed by these programs on the insurance coverage of ASRA Program participants were completely disregarded. The evidence shows that the effect of this “linkage” method was to subtract from the compensation otherwise owed to many participants amounts higher than what they had actually received in federal benefits.

[107] In some cases, there was a huge difference between the amounts participants actually received and the amounts that were attributed to them. For example, Ferme Vi-Ber received a COPB benefit of \$12,240 but had \$47,363.34 subtracted from the compensation owed to it under the ASRA Program. In the case of Alfred Couture Limitée, there was an even greater difference between the amount it actually received and the COPB amount that was attributed to it. Even though its assistance under the COPB program was capped at \$12,240, La Financière attributed \$94,170.38 to it. Similar

programmes, les sommes sont versées directement aux producteurs et sont attribuées à chacun d’eux individuellement, et ce, bien que leur administration ait été confiée à La Financière au Québec. Chaque programme prévoit un plafond de ventes nettes admissibles (« VNA ») au-delà duquel l’adhérent ne peut être compensé. Le montant maximum des VNA pour les fins du programme ICP est établi à 450 000 \$ (12 240 \$ par producteur) et à 3 000 000 \$ (96 000 \$ par producteur) pour la contribution du programme AID.

[105] La Financière a décidé de tenir compte de cette aide fédérale directe en considérant les montants que la ferme-type aurait théoriquement reçus par produit. Elle a traité ces montants comme s’il s’agissait d’une somme globale qui lui avait été versée et dont elle pouvait procéder à la redistribution à sa guise. En effet, l’aide fédérale a été considérée dans le cadre du calcul du revenu stabilisé de la ferme-type à la lumière des caractéristiques propres de celle-ci, dont ses VNA. Le chiffre obtenu à la suite de ce calcul a ensuite été multiplié pour chaque adhérent par unité de produit assurable.

[106] Cette façon de procéder a été qualifiée par les parties d’« arrimage collectif ». Elle ignore complètement les plafonds imposés par chacun des programmes sur la couverture d’assurance des adhérents du programme ASRA. La preuve démontre que cette méthode d’« arrimage » a eu pour effet de retrancher des compensations qui étaient autrement dues à plusieurs adhérents des sommes supérieures à ce que ces derniers avaient réellement reçu à titre d’indemnité fédérale.

[107] Dans certains cas, l’écart entre les montants effectivement reçus et les montants imputés était astronomique. Par exemple, Ferme Vi-Ber inc., qui a reçu 12 240 \$ en indemnité ICP, s’est vu retrancher 47 363,34 \$ de la compensation totale qui lui était due en vertu du Programme ASRA. Dans le cas d’Alfred Couture Limitée, l’écart entre le montant réellement reçu et le montant d’ICP imputé est encore plus grand. En effet, bien que son aide en vertu du programme ICP ait été plafonnée à 12 240 \$, Alfred Couture Limitée s’est vu imputer par La Financière un montant de 94 170,38 \$. Des écarts

differences could be seen in relation to the Kickstart program. Thus, Ferme Vi-Ber received a Kickstart benefit of \$51,391.30 in its AgriInvest account, but La Financière attributed \$96,300.65 to it. The amount attributed to Inter Agro inc., \$800,146.49, was completely out of proportion to the \$96,000.00 it received: trial judge's reasons, 2012 QCCS 284, at paras. 70 and 78 (CanLII).

[108] The appellants contest the linkage method applied by La Financière and the resulting reduction in their compensation. They argue that La Financière not only disregarded s. 88(3) of the ASRA Program, but also diverted it from its purpose, which is simply to avoid double compensation, not to deprive them of compensation they are otherwise owed.

[109] In my view, the appellants are right.

II. Analysis

[110] Over time, the federal government has multiplied its initiatives designed, *inter alia*, to better respond to the realities of the agricultural sector. Each of these initiatives has its own characteristics and could result in double compensation if it is not properly taken into account, which is why s. 88(3) of the ASRA Program was adopted:

[TRANSLATION]

88. The following items shall be taken into account in calculating annual receipts:

. . .

3° Any amounts to which a participant is entitled on the basis of the volume of marketed products and secondary products and that are granted by government agencies in the form of price compensation for the insurable product or under a government farm business risk management program.

similaires peuvent être observés en ce qui concerne le programme AID. Ainsi, Ferme Vi-Ber, qui a reçu une contribution de démarrage de 51 391,30 \$ dans son compte Agri-investissement, s'est vu imputer un montant de 96 300,65 \$ par La Financière. Dans le cas d'Inter Agro inc., le montant imputé, soit 800 146,49 \$ est sans commune mesure avec le montant reçu, à savoir, 96 000,00 \$: motifs de la juge de première instance, 2012 QCCS 284, par. 70 et 78 (CanLII).

[108] Les appelants contestent la méthode d'arrimage privilégiée par La Financière et la réduction de leur compensation qui en a résulté. Ils reprochent à La Financière d'avoir non seulement fait fi du par. 88(3) du Programme ASRA mais également de l'avoir détourné de sa finalité — laquelle vise simplement à éviter la double compensation et non à les priver de la compensation qui leur était par ailleurs due.

[109] J'estime que leur prétention est fondée.

II. Analyse

[110] Au fil du temps, les interventions fédérales se sont multipliées, notamment afin de mieux répondre à la réalité du milieu agricole. Chacune de ces interventions a ses particularités et est susceptible de donner lieu à une double compensation si elle n'est pas adéquatement prise en compte, d'où l'adoption du par. 88(3) du Programme ASRA :

88. Les éléments qui entrent dans le calcul des recettes annuelles sont les suivants :

. . .

3° Les montants auxquels a droit un adhérent en fonction du volume de production et des sous-produits mis en marché si ces montants sont accordés par des organismes gouvernementaux à titre d'indemnité de prix pour le produit assurable ou en vertu d'un programme gouvernemental de gestion des risques d'entreprise agricole.

[111] I agree that La Financière must, in administering the ASRA Program, be able to adjust its stabilization insurance initiatives on the basis of the various measures that are adopted by other government agencies on an *ad hoc* or recurring basis. However, it must do so in accordance with the provisions of the ASRA Program, including s. 88(3).

[112] As La Financière itself admits, there are limits on its ability to adjust to the initiatives of other granting organizations and to take into account the amounts to which participants are entitled under other programs. Once the ASRA Program had been adopted, La Financière had to comply with the rules of the game it had itself established. Although the limits are not numerous, they do exist. It goes without saying that La Financière must in all circumstances treat the participants fairly and act in good faith, but it must also comply with the ASRA Program's express provisions.

[113] In the case of amounts received directly from other granting organizations that can be considered to be annual receipts, La Financière's discretion is expressly limited. Section 88(3) of the ASRA Program provides that, in calculating annual receipts, La Financière must take into account [TRANSLATION] "[a]ny amounts to which a participant is entitled on the basis of the volume of marketed products and secondary products".

[114] In this case, La Financière's conduct is problematic from two points of view: the purpose of s. 88(3) and its wording.

A. *Purpose of Section 88(3): To Avoid Double Compensation*

[115] In its factum and at the hearing in this Court, La Financière acknowledged that the purpose of s. 88(3) is to avoid double compensation for a single loss. Its representatives also acknowledged this in their testimony. When, as in this case, the federal government grants and pays a specific amount

[111] Je reconnais que dans l'administration du Programme ASRA, La Financière doit pouvoir ajuster ses interventions en assurance stabilisation en fonction des différentes mesures — ponctuelles et récurrentes — qui sont adoptées par d'autres organismes gouvernementaux. Mais elle doit le faire en conformité avec les dispositions du Programme ASRA, dont le par. 88(3).

[112] Comme l'admet elle-même La Financière, sa capacité à s'adapter aux interventions des autres organismes subventionnaires et à tenir compte des montants auxquels l'adhérent a droit en vertu d'autres programmes est assujettie à certaines limites. Une fois le Programme ASRA adopté, La Financière doit respecter les règles du jeu qu'elle a elle-même fixées. Ces limites ne sont pas nombreuses, mais elles existent. Il va de soi que La Financière doit, en toutes circonstances, traiter ses cocontractants équitablement et agir de bonne foi, mais elle doit aussi respecter les dispositions expresses du Programme ASRA.

[113] En ce qui concerne les sommes reçues directement d'autres organismes subventionnaires pouvant être considérées comme des recettes annuelles, la discrétion de La Financière est expressément limitée. Le paragraphe 88(3) du Programme ASRA prévoit en effet que dans le calcul des recettes annuelles, La Financière tient compte des « montants auxquels a droit un adhérent en fonction du volume de production et des sous-produits mis en marché ».

[114] En l'espèce, la conduite de La Financière pose problème sous deux aspects : la finalité du par. 88(3) et son libellé.

A. *La finalité du par. 88(3) : Éviter la double compensation*

[115] Dans son mémoire ainsi qu'à l'audience devant la Cour, La Financière a reconnu que la finalité du par. 88(3) était d'éviter la double compensation pour une même perte. Ses représentants ont également fait de même lors de leur témoignage. Lorsqu'un montant précis est alloué et versé

directly to a participant, the linkage must be based on that amount.

[116] By applying s. 88(3) to attribute excessively high notional amounts to some participants, La Financière diverted that provision from its purpose. La Financière used s. 88(3) not to avoid double compensation but to arbitrarily reduce the compensation to which many participants would otherwise have been entitled under the ASRA Program.

[117] Although s. 88(3) authorizes La Financière to ensure that participants do not receive double compensation, it does not permit La Financière to attribute notional amounts to some participants *in order to overcompensate other participants for policy reasons*. In other words, La Financière deprived some participants of the compensation they were owed *in order to add to the compensation paid to others*. Thus, not only did the chosen linkage method not make it possible to avoid double compensation, it also prevented many participants from receiving the full compensation to which they were entitled under the ASRA Program. That full compensation is the very reason why participants choose to participate in that program.

[118] That decision is particularly troubling for participants, who, since they are unable to negotiate the terms of the ASRA Program, must be able to rely on the program's provisions to determine whether it is in their interest to participate. While it is true that La Financière's mission is broad, that mission does not authorize it to subvert the purpose of the ASRA Program by assuming a discretion it does not have. La Financière's mission does not authorize it to penalize its participants for participating in other programs.

[119] To maintain, as my colleagues do, that the only purpose of s. 88(3) is "to account for other income that could have an impact on the financial needs of the average benchmark farm" (para. 71) amounts to giving La Financière an absolute discretion that the words of s. 88(3) do not authorize. This

directement à un adhérent par le gouvernement fédéral, comme c'est le cas en l'espèce, c'est en lien avec ce montant que l'arrimage doit se faire.

[116] En s'appuyant sur le par. 88(3) pour imputer à certains adhérents des montants fictifs exagérément élevés, La Financière a détourné cette disposition de sa finalité. En effet, elle a utilisé le par. 88(3) non pas pour éviter une double compensation, mais pour réduire de façon arbitraire la compensation à laquelle plusieurs de ses adhérents avaient par ailleurs droit en vertu du Programme ASRA.

[117] Si le par. 88(3) permet à La Financière d'éviter qu'un adhérent soit doublement compensé, il ne lui permet pas d'imputer à certains adhérents des montants fictifs *afin d'en surcompenser d'autres pour des considérations de politique générale*. En d'autres mots, La Financière a privé certains adhérents de la compensation qui leur était due *afin d'ajouter à la compensation des autres*. Ainsi, non seulement la méthode d'arrimage choisie n'a pas permis d'éviter la double compensation, mais elle a également empêché plusieurs adhérents de recevoir la pleine compensation à laquelle ils avaient droit en vertu du Programme ASRA. Cette pleine compensation est la raison même pour laquelle les adhérents choisissent de participer à ce programme.

[118] Cette décision est particulièrement inquiétante pour les adhérents qui, à défaut de pouvoir en négocier les conditions, doivent pouvoir se fier aux dispositions du Programme ASRA afin de déterminer s'ils ont ou non intérêt à y participer. S'il est vrai que la mission dont est investie La Financière est large, cette mission ne l'autorise pas à détourner la finalité du Programme ASRA afin de s'arroger une discrétion qu'elle n'a pas. Elle n'autorise pas La Financière à pénaliser ses adhérents pour leur participation à d'autres programmes.

[119] Soutenir, comme le font mes collègues, que le par. 88(3) ne vise qu'à « tenir compte des autres revenus susceptibles d'influencer les besoins financiers de la ferme-type moyenne » (par. 71) revient à conférer à La Financière une discrétion absolue que le libellé du par. 88(3) n'autorise pas. Suivant ce

line of reasoning implies that La Financière can disregard the inherent limits of federal programs in order to redistribute amounts, even notional ones.

[120] La Financière admits, at para. 14 of its factum, that the purpose of s. 88(3) is to avoid double compensation in respect of the amounts to which farming businesses that participate in the ASRA Program are entitled:

[TRANSLATION] Given that farming businesses that participate in ASRA can also benefit from federal farm income support programs, the Respondent is required to take amounts to which a participant would be entitled under those programs into account in order to avoid double compensation. This follows from s. 88, s. 86 second para. and the definition of “annual receipts” set out in s. 2 of ASRA, which are quoted above. [Emphasis added.]

[121] The proposition that the double compensation to which the parties refer is not the double compensation of an individual participant also contradicts the trial judge’s conclusion concerning the purpose of s. 88(3): paras. 21, 54 and 98. My colleagues identify no palpable or overriding error in this regard.

B. *Stipulations of the Contract*

[122] It is true that the ASRA Program is primarily collective in nature, since its goal is to pay compensation for decreases in the income of insured businesses that is based on receipts and expenses calculated using a benchmark farm model. In other words, it does not necessarily cover each participant’s individual losses. It is also true that La Financière has some discretion as regards the data it can take into account for the general purposes of its calculations. Section 87 provides that La Financière can adjust and fix the [TRANSLATION] “net annual income on the basis of statistical studies or of any other data it deems relevant”. However, that section does not authorize it to disregard the provisions of the ASRA Program, including the specific provision on how amounts received from other government agencies are to be taken into account.

raisonnement, La Financière peut faire abstraction des limites intrinsèques aux programmes fédéraux et procéder à une redistribution de sommes mêmes fictives.

[120] Au paragraphe 14 de son mémoire, La Financière admet que le par. 88(3) vise à éviter la double compensation des sommes auxquelles les entreprises agricoles qui adhèrent au Programme ASRA ont droit :

Vu que les entreprises agricoles qui adhèrent à l’ASRA peuvent également bénéficier des programmes fédéraux de soutien du revenu agricole, il est prévu que l’Intimée tienne compte des sommes auxquelles aurait droit un adhérent en vertu de ces programmes afin d’éviter une double indemnisation. C’est ce qui découle des articles 88, 86 deuxième alinéa et de la définition de « recettes annuelles » de l’article 2 de l’ASRA précités. [Je souligne.]

[121] La proposition selon laquelle la double compensation dont font mention les parties ne vise pas la double compensation de l’adhérent individuel va également à l’encontre de la conclusion à laquelle est arrivée la juge de première instance quant à la finalité du par. 88(3) : par. 21, 54 et 98. Mes collègues n’identifient aucune erreur manifeste ou déterminante à cet égard.

B. *Les stipulations du contrat*

[122] Il est vrai que le Programme ASRA revêt un caractère principalement collectif, puisqu’il vise à compenser les baisses de revenus des entreprises assurées selon les recettes et dépenses élaborées à partir d’un modèle de ferme-type. En d’autres mots, il ne couvre pas nécessairement les pertes individuelles de chaque adhérent. Il est également vrai que La Financière exerce une certaine discrétion quant aux données qu’elle peut prendre en considération dans le cadre général de son calcul. En effet, l’art. 87 prévoit qu’elle peut ajuster et fixer le « revenu annuel net en fonction d’études statistiques ou en fonction d’autres données qu’elle juge pertinentes ». Cette disposition n’autorise toutefois pas La Financière à passer outre aux dispositions du Programme ASRA, notamment la disposition précise qui traite de la façon dont les sommes reçues d’autres organismes gouvernementaux doivent être prises en compte.

[123] Section 88(3) gives La Financière the power to take into account [TRANSLATION] “amounts to which a participant is *entitled*” under a program of another granting organization. This means that La Financière cannot be penalized by a participant’s decision not to participate in such a program. On the other hand, La Financière may not penalize a participant for amounts to which he or she is not entitled owing to the inherent limits of those other programs. For example, it cannot take into account amounts to which a participant is not entitled owing to caps imposed by such programs. Whatever linkage method is chosen, La Financière must take the characteristics of the programs into account when amounts are granted under them to its participants on an individual basis. If it disregards the inherent limits of those programs and if the amounts attributed to participants bear no relation to the amounts they actually received, it is in breach of its contractual obligations.

[124] In the past, as to the Canadian Agricultural Income Stabilization program (“CAIS program”), the only other program that imposed caps, La Financière linked amounts individually. Section 88(4), which deals with the consideration of amounts obtained under the CAIS program, also refers to amounts to which a participant is *entitled*:

[TRANSLATION]

88. The following items shall be taken into account in calculating annual receipts:

. . . .

4° An amount that represents the amount to which the participant is entitled, for the insurance year or part of the insurance year, on the basis of deemed participation at a coverage level of 100% in the Canadian Agricultural Income Stabilization (CAIS) program divided by two thirds.

However, the amount to which the participant is entitled for the purposes of this calculation may not exceed two thirds of the difference between the participant’s production margin and the participant’s CAIS program reference margin.

[123] Le paragraphe 88(3) confère à La Financière le pouvoir de tenir compte des « montants auxquels a droit un adhérent » en vertu d’un programme mis en place par un autre organisme subventionnaire. En conséquence, La Financière ne saurait être pénalisée par la décision d’un adhérent de ne pas participer à un de ces programmes. En revanche, La Financière ne peut pénaliser un adhérent pour des montants auxquels il n’a pas droit en raison des limites intrinsèques de ces autres programmes. Ainsi, La Financière ne saurait tenir compte de montants auxquels un adhérent n’a pas droit, en raison par exemple de plafonds établis par ces programmes. Elle doit tenir compte, peu importe la méthode d’arrimage choisie, des caractéristiques propres à ces programmes lorsque ceux-ci attribuent individuellement des sommes à ses adhérents. Lorsque La Financière fait abstraction des limites intrinsèques de ces programmes et que les sommes imputées n’ont aucun lien avec les sommes réellement reçues, elle contrevient à ses obligations contractuelles.

[124] D’ailleurs, pour le Programme canadien de stabilisation du revenu agricole (« PCSRA »), seul autre programme prévoyant également des plafonds, La Financière a par le passé procédé par voie d’arrimage individuel. Le libellé du par. 88(4) qui traite de la prise en compte des montants obtenus en vertu du PCSRA renvoie lui aussi à la notion de montants auquel l’adhérent a *droit* :

88. Les éléments qui entrent dans le calcul des recettes annuelles sont les suivants :

. . . .

4° Le montant qui représente la somme à laquelle a droit l’adhérent en vertu d’une participation réputée à un niveau de couverture de 100 % au Programme canadien de stabilisation du revenu agricole (PCSRA) divisée par deux tiers, et ce, à l’égard de l’année ou d’une partie de l’année d’assurance.

Toutefois, la somme à laquelle a droit l’adhérent pour les fins de ce calcul ne peut dépasser les deux tiers de la différence entre la marge de production du participant et sa marge de référence PCSRA.

[125] More importantly, by referring to a “participant”, s. 88(3) requires La Financière to take into account the amounts that were actually received. The term “participant” (*adhérent*) is defined in s. 2 of the ASRA Program as [TRANSLATION] “a farming business, or any group of farming businesses that is recognized as eligible by the Program, that participates in the Program”. This definition refers to an individual participant in the ASRA Program, not to a “benchmark farm”, just as the definition of “annual receipts” (*recettes annuelles*), also in s. 2, refers to [TRANSLATION] “compensation, subsidies or grants obtained during the year from government agencies”, not to notionally attributed amounts that bear no relation to the amounts paid directly to the participant.

[126] In this case, La Financière did not take the impact of the caps under the COPB and Kickstart programs into account, because the benchmark farm’s ANS were lower than those caps. If it had taken those caps into account, the difference between the amounts that were actually received and the attributed amounts would have been considerably smaller. Instead, it subtracted amounts in respect of some producers that represented up to 700.95 percent (Inter Agro inc.) of the amounts to which they were otherwise entitled under the ASRA Program. La Financière disregarded the amounts that had actually been received.

[127] The evidence also shows that, where amounts have been granted directly to a producer under another program in the past, La Financière has never used a linkage method — whether collective or individual — that had the effect of negating the compensation to which participants were entitled by attributing amounts that disregarded the inherent limits of those programs. La Financière’s choice in the appellants’ cases is therefore also inconsistent with its past practices.

[128] This was the conclusion reached by the trial judge, and I see no reason to intervene in this regard:

[125] Plus important encore, en référant à la notion d’« adhérent », le par. 88(3) exige que La Financière tienne compte des montants réellement reçus. Le terme « adhérent » est en effet défini à l’art. 2 du Programme ASRA comme étant « une entreprise agricole, ou tout groupement d’entreprises agricoles que le Programme reconnaît comme admissible, qui adhère au Programme ». Cette définition vise l’adhérent, à titre individuel, au Programme ASRA et non le concept de ferme-type, tout comme la définition de « recettes annuelles », également à l’art. 2, fait référence aux « compensations, subventions ou octrois venant d’organismes gouvernementaux obtenus durant l’année » et non à des sommes fictivement imputées et qui n’ont rien à voir avec les montants directement versés à l’adhérent.

[126] En l’espèce, La Financière n’a pas tenu compte de l’impact des plafonds prévus par les programmes ICP et AID parce que les VNA de la ferme-type ne les atteignaient pas. Si elle avait pris ces plafonds en considération, l’écart entre les montants effectivement reçus et ceux imputés aurait été considérablement réduit. Certains producteurs se sont plutôt vu déduire des montants allant jusqu’à 700,95 p. 100 (Inter Agro inc.) du montant auquel ils avaient par ailleurs droit en vertu du Programme ASRA. La Financière a fait abstraction des montants réellement reçus.

[127] De plus, il ressort par ailleurs de la preuve que dans le cas de sommes directement allouées à un producteur dans le cadre d’un autre programme, jamais la méthode d’arrimage appliquée dans le passé par La Financière — collective ou individuelle — n’a eu pour effet de faire échec à l’indemnisation à laquelle avaient droit les adhérents en imputant des montants qui faisaient abstraction des limites intrinsèques à ces programmes. Le choix de La Financière dans les dossiers des appelants est donc également en porte-à-faux avec ses pratiques passées.

[128] C’est la conclusion à laquelle est parvenue la juge de première instance et je suis d’avis qu’il n’y a pas lieu d’intervenir à cet égard :

[TRANSLATION] La Financière agricole argues that it has a discretion to decide what method to use in linking amounts. It is right. However, its discretion must be exercised in accordance with the terms of the program (or the conditions of the contract) and in a reasonable manner.

In this case, the linkage method chosen by La Financière agricole was not reasonable, because it was not consistent with the terms of the program that was in force in 2007 and because it was not fair.

By using the benchmark farm model to collectively link the assistance provided by the federal government under the COPB and AgriInvest Kickstart programs, La Financière agricole transposed the effect of the cap on ANS to the insurable volume and thereby indirectly reduced the insurance coverage. Producers whose ANS exceeded \$450,000 under COPB and \$3 million under AgriInvest Kickstart were penalized, as their compensation was significantly reduced.

La Financière agricole also attributed to participants that had received Kickstart benefits under the AgriInvest program the value of the contributions they would have had to pay to obtain the equivalent of those grants in ASRA compensation even though no contributions were required from them under the federal program.

The court is of the opinion that La Financière agricole did not exercise its discretion reasonably when it decided to link the amounts collectively. It should have linked them individually, because the collective approach created distortions that were too great and that unfairly penalized many participants.

Those distortions were foreseeable. The representatives of La Financière agricole who testified before the court admitted that the decision to link the amounts collectively was one of policy and that La Financière agricole had made the choice to favour certain producers to the detriment of others. In doing so, it breached its contractual and statutory obligations to the plaintiffs. It acted arbitrarily.

Some producers benefited from having the amounts linked collectively, as the reduction in their compensation was lower than the amounts they had received, but

La Financière agricole prétend qu'elle a discrétion pour décider de la méthode d'arrimage. Elle a raison. Cependant, son pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec les paramètres du programme (ou les conditions du contrat) et de manière raisonnable.

En l'espèce, la méthode d'arrimage choisie par La Financière agricole n'était pas raisonnable parce qu'elle ne respectait pas les paramètres du programme qui était en vigueur en 2007 et qu'elle n'était pas équitable.

En utilisant le modèle des fermes-types pour faire l'arrimage collectif de l'aide offerte par le gouvernement fédéral dans le cadre des programmes ICP et Agri-investissement (démarrage), La Financière agricole a transposé l'effet de plafonnement des VNA au niveau du volume assurable et a ainsi indirectement réduit la couverture d'assurance. Les producteurs dont les VNA excédaient 450 000 \$ en ICP et 3 M\$ en Agri-investissement (démarrage) ont été pénalisés parce que leurs compensations ont été réduites de manière significative.

La Financière agricole a également attribué aux adhérents qui ont reçu une contribution démarrage dans le cadre du programme Agri-investissement la valeur de la contribution qu'ils auraient dû verser pour obtenir l'équivalent de cette subvention en compensation ASRA, et ce, même si aucune contribution n'était exigée de leur part dans le cadre du programme fédéral.

Le tribunal est d'opinion que La Financière agricole n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable lorsqu'elle a décidé de procéder à un arrimage collectif. Elle aurait dû procéder à un arrimage individuel parce qu'un arrimage collectif donnait lieu à des distorsions trop importantes et pénalisait injustement de nombreux adhérents.

Ces distorsions étaient prévisibles. Les représentants de La Financière agricole ont admis, quand ils ont témoigné devant le tribunal, que la décision de procéder à un arrimage collectif était politique et qu'elle avait fait le choix d'avantager certains producteurs au détriment de d'autres. En agissant de la sorte, elle n'a pas respecté ses obligations contractuelles et légales envers les demandresses. Elle a agi de manière arbitraire.

Pour certains producteurs, la méthode de l'arrimage collectif a été avantageuse parce que la réduction de leurs compensations a été moins élevée que les sommes qu'ils

for others, the reduction was greater than the amounts they had received.

In the former case, participants benefited from double compensation, while in the latter, the participants were not fully compensated for the insured loss despite the terms of the contract.

When all is said and done, the linkage method chosen by La Financière agricole had the effect of creating two classes of participants, which is discriminatory. Moreover, in many cases, it did not contribute to avoiding double compensation, while in others, it prevented participants from receiving the compensation provided for in the contract, which is improper. [Emphasis added; paras. 161-70.]

[129] What is problematic in this case is that La Financière's action had the effect of overcompensating certain participants to the detriment of the others, that it disregarded the impact of the caps under the federal programs on the insurance coverage of participants and that the amounts it ultimately attributed bore no relation to the amounts that had actually been received, not that it chose a particular linkage method.

[130] Finally, the federal programs in question in this case can be distinguished from most such programs that have existed in the past, given that they involve amounts granted directly to producers and not a global amount. My intention is therefore to call into question not, as my colleagues suggest, most of the decisions made by La Financière over the past 15 years, but only the decision it made in this case.

[131] Before concluding, I should say a few words about the amendment La Financière made to s. 88(3) in November 2008, namely the addition of the following paragraph ((2009) 141 G.O. 1, 51, s. 21):

[TRANSLATION] Those amounts shall be determined on the basis of the characteristics of the benchmark farm described in Table 4 unless La Financière agricole considers it appropriate to add the amounts actually received by each participant to the annual receipts, having regard to the specific terms of payment for each government initiative.

ont reçues, mais pour d'autres, la réduction a été plus élevée que les sommes qu'ils ont reçues.

Dans le premier cas de figure, les adhérents ont bénéficié d'une double indemnisation alors que, dans le second cas de figure, la perte assurée n'a pas été totalement indemnisée malgré les termes du contrat.

En définitive, la méthode d'arrimage choisie par La Financière agricole a eu pour effet de créer deux catégories d'adhérents, ce qui est discriminatoire. En outre, dans nombre de cas, elle n'a pas permis d'éviter la double indemnisation et dans d'autres, elle n'a pas permis aux adhérents de recevoir l'indemnisation prévue au contrat, ce qui est abusif. [Je souligne; par. 161-170.]

[129] En l'espèce, c'est le fait que La Financière a agi d'une manière qui a eu pour effet de surcompenser certains adhérents au détriment des autres, qu'elle a fait abstraction de l'impact des plafonds prévus aux programmes fédéraux sur la couverture d'assurance des adhérents et que les sommes imputées au final n'avaient rien à voir avec les sommes réellement reçues qui pose problème et non le choix d'une méthode d'arrimage particulière.

[130] Enfin, le présent cas se distingue de la plupart des programmes fédéraux ayant existé dans le passé, et ce, dans la mesure où il s'agit ici de sommes allouées directement aux producteurs et non d'une somme globale. Je n'entends donc pas, comme le suggèrent mes collègues, remettre en question la plupart des décisions prises par La Financière au cours des 15 dernières années, mais seulement la décision qu'elle a prise en l'instance.

[131] Avant de conclure, il y a lieu de dire quelques mots à propos de la modification apportée par La Financière au par. 88(3) en novembre 2008 afin d'ajouter l'alinéa suivant ((2009) 141 G.O. 1, 51, art. 21) :

Ces montants sont déterminés en fonction des caractéristiques de la ferme-type décrite au tableau 4 à moins que La Financière agricole ne juge pertinent d'ajouter aux recettes annuelles les montants réellement reçus par chacun des adhérents compte tenu des modalités spécifiques de paiement prévues pour chacune des interventions gouvernementales.

[132] According to the rules of interpretation, it must be presumed that that amendment served a useful purpose and gave La Financière a discretion it did not previously have: art. 1425 *C.C.Q.* If, however, as La Financière argues, the amendment was made simply to clarify the meaning of s. 88(3), this would confirm that there was an ambiguity. Any ambiguity that may have existed before the amendment was made must be resolved in favour of the adhering party, since this is a contract of adhesion: art. 1432 *C.C.Q.*

[133] Although it is true that the ASRA Program has 16,747 participants and that the interests of the participants may vary, they all expect to receive the fair compensation they are owed. As well, it would not be reasonable for all of them to expect to be favoured to the detriment of the others. In this case, to interpret the contract in favour of the “adhering party” simply means to interpret it such that La Financière cannot use notional amounts to deprive a participant of all or part of the compensation to which it is entitled.

III. Conclusion

[134] For these reasons, I would therefore allow the appeal in part.

[135] In my view, the trial judge’s award should be reduced by subtracting from it, as suggested by La Financière, an amount equal to the contributions the appellants would have had to pay in exchange for higher compensation.

[136] It would indeed be unfair for the compensation to be increased without taking into account the amount of the related contributions the participants would ordinarily have been required to pay had it not been for La Financière’s decision. The evidence adduced on this point is uncontradicted, and it indicates that, if the amounts had been linked individually, the appellants would, once the additional contributions were subtracted, have been entitled to \$7,489,323.59, not \$14,901,559.55.

[132] En vertu des règles d’interprétation, il faut présumer que cette modification a eu un effet utile et qu’elle a conféré à La Financière une discrétion dont elle ne disposait pas jusqu’alors : art. 1425 *C.c.Q.* Si toutefois, comme le soutient La Financière, il ne s’agissait simplement que d’une précision apportée au par. 88(3) afin d’en clarifier le contenu, cela confirmerait qu’il y avait ambiguïté. Or, toute ambiguïté qui pouvait exister avant l’adoption de ladite modification doit être résolue en faveur de l’adhérent, puisque nous sommes en présence d’un contrat d’adhésion : art. 1432 *C.c.Q.*

[133] Certes, le Programme ASRA regroupe 16 747 adhérents et les intérêts de ces derniers peuvent varier, mais tous s’attendent à recevoir la juste compensation qui leur est due. Également, tous ne peuvent raisonnablement s’attendre à être avantagés au détriment des autres. Interpréter le contrat en faveur de l’« adhérent », en l’espèce, signifie simplement interpréter le contrat de manière à ce que La Financière ne puisse le priver de tout ou partie de la compensation à laquelle il a droit en raison de sommes fictives.

III. Conclusion

[134] Pour ces motifs, je suis donc d’avis d’accueillir l’appel en partie.

[135] Il y a lieu, selon moi, de réduire le montant de la condamnation ordonnée par la juge de première instance en retranchant de celui-ci, comme le suggère La Financière, la somme équivalant aux contributions que les appelants auraient dû verser en contrepartie de compensations plus élevées.

[136] Il serait en effet injuste que les compensations accordées soient bonifiées sans tenir compte du montant des contributions afférentes à celles-ci qu’auraient normalement dû payer les adhérents, n’eût été la décision de La Financière. La preuve soumise sur ce point n’a pas été contredite et indique que si un arrimage individuel avait été effectué, le montant auquel auraient eu droit les appelants, une fois les contributions additionnelles déduites, se serait élevé à 7 489 323,59 \$ et non à 14 901 559,55 \$.

Appeal dismissed, CÔTÉ J. dissenting in part.

Solicitors for the appellants: Beauvais Truchon, Québec; Paradis, Lemieux, Francis, Bedford, Québec.

Solicitor for the respondent: La Financière agricole du Québec, Lévis.

Pourvoi rejeté, la juge CÔTÉ est dissidente en partie.

Procureurs des appelants : Beauvais Truchon, Québec; Paradis, Lemieux, Francis, Bedford, Québec.

Procureur de l'intimée : La Financière agricole du Québec, Lévis.

Michel Lafortune, Ferme J. Latendresse inc., Ferme du Rio inc., François Landry, Johanne Clément and Patrice St-Jean, carrying on business as Ferme Johatrice enr., Ferme Guy Laurin inc., Ferme Raymond Coutu et Fils inc., Ferme Gérald Charbonneau et Fils inc., Ferme Yvan Bélanger inc., Fermes Mario Gagnon inc., Ferme Gérard Riopel inc., Ferme Claudal inc., Ferme Pierre Clermont S.E.N.C., Michaël Clermont, Entreprises Bernard Denis Gilles inc., Bernard Perreault et Fils inc., Ferme A. Riopel inc., Diane and Marcel Pelletier, Ferme Panelia S.E.P., Ferme Normand Marsolais inc., Philippe Desjardins, Guil-Porcs inc., Ferme Claude Forget inc., Jacques Clermont, Angèle Grégoire, Ferme Luc et Estelle Forget inc., Ferme Guy Mercier inc., Ferme Luc Loranger inc., L.Y. Gagnon inc., Ferme Porcine JGFB inc., Ferme LJD Dalpé inc., Ferme Jacques Sanscartier S.E.N.C., Daniel Beauchamp, 9011-1246 Québec inc., Ferme Roger Ménard (1981) inc., Ferme Pierre Mercier 1991 inc., Jean Marc Henri inc., Germain Chayer inc., Marc Lavallée, Ferme Richard Desjardins inc., Ferme Robert Desrosiers et Fils inc., Serge Venne inc., Ferme G.D.Y. inc., Réjean Villemaire and Jules Villemaire, carrying on business as Ferme Boporc enr., 9151-3069 Québec inc., Ferme 4538 inc., Ferme Gérald Beauregard et ass. S.E.N.C., Ferme Porcine Jagari inc., Porcherries R.G. D'Amours inc., Ferme Boporc S.E.N.C., Ferme Vermado inc., Murielle Bergeron and Jeannot Alarie, carrying on business as Ferme Porktam enr., Monique Nepveu, Stéphanie Benoit and Réjean Benoit, carrying on business as Ferme Benoît et Nepveu enr., Jean-Guy Lecours, Ferme Supier S.E.N.C., Ferme Porcine Isidore Roy S.E.N.C., Jacques Descôteaux, Vincent Demers and Micheline Racine, carrying on business as Ferme Agro Ray-Mi enr., Ferme Charles Charrette et Fils inc., Ferme Familiporc inc., Ferme Horizon de Coaticook

Michel Lafortune, Ferme J. Latendresse inc., Ferme du Rio inc., François Landry, Johanne Clément et Patrice St-Jean, faisant affaires sous la raison sociale Ferme Johatrice enr., Ferme Guy Laurin inc., Ferme Raymond Coutu et Fils inc., Ferme Gérald Charbonneau et Fils inc., Ferme Yvan Bélanger inc., Fermes Mario Gagnon inc., Ferme Gérard Riopel inc., Ferme Claudal inc., Ferme Pierre Clermont S.E.N.C., Michaël Clermont, Entreprises Bernard Denis Gilles inc., Bernard Perreault et Fils inc., Ferme A. Riopel inc., Diane et Marcel Pelletier, Ferme Panelia S.E.P., Ferme Normand Marsolais inc., Philippe Desjardins, Guil-Porcs inc., Ferme Claude Forget inc., Jacques Clermont, Angèle Grégoire, Ferme Luc et Estelle Forget inc., Ferme Guy Mercier inc., Ferme Luc Loranger inc., L.Y. Gagnon inc., Ferme Porcine JGFB inc., Ferme LJD Dalpé inc., Ferme Jacques Sanscartier S.E.N.C., Daniel Beauchamp, 9011-1246 Québec inc., Ferme Roger Ménard (1981) inc., Ferme Pierre Mercier 1991 inc., Jean Marc Henri inc., Germain Chayer inc., Marc Lavallée, Ferme Richard Desjardins inc., Ferme Robert Desrosiers et Fils inc., Serge Venne inc., Ferme G.D.Y. inc., Réjean Villemaire et Jules Villemaire, faisant affaires sous la raison sociale Ferme Boporc enr., 9151-3069 Québec inc., Ferme 4538 inc., Ferme Gérald Beauregard et ass. S.E.N.C., Ferme Porcine Jagari inc., Porcherries R.G. D'Amours inc., Ferme Boporc S.E.N.C., Ferme Vermado inc., Murielle Bergeron et Jeannot Alarie, faisant affaires sous la raison sociale Ferme Porktam enr., Monique Nepveu, Stéphanie Benoit et Réjean Benoit, faisant affaires sous la raison sociale Ferme Benoît et Nepveu enr., Jean-Guy Lecours, Ferme Supier S.E.N.C., Ferme Porcine Isidore Roy S.E.N.C., Jacques Descôteaux, Vincent Demers et Micheline Racine, faisant affaires sous la raison sociale Ferme Agro Ray-Mi enr., Ferme Charles Charrette et Fils inc., Ferme Familiporc inc., Ferme Horizon

inc., Ferme Porcine M.V. inc., Ferme Porcine Bellevue inc., Ferme Porcine & Avicole Viens inc., Porcherie du Ruisseau inc., Ferme Diane R. et Victor Blais S.E.N.C., Ferme Les Lucioles inc., Réal Labrecque and Hélène Lamontagne, Porcherie du Vallon S.E.N.C., Ferme Vilamon S.E.N.C., Porcherie André Desrosiers inc., Ferme Porcine Marjoland inc., 9170-6788 Québec inc., Porcs Martineau inc., Ferme La Cajolerie inc., Ferme Maurice Parent inc., Suzanne Perreault & Armand Landry, Ferme Yvon Perreault inc., Ferme Pic Rouge inc., Ferme Moriseau S.E.N.C., Ferme Porcine de Beauce inc., Élevages Quali-Porc S.E.N.C., Ferme du Patrimoine Théberge inc., Ferme Moffette inc., 9143-6022 Québec inc., Ferme 296 inc., Ferme Berporc inc., Ferme André Veilleux et Fils enr. S.E.N.C., Daniel Paradis, carrying on business as Ferme Parielle enr., Ferme Vachon et ass. S.E.N.C., Ferme Porcine Le Siclaune S.E.N.C., Michel Jolicoeur, Ferme Raygica inc., F. Porcine Audesse inc., Ferme Porcine du Boisé inc., Ferme Migi S.E.N.C., Ferme Céguy inc., Perfo-Porc inc., Ferme Jolima inc., Gilles Dufault, Ferme R. Charest et Fils inc., Ferme François Labbé S.E.N.C., Ferme Porcine Denis Nadeau inc., Porcherie Marigro inc., Léandre Labrecque, Ferme Andeline division porcine inc., 9015-4683 Québec inc., Élevages du Ruisseau inc., Ferme Daniel Roussin inc., Ferme Gilbert Grenier inc., Robert Delage, Porcheries Chanca inc., Ferme Triporc inc., Stéphane Wolfe, Ferme Maxsiporc S.M. inc., Ferme Michel Vallée et Fils inc., Ferme Labbé et Fils inc., Ferme Marcel Grenier inc., Ferme Clermont Labrecque et Fils inc., Ferme Noël Fortin et Fils inc., Ferme Georges Parent et Fils inc., Ferme L. et S. Fortin inc., Ferme Roch Gosselin inc., Richard F. Lefebvre inc., Ferme Lorge inc., Ferme Jo-Ray inc., Ferme Porcine Dajo S.E.N.C., Ferme Yves Grondin et Fils inc., Ferme Sylvain Cloutier et Fils

de Coaticook inc., Ferme Porcine M.V. inc., Ferme Porcine Bellevue inc., Ferme Porcine & Avicole Viens inc., Porcherie du Ruisseau inc., Ferme Diane R. et Victor Blais S.E.N.C., Ferme Les Lucioles inc., Réal Labrecque et Hélène Lamontagne, Porcherie du Vallon S.E.N.C., Ferme Vilamon S.E.N.C., Porcherie André Desrosiers inc., Ferme Porcine Marjoland inc., 9170-6788 Québec inc., Porcs Martineau inc., Ferme La Cajolerie inc., Ferme Maurice Parent inc., Suzanne Perreault & Armand Landry, Ferme Yvon Perreault inc., Ferme Pic Rouge inc., Ferme Moriseau S.E.N.C., Ferme Porcine de Beauce inc., Élevages Quali-Porc S.E.N.C., Ferme du Patrimoine Théberge inc., Ferme Moffette inc., 9143-6022 Québec inc., Ferme 296 inc., Ferme Berporc inc., Ferme André Veilleux et Fils enr. S.E.N.C., Daniel Paradis, faisant affaires sous la raison sociale Ferme Parielle enr., Ferme Vachon et ass. S.E.N.C., Ferme Porcine Le Siclaune S.E.N.C., Michel Jolicoeur, Ferme Raygica inc., F. Porcine Audesse inc., Ferme Porcine du Boisé inc., Ferme Migi S.E.N.C., Ferme Céguy inc., Perfo-Porc inc., Ferme Jolima inc., Gilles Dufault, Ferme R. Charest et Fils inc., Ferme François Labbé S.E.N.C., Ferme Porcine Denis Nadeau inc., Porcherie Marigro inc., Léandre Labrecque, Ferme Andeline division porcine inc., 9015-4683 Québec inc., Élevages du Ruisseau inc., Ferme Daniel Roussin inc., Ferme Gilbert Grenier inc., Robert Delage, Porcheries Chanca inc., Ferme Triporc inc., Stéphane Wolfe, Ferme Maxsiporc S.M. inc., Ferme Michel Vallée et Fils inc., Ferme Labbé et Fils inc., Ferme Marcel Grenier inc., Ferme Clermont Labrecque et Fils inc., Ferme Noël Fortin et Fils inc., Ferme Georges Parent et Fils inc., Ferme L. et S. Fortin inc., Ferme Roch Gosselin inc., Richard F. Lefebvre inc., Ferme Lorge inc., Ferme Jo-Ray inc., Ferme Porcine Dajo S.E.N.C., Ferme Yves Grondin et Fils inc., Ferme Sylvain Cloutier et Fils

inc., Richard Cloutier, Ferme Freddy Lefebvre inc., Ferme R&R Fortin inc., Ferme Mario Breton inc., Ferme Porvicole inc., Ferme Gérard Labrecque et Fils inc., Porcherie L.G.R.B. inc., Ferme Louis et Manon Coutu inc., Ferme Louber S.E.N.C., Ferme La Porc-Tée, Ferme Justin Fortin inc., Ferme Clément et Gaétan Pichette S.E.N.C., Ferme Damilie-Porcs inc., Ferme J.P.L. inc., Lemonde et Fils inc., Alain Laflamme, Ferme Porcs 2000, S.N.C., Ferme Céligervic et Fils S.E.N.C., Ferme M.Y. Turgeon inc., Jean-Guy Charrette, Ferme Jules Fortin & Fils inc., Ferme Mario Gagné enr., Ferme Claude Turgeon inc., Ferme Daniel Samson S.E.N.C., J. et R. Perreault inc., Ferme A.M.Y. Martin inc., Ferme Porcine J.P.S.D., Élevages du Haut St-Laurent inc., 9150-0561 Québec inc., Ferme Dinelle et Fils ltée, Rojotal inc., Ferme Pordor inc., Ferme Exporc inc., Entreprises Daniel Corbeil inc., Ferme Neubois inc., Pierre Riopel, 9150-8689 Québec inc., Florent Venne inc., Ferme C.P. Venne inc., Ferme Lucie et Sylvain Perreault enr. S.E.N.C., Serge Perreault, Ferme Michel Rochon inc., Ferme Marc-André et Alain Forget S.E.P., Ferme Ribeaporc inc., 9025-5340 Québec inc., Jean Lauzon, Jean-Claude Lauzon and François Lauzon, carrying on business as Ferme Lauzon et Fils enr., Ferme MRJ inc., Meloporc inc., Ferme Ami-Porc inc., 9157-1844 Québec inc., 2538-8430 Québec inc., 9002-8069 Québec inc., 9043-3616 Québec inc. (Ferme Olivier Lépine), Ferme M. Mercier et Fils inc., Gestion Gilles Chayer inc., Ferme Porcine St-Roch inc., 9137-3597 Québec inc., Ferme D'en Bas inc., Ferme Gérard Gagnon et Fils inc., L'Archevesque et Mercier inc., 9088-0725 Québec inc., Porcs 2007 inc., Ranch Macandi S.N.C. S.E.N.C., Roger Chabot, Ferme Holyster S.E.N.C., 9054-2861 Québec inc., Ferme Jocko S.E.N.C., Ferme des Anciens du Cordon inc.,

inc., Richard Cloutier, Ferme Freddy Lefebvre inc., Ferme R&R Fortin inc., Ferme Mario Breton inc., Ferme Porvicole inc., Ferme Gérard Labrecque et Fils inc., Porcherie L.G.R.B. inc., Ferme Louis et Manon Coutu inc., Ferme Louber S.E.N.C., Ferme La Porc-Tée, Ferme Justin Fortin inc., Ferme Clément et Gaétan Pichette S.E.N.C., Ferme Damilie-Porcs inc., Ferme J.P.L. inc., Lemonde et Fils inc., Alain Laflamme, Ferme Porcs 2000, S.N.C., Ferme Céligervic et Fils S.E.N.C., Ferme M.Y. Turgeon inc., Jean-Guy Charrette, Ferme Jules Fortin & Fils inc., Ferme Mario Gagné enr., Ferme Claude Turgeon inc., Ferme Daniel Samson S.E.N.C., J. et R. Perreault inc., Ferme A.M.Y. Martin inc., Ferme Porcine J.P.S.D., Élevages du Haut St-Laurent inc., 9150-0561 Québec inc., Ferme Dinelle et Fils ltée, Rojotal inc., Ferme Pordor inc., Ferme Exporc inc., Entreprises Daniel Corbeil inc., Ferme Neubois inc., Pierre Riopel, 9150-8689 Québec inc., Florent Venne inc., Ferme C.P. Venne inc., Ferme Lucie et Sylvain Perreault enr. S.E.N.C., Serge Perreault, Ferme Michel Rochon inc., Ferme Marc-André et Alain Forget S.E.P., Ferme Ribeaporc inc., 9025-5340 Québec inc., Jean Lauzon, Jean-Claude Lauzon et François Lauzon, faisant affaires sous la raison sociale Ferme Lauzon et Fils enr., Ferme MRJ inc., Meloporc inc., Ferme Ami-Porc inc., 9157-1844 Québec inc., 2538-8430 Québec inc., 9002-8069 Québec inc., 9043-3616 Québec inc. (Ferme Olivier Lépine), Ferme M. Mercier et Fils inc., Gestion Gilles Chayer inc., Ferme Porcine St-Roch inc., 9137-3597 Québec inc., Ferme D'en Bas inc., Ferme Gérard Gagnon et Fils inc., L'Archevesque et Mercier inc., 9088-0725 Québec inc., Porcs 2007 inc., Ranch Macandi S.N.C. S.E.N.C., Roger Chabot, Ferme Holyster S.E.N.C., 9054-2861 Québec inc., Ferme Jocko S.E.N.C., Ferme des Anciens du Cordon

Ferme Ti-Noir et Fils inc., Fémiporc S.E.N.C., Élevages du Bas Ste-Anne inc., Porcs N&M inc., 9084-9183 Québec inc., Vercoporc inc., Ferme Porclair S.E.N.C., Élevages Porcins de Beauce S.E.N.C., Ferme J. Arsenault inc., Entreprises Rémy Laterreur inc., Rémy Laterreur, Porcherie Lavoie-Hébert inc., Ferme 321 S.E.N.C., Ferme Pied de la Côte inc., Ferme A.B. inc., Ferme d'élevage V.B. inc., Ferme Vallons J.S.C. inc., Ferme Julien Breton S.E.N.C., Ferme Enick inc., 9165-4327 Québec inc., 9076-1776 Québec inc., Élevages Boporc inc., 2429-8457 Québec inc., Bruno Breton, Meunerie J.M.B. S.E.N.C., Gestion Lido inc., Élevages Porcyb inc., Pro-Porc inc., Élevages M.R. inc., Ferme André et Lucie Roy inc., Dion et Fils inc., Ferme Denis et Louis Dion S.E.N.C., Ferme S.G.T. inc., Ferme Prolific inc., Ferme D.F. Cyr S.E.N.C., Ferme G.O.B. inc., 9081-5317 Québec inc., Ferme Porcité inc., Lait Porcité inc., Moulée M-Trihe inc., Ferme Jonoit inc., Fermes C. Hamelin et Fils inc., Ferme B.T. Hugi inc., Techni-Porc inc., Ferme Germain Lefebvre inc., Élevages Porc-Val S.E.N.C., Ferme André Breton inc., Bersyporc inc., Entreprises R.N. Larose inc., Ferme Normand Coulombe inc., Ferme Thérèse et René Amireault S.E.N.C., Ferme G.C. et Fils inc., Ferme S.M. Ménard inc., Ferme Jo-Porcinet inc., 9055-8321 Québec inc. (Ferme Marie-Jo Dalpé), 3092-7404 Québec inc., Ferme Arbic et Fils inc., 9000-5281 Québec inc., Ferme C.L. Mercier inc., Ferme Clément et Doris Bournival inc., Ferme L. et P.N. Thériault inc., Gaston (J.G.) Cournoyer, M. & F. Proteau S.E.N.C., Porcheries du Button Itée, Ferme Amoporc inc., Clémence Bergeron, Maraîchers de St-Gilles 1991 S.E.N.C., Ferme Porc-Saint S.E.N.C., Ferme Aldo inc., Ferme Mavibel, Ferme Gilles Blais et Fils inc., Ferme Martin Routhier, Élevages Dion inc., Trans Porcité inc., Ferme Émigie inc., Fermes Porcines Hamelin inc., Porcherie

inc., Ferme Ti-Noir et Fils inc., Fémiporc S.E.N.C., Élevages du Bas Ste-Anne inc., Porcs N&M inc., 9084-9183 Québec inc., Vercoporc inc., Ferme Porclair S.E.N.C., Élevages Porcins de Beauce S.E.N.C., Ferme J. Arsenault inc., Entreprises Rémy Laterreur inc., Rémy Laterreur, Porcherie Lavoie-Hébert inc., Ferme 321 S.E.N.C., Ferme Pied de la Côte inc., Ferme A.B. inc., Ferme d'élevage V.B. inc., Ferme Vallons J.S.C. inc., Ferme Julien Breton S.E.N.C., Ferme Enick inc., 9165-4327 Québec inc., 9076-1776 Québec inc., Élevages Boporc inc., 2429-8457 Québec inc., Bruno Breton, Meunerie J.M.B. S.E.N.C., Gestion Lido inc., Élevages Porcyb inc., Pro-Porc inc., Élevages M.R. inc., Ferme André et Lucie Roy inc., Dion et Fils inc., Ferme Denis et Louis Dion S.E.N.C., Ferme S.G.T. inc., Ferme Prolific inc., Ferme D.F. Cyr S.E.N.C., Ferme G.O.B. inc., 9081-5317 Québec inc., Ferme Porcité inc., Lait Porcité inc., Moulée M-Trihe inc., Ferme Jonoit inc., Fermes C. Hamelin et Fils inc., Ferme B.T. Hugi inc., Techni-Porc inc., Ferme Germain Lefebvre inc., Élevages Porc-Val S.E.N.C., Ferme André Breton inc., Bersyporc inc., Entreprises R.N. Larose inc., Ferme Normand Coulombe inc., Ferme Thérèse et René Amireault S.E.N.C., Ferme G.C. et Fils inc., Ferme S.M. Ménard inc., Ferme Jo-Porcinet inc., 9055-8321 Québec inc. (Ferme Marie-Jo Dalpé), 3092-7404 Québec inc., Ferme Arbic et Fils inc., 9000-5281 Québec inc., Ferme C.L. Mercier inc., Ferme Clément et Doris Bournival inc., Ferme L. et P.N. Thériault inc., Gaston (J.G.) Cournoyer, M. & F. Proteau S.E.N.C., Porcheries du Button Itée, Ferme Amoporc inc., Clémence Bergeron, Maraîchers de St-Gilles 1991 S.E.N.C., Ferme Porc-Saint S.E.N.C., Ferme Aldo inc., Ferme Mavibel, Ferme Gilles Blais et Fils inc., Ferme Martin Routhier, Élevages Dion inc., Trans Porcité inc., Ferme Émigie inc., Fermes Porcines Hamelin inc., Porcherie

**Maka inc., 9038-7747 Québec inc.,
Vincent Paquette, Élevages C.J.R. des
Moulanges S.E.N.C., Ferme Farly S.E.N.C.
and Ferme des Milot inc. Appellants**

v.

La Financière agricole du Québec
Respondent

**INDEXED AS: LAFORTUNE v. FINANCIÈRE AGRICOLE
DU QUÉBEC**

2016 SCC 35

File No.: 36210.

2015: December 10; 2016: July 29.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Agriculture — Farm income stabilization — Compensation — Calculation method — Legal framework applicable to Quebec’s Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles — Participants in program contesting method for calculating compensation payments that was adopted by La Financière agricole du Québec on basis of economic and statistical study — Whether program is contract and, if so, whether it is subject to rules applicable to contract of insurance within meaning of Civil Code of Québec — Whether trial judge erred in refusing to award damages to program’s participants for alleged injury related to compensation that was paid — Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles, (2001) 133 G.O. 1, 1336, ss. 86, 87.

The appellants are hog and piglet producers who were participants in the *Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles* (“ASRA Program”) administered by La Financière agricole du Québec (“La Financière”). The ASRA Program, which is described in the companion appeal, *Ferme Vi-Ber inc. v. Financière agricole du Québec*, 2016 SCC 34, [2016] 1 S.C.R. 1032, is designed to protect participants who are producers of 10 products or classes of products designated as “insurable”, including hogs and piglets, from having their income drop below a level defined in advance by La Financière. That

**Maka inc., 9038-7747 Québec inc.,
Vincent Paquette, Élevages C.J.R. des
Moulanges S.E.N.C., Ferme Farly S.E.N.C.
et Ferme des Milot inc. Appellants**

c.

La Financière agricole du Québec
Intimée

**RÉPERTORIÉ : LAFORTUNE c. FINANCIÈRE AGRICOLE
DU QUÉBEC**

2016 CSC 35

N° du greffe : 36210.

2015 : 10 décembre; 2016 : 29 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Agriculture — Stabilisation des revenus agricoles — Compensation — Mode de calcul — Cadre juridique applicable au Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles du Québec — Adhérents au programme contestant le mode de calcul des compensations payables retenu par La Financière agricole du Québec qui s’appuie sur une étude économique et statistique — Le programme est-il un contrat et, dans l’affirmative, est-il régi par les règles applicables aux contrats d’assurance au sens du Code civil du Québec? — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en refusant d’octroyer des dommages-intérêts aux adhérents au programme pour le préjudice allégué quant aux compensations versées? — Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles, (2001) 133 G.O. 1, 1336, art. 86, 87.

Les appelants sont des producteurs de porcs et de porcelets ayant adhéré au *Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles* (« Programme ASRA ») administré par La Financière agricole du Québec (« La Financière »). Le Programme ASRA, décrit dans le pourvoi connexe *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 34, [2016] 1 R.C.S. 1032, a comme objectif de protéger les adhérents qui participent à la production de 10 produits ou catégories de produits désignés comme « assurables », dont les porcs et les porcelets, contre une baisse de leurs revenus sous un seuil préalablement défini

level is reached where the net annual income of an average benchmark farm is less than the stabilized net annual income. Studies of production costs are conducted from time to time to adjust the net annual income of a benchmark farm and ensure that the compensation granted to participants reflects marketplace realities. The Groupe de recherche en économie et politique agricole of Université Laval was retained to conduct one such study in 2002.

In the years from 2006 to 2008, the appellants suffered financial losses and were surprised that this was the case, as they believed that the ASRA Program was supposed to guarantee them a positive annual income. They instituted an action in damages against La Financière in the Superior Court; in it, they submitted that the ASRA Program should be characterized as a contract of insurance within the meaning of the *Civil Code of Québec* and that the process that had been followed and the statistical and accounting methods that had been used in the economic study to calculate their compensation payments had yielded an unfair result. They argued that the compensation they had received was neither sufficient nor consistent with their reasonable expectations as parties to a contract of insurance. The Superior Court dismissed the appellants' claim. It held that the ASRA Program is not a contract of insurance, that La Financière's decisions were fair and that it had employed appropriate methods in making them. The Court of Appeal upheld that judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The ASRA Program is not a contract of insurance but simply an innominate contract that is subject to the general rules of private law. The rules governing the interpretation of the ASRA Program are the same ones that apply to any other contract, and in particular those set out in arts. 1425 to 1432 of the *Civil Code of Québec*. For the purpose of determining whether the decisions made by La Financière in performing its obligations and exercising its contractual powers are lawful, the applicable standards are good faith and contractual fairness. The public interest and the social objective being pursued by the government, which acts as a party to the contract, must also be considered both in interpreting the scope of the powers and rights under the contract and in determining whether the decisions made by the government authority in exercising those powers are lawful. It is this legal framework, not the rules applicable to contracts of insurance under the *Civil Code of Québec*, that applies to the ASRA Program.

Even if the ASRA Program was characterized as a contract of insurance, that would have no bearing on the

par La Financière. Ce seuil est atteint lorsque le revenu annuel net d'une ferme-type moyenne est inférieur au revenu annuel net stabilisé. Une étude portant sur les coûts de production est réalisée périodiquement pour ajuster le revenu annuel net de la ferme-type et veiller à ce que les compensations accordées aux adhérents reflètent bien la réalité du marché. En 2002, l'étude est confiée au Groupe de recherche en économie et politique agricole de l'Université Laval.

Au cours des années 2006 à 2008, les appelants subissent des pertes financières et s'étonnent d'un tel résultat, car le Programme ASRA doit selon eux leur garantir un revenu annuel positif. Ils intentent un recours en dommages-intérêts contre La Financière devant la Cour supérieure, dans lequel ils soutiennent que le Programme ASRA doit être qualifié de contrat d'assurance au sens du *Code civil du Québec* et que le processus suivi et les méthodes statistiques et comptables utilisées dans le cadre de l'étude économique pour calculer leurs compensations mènent à un résultat injuste. Ils prétendent que les compensations reçues sont insuffisantes et non conformes à leurs attentes raisonnables en tant que parties à un contrat d'assurance. La Cour supérieure rejette la demande des appelants. Elle conclut que le Programme ASRA ne constitue pas un contrat d'assurance et que les décisions prises par La Financière sont équitables et respectent les règles de l'art. La Cour d'appel confirme ce jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le Programme ASRA n'est pas un contrat d'assurance mais un simple contrat innommé soumis aux règles générales du droit privé. Les règles qui régissent l'interprétation du Programme ASRA sont celles applicables à tout autre contrat, en particulier celles énoncées aux art. 1425 à 1432 du *Code civil du Québec*. Pour apprécier la légalité des décisions prises par La Financière dans l'exécution de ses obligations et dans l'exercice de ses pouvoirs contractuels, les normes applicables sont la bonne foi et l'équité contractuelle. L'intérêt public et l'objectif social poursuivi par l'État qui agit comme cocontractant doivent également être considérés tant dans l'interprétation de l'étendue des pouvoirs et des droits accordés par le contrat que dans l'appréciation de la conformité des décisions prises par l'autorité étatique dans l'exercice de ces pouvoirs. C'est ce cadre juridique, et non les règles propres au contrat d'assurance régi par le *Code civil du Québec*, qui s'applique au Programme ASRA.

Même si le Programme ASRA était qualifié de contrat d'assurance, cela n'aurait aucun impact sur l'issue du

outcome of the appeal. In Quebec law, the rule based on the reasonable expectations of the insured, to which the appellants refer, applies solely in its minimum dimension and can be used to interpret a provision only if there is an ambiguity. Yet the provision that is central to the dispute in this case is not at all ambiguous, but clearly gives La Financière the power to have recourse to a statistical study or to base its decision on any other data deemed to be relevant.

The trial judge did not err in refusing to award the producers damages for the alleged injury related to the compensation paid for the years from 2006 to 2008. The Université Laval study is not flawed. The appellants do not allege any specific error that might warrant the intervention of the Court with regard to the trial judge's general finding that the study had been carried out competently and employing appropriate methods, and that this meant that the requirements relating to good faith had been met. The appellants' compensation payments for the years from 2006 to 2008 were calculated in conformity with the requirements of good faith and contractual fairness that applied both to La Financière and to the producers as contracting parties and participants in the ASRA Program.

Cases Cited

Referred to: *Ferme Vi-Ber inc. v. Financière agricole du Québec*, 2016 SCC 34, [2016] 1 S.C.R. 1032; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Souscripteurs du Lloyd's v. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376; *Affiliated FM Insurance Company v. Hafner Inc.*, 2006 QCCA 465, [2006] R.R.A. 268; *Excellence (L'), compagnie d'assurance-vie v. Desjardins*, 2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting La Financière agricole du Québec, CQLR, c. L-0.1, s. 3.
Civil Code of Québec, arts. 6, 7, 1375, 1425 to 1432, 2389 et seq.
Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, (2001) 133 G.O. 1, 1336, ss. 2, 16, 18, 78, 86, 87, 89.

pourvoi. En droit québécois, la règle des attentes raisonnables de l'assuré à laquelle réfèrent les appelants s'applique exclusivement dans sa dimension minimale, et elle n'autorise l'interprétation d'un texte qu'en présence d'une ambiguïté. Or, en l'espèce, la disposition centrale du débat ne souffre d'aucune ambiguïté et donne clairement à La Financière la faculté de recourir à une étude statistique ou de se baser sur d'autres données jugées pertinentes.

Le juge de première instance n'a pas fait erreur en refusant d'octroyer des dommages-intérêts aux producteurs pour le préjudice allégué quant aux compensations versées pour les années 2006 à 2008. L'étude de l'Université Laval n'est entachée d'aucun vice. Les appelants n'allèguent aucune erreur précise qui pourrait justifier l'intervention de la Cour à l'égard de la conclusion générale du juge de première instance selon laquelle l'étude a été réalisée avec compétence et selon les règles de l'art, satisfaisant par le fait même aux impératifs de la bonne foi. Le calcul des compensations payables aux appelants pour les années 2006 à 2008 s'est fait dans le respect de la bonne foi et de l'équité contractuelle qui lie tant La Financière que les producteurs en tant que cocontractants et qu'adhérents au Programme ASRA.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 34, [2016] 1 R.C.S. 1032; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376; *Affiliated FM Insurance Company c. Hafner Inc.*, 2006 QCCA 465, [2006] R.R.A. 268; *Excellence (L'), compagnie d'assurance-vie c. Desjardins*, 2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 6, 7, 1375, 1425 à 1432, 2389 et suiv.
Loi sur La Financière agricole du Québec, RLRQ, c. L-0.1, art. 3.
Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, (2001) 133 G.O. 1, 1336, art. 2, 16, 18, 78, 86, 87, 89.

Authors Cited

Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Bouchard and Savard JJ.A.), 2014 QCCA 1891, [2014] AZ-51115440, [2014] J.Q. n° 11217 (QL), affirming a decision of Martin J. of the Quebec Superior Court, No. 200-17-012231-098, June 18, 2012. Appeal dismissed.

Serge Fournier and Camille Janvier-Langis, for the appellants.

Matthieu Brassard, Jean-Pierre Émond and Valérie Blanchet, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Overview

[1] Governments play an active role in the agricultural economy and support it in many ways. Public farm insurance programs made available to Quebec producers by the respondent, La Financière agricole du Québec (“La Financière”), exemplify this sometimes complex reality. As in the companion appeal, *Ferme Vi-Ber inc. v. Financière agricole du Québec*, 2016 SCC 34, [2016] 1 S.C.R. 1032, the Court is asked in this case to identify the rules that govern the rights and obligations of parties to the *Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles*, (2001) 133 G.O. 1, 1336 (“ASRA Program”), administered by La Financière.

[2] The appellants are hog and piglet producers that participated in the ASRA Program. Under that program, La Financière undertook, in return for contributions from participants, to support them with compensation payments. The appellants contested the value of the compensation they had received from La Financière under the ASRA Program for the years from 2006 to 2008. They equated the program with a contract of insurance and argued that

Doctrine et autres documents cités

Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Hilton, Bouchard et Savard), 2014 QCCA 1891, [2014] AZ-51115440, [2014] J.Q. n° 11217 (QL), qui a confirmé une décision du juge Martin de la Cour supérieure du Québec, n° 200-17-012231-098, 18 juin 2012. Pourvoi rejeté.

Serge Fournier et Camille Janvier-Langis, pour les appelants.

Matthieu Brassard, Jean-Pierre Émond et Valérie Blanchet, pour l’intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

I. Aperçu

[1] L’État participe à l’économie agricole et l’appuie de plusieurs façons. Les programmes publics d’assurance agricole offerts aux producteurs québécois par l’intimée, La Financière agricole du Québec (« La Financière »), illustrent bien cette réalité parfois complexe. Tout comme dans le pourvoi connexe *Ferme Vi-Ber inc. c. Financière agricole du Québec*, 2016 CSC 34, [2016] 1 R.C.S. 1032, la Cour est appelée ici à identifier les règles qui régissent les droits et obligations des parties au *Programme d’assurance stabilisation des revenus agricoles*, (2001) 133 G.O. 1, 1336 (« Programme ASRA »), administré par La Financière.

[2] Les appelants sont des producteurs de porcs et de porcelets qui ont adhéré au Programme ASRA. Aux termes de ce programme, La Financière s’engage, moyennant une contribution des adhérents, à leur verser des compensations de soutien. Les appelants contestent la valeur des compensations reçues de La Financière en vertu du Programme ASRA pour les années 2006 à 2008. Ils assimilent ce programme à un contrat d’assurance. Ils soutiennent

the compensation they had received was neither sufficient nor consistent with their reasonable expectations as parties to such a contract. In their view, the process that had been followed and the statistical and accounting methods that had been used in the economic study carried out to calculate their compensation payments for the years in question had yielded an unfair result.

[3] La Financière argued in response that the impugned decisions were valid. In its view, the ASRA Program fell under public administrative law and was not subject to the rules of insurance law. The rule based on the reasonable expectations of the insured was therefore of no assistance to the appellants.

[4] The Superior Court dismissed the appellants' claim. It held that the ASRA Program is not a contract of insurance within the meaning of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), that La Financière's decisions were fair and that it had employed appropriate methods in making them. The Court of Appeal upheld that judgment.

[5] We would dismiss the appeal. The ASRA Program is not a contract of insurance but simply an innominate contract that is subject to the rules applicable in such matters, namely good faith and contractual fairness, and that, moreover, confers a broad discretion upon La Financière. There is no basis for setting aside the trial judge's findings. The appellants' compensation payments for the years from 2006 to 2008 were calculated in conformity with the requirements of good faith and contractual fairness that applied both to La Financière and to Québec producers as contracting parties and participants in the ASRA Program.

II. Facts

[6] La Financière is a legal person established in the public interest under the *Act respecting La Financière agricole du Québec*, CQLR, c. L-0.1 ("AFAQ"). Its mission is to "support and encourage the development of the agricultural and agro-food sector within the perspective of sustainable development" (s. 3 AFAQ). For that purpose, it has set

que les compensations reçues sont insuffisantes et non conformes à leurs attentes raisonnables en tant que parties à un contrat d'assurance. Selon eux, le processus suivi et les méthodes statistiques et comptables utilisées dans le cadre de l'étude économique pour calculer leurs compensations pour ces années mènent à un résultat injuste.

[3] La Financière répond que les décisions contestées sont valides. Selon elle, le Programme ASRA relève du droit administratif public et n'est pas soumis aux règles du droit des assurances. Partant, la règle des attentes raisonnables de l'assuré n'est d'aucun secours aux appelants.

[4] La Cour supérieure a rejeté la demande des appelants. Elle a conclu que le Programme ASRA ne constitue pas un contrat d'assurance au sens du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), et que les décisions prises par La Financière sont équitables et respectent les règles de l'art. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

[5] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Le Programme ASRA n'est pas un contrat d'assurance mais un simple contrat innommé qui est soumis aux normes applicables en semblable matière, soit la bonne foi et l'équité contractuelle, et qui, de surcroît, confère de larges pouvoirs discrétionnaires à La Financière. Rien ne justifie d'écarter les conclusions du juge de première instance. Le calcul des compensations payables aux appelants pour les années 2006 à 2008 s'est fait dans le respect de la bonne foi et de l'équité contractuelle qui lie tant La Financière que les producteurs québécois en tant que cocontractants et qu'adhérents au Programme ASRA.

II. Les faits

[6] La Financière est une personne morale de droit public constituée en vertu de la *Loi sur La Financière agricole du Québec*, RLRQ, c. L-0.1 (« LFAQ »). Elle a pour mission de « soutenir et de promouvoir, dans une perspective de développement durable, le développement du secteur agricole et agroalimentaire » (art. 3 LFAQ). Pour ce faire,

up income protection, insurance and farm financing programs.

[7] The appellants are hog and piglet producers who were participants in La Financière’s ASRA Program. This program, which is analyzed in the companion appeal, *Ferme Vi-Ber*, is designed to protect participants who are producers of 10 products or classes of products designated as [TRANSLATION] “insurable”, including hogs and piglets, from having their income drop below a level defined in advance by La Financière. That level is reached where the “net annual income” of an average benchmark farm is less than the “stabilized net annual income”, which corresponds to a percentage of the average annual regular salary of a skilled worker in Quebec (s. 89 ASRA Program). In other words, the ASRA Program ensures that an average farm producer who participates in it never earns less than a predetermined percentage of the average income of a skilled worker in Quebec.

[8] In exchange for this protection, each producer who chooses to participate in the ASRA Program must pay a fixed contribution per unit of a designated product (s. 78). Producers must agree to participate for a minimum of five years (s. 16) and must insure all of their annual production for each designated product (s. 18).

[9] Studies of production costs are conducted from time to time to adjust the net annual income of a benchmark farm and ensure that the compensation granted to participants reflects marketplace realities. They are provided for in para. 3 of s. 87 of the ASRA Program:

[TRANSLATION] For each insurance year, La Financière agricole shall adjust and fix the net annual income on the basis of statistical studies or of any other data it deems relevant.

[10] In 2002, La Financière instructed Quebec’s Ministère de l’Agriculture, des Pêcheries et de l’Alimentation (“MAPAQ”) to retain the Groupe de recherche en économie et politique agricole (“GRÉPA”) of Université Laval to conduct a study

elle met sur pied des programmes de protection du revenu, d’assurance et de financement agricole.

[7] Les appelants sont des producteurs de porcs et de porcelets ayant adhéré au Programme ASRA de La Financière. Ce programme, analysé dans le pourvoi connexe *Ferme Vi-Ber*, a comme objectif de protéger les adhérents qui participent à la production de 10 produits ou catégories de produits désignés comme « assurables », dont les porcs et les porcelets, contre une baisse de leurs revenus sous un seuil préalablement défini par La Financière. Ce seuil est atteint lorsque le « revenu annuel net » d’une ferme-type moyenne est inférieur au « revenu annuel net stabilisé », lequel correspond à un pourcentage du salaire régulier annuel moyen d’un ouvrier spécialisé au Québec (art. 89 Programme ASRA). Autrement dit, le Programme ASRA fait en sorte que le producteur agricole moyen participant ne gagne jamais moins qu’un pourcentage prédéterminé du revenu moyen d’un ouvrier spécialisé au Québec.

[8] En contrepartie de cette protection, les producteurs qui choisissent d’adhérer au Programme ASRA doivent payer une contribution fixe par unité de produit désigné (art. 78). Ils sont tenus de s’engager pour une période minimale de cinq ans (art. 16) et d’assurer la totalité de leur production annuelle pour chaque produit désigné (art. 18).

[9] Une étude portant sur les coûts de production est réalisée périodiquement pour ajuster le revenu annuel net de la ferme-type et veiller à ce que les compensations accordées reflètent bien la réalité du marché. C’est ce que prévoit l’al. 3 de l’art. 87 du Programme ASRA :

La Financière agricole ajuste et fixe, pour chaque année d’assurance, le revenu annuel net en fonction d’études statistiques ou en fonction d’autres données qu’elle juge pertinentes.

[10] En 2002, La Financière confie au ministère de l’Agriculture, des Pêcheries et de l’Alimentation du Québec (« MAPAQ ») le mandat de retenir les services du Groupe de recherche en économie et politique agricole (« GRÉPA ») de l’Université Laval

on production costs for hogs and piglets with a view to updating the benchmark farm's [TRANSLATION] "net annual income" for the purpose of calculating the compensation to be paid for these products under the ASRA Program.

[11] Diane Gilbert of GRÉPA carried out the economic and statistical study on production costs and prepared a final report. A technical committee consisting of representatives of GRÉPA, La Financière, MAPAQ and the Fédération des producteurs de porcs du Québec ("FPPQ") reviewed the report. A working committee consisting of representatives of the same organizations was also set up to provide support on the more technical aspects of the study, such as data collection and follow-up on the research.

[12] MAPAQ had provided GRÉPA with previous studies on the production costs of hogs and piglets, as well as a register of producers from which some were selected in order to contact them to conduct a survey of production costs as part of the study. Ultimately, this survey established the [TRANSLATION] "net annual income" of the average benchmark farm that would be used to calculate the compensation payable to participants. The final report was submitted in November 2003.

[13] In the years from 2006 to 2008, the appellants suffered financial losses and were surprised that this was the case, as they believed that the ASRA Program was supposed to guarantee them a [TRANSLATION] "positive annual income" (A.F., at para. 78). According to them, they noticed irregularities in La Financière's calculations that had the effect of depriving them of compensation to which they were entitled. Unhappy with this, they instituted an action in damages against La Financière in the Superior Court.

[14] In their pleading, the appellants submitted that the ASRA Program should be characterized as a contract of insurance within the meaning of the *C.C.Q.* They argued that where such contracts are concerned, it is appropriate to apply the "reasonable expectations" doctrine, also known as the [TRANSLATION] "doctrine of legitimate expectations

pour réaliser une étude sur les coûts de production du porc et du porcelet, afin d'actualiser le « revenu annuel net » de la ferme-type aux fins du calcul des compensations payables en vertu du Programme ASRA pour ces produits.

[11] Madame Diane Gilbert du GRÉPA effectue la recherche économique et statistique sur les coûts de production et rédige l'étude finale. Un comité technique composé de représentants du GRÉPA, de La Financière, du MAPAQ et de la Fédération des producteurs de porcs du Québec (« FPPQ ») fait le suivi de l'étude. Un comité de travail composé des représentants des mêmes organismes est également mis sur pied pour soutenir les aspects plus techniques de l'étude, tels que la collecte de données et le suivi de la recherche.

[12] Le GRÉPA reçoit du MAPAQ des études antérieures portant sur les coûts de production du porc et du porcelet, ainsi qu'un registre des producteurs à partir duquel un échantillon de gens à contacter est constitué pour réaliser un sondage sur les coûts de production dans le cadre de l'étude. Ultiment, ce sondage établit le « revenu annuel net » de la ferme-type moyenne utilisé pour calculer les compensations payables aux adhérents. L'étude finale est déposée en novembre 2003.

[13] Au cours des années 2006 à 2008, les appelants subissent des pertes financières et s'étonnent d'un tel résultat, car le Programme ASRA doit selon eux leur garantir un « revenu annuel positif » (m.a., par. 78). Ils affirment avoir constaté des irrégularités dans les calculs effectués par La Financière qui ont pour effet de les priver de compensations auxquelles ils ont droit. Insatisfaits, ils intentent un recours en dommages-intérêts contre La Financière devant la Cour supérieure.

[14] Dans leur acte de procédure, les appelants soutiennent que le Programme ASRA doit être qualifié de contrat d'assurance au sens du *C.c.Q.* Ils plaident que ce genre de contrat permet l'application de la théorie des « attentes raisonnables de l'assuré », aussi appelée la « théorie des attentes légitimes de l'assuré », selon laquelle toute ambiguïté,

of the insured”, according to which any ambiguity, and even any unambiguous provision in a contract of insurance, must be interpreted in a manner consistent with those expectations. They added that it was reasonable to expect that the ASRA Program would guarantee each of them a positive annual income.

[15] In addition, the appellants submitted that, because the methodology employed in the GRÉPA study to determine the compensation to be paid in the years from 2006 to 2008 was scientifically flawed, it did not meet their reasonable expectations. More specifically, they argued that the sample used to establish the production costs of the benchmark farm was unrepresentative, because many producers had refused to take part in the survey. They added that several components of the GRÉPA study [TRANSLATION] “d[o] not take into account generally accepted accounting principles” (motion to institute proceedings, at para. 10).

[16] La Financière countered that the courts should not interfere in its activities absent a clearly unfair decision having regard to the standards of judicial review in public law. In its view, the ASRA Program is a government assistance program, not a contract of insurance. Furthermore, the program does not shield every participant from financial loss, given that the compensation is calculated on the basis of an average that does not necessarily reflect each participant’s situation. The GRÉPA study and other calculations were carried out properly and by no means warrant intervention by the courts.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, No. 200-17-012231-098, June 18, 2012*

[17] Martin J. rejected the producers’ argument that appropriate statistical and accounting methods had not been employed in carrying out the GRÉPA study. He accepted the opinion of La Financière’s expert, who had had access to much more information than the appellants’ expert. Although it was true that the quality of the sample was lower because some

voire toute disposition non ambiguë d’un contrat d’assurance, doit être interprétée conformément à ces attentes. Ils ajoutent qu’il était raisonnable de prévoir que le Programme ASRA garantirait à chacun d’eux un revenu annuel positif.

[15] De plus, les appelants soutiennent que, en raison de leur valeur scientifique déficiente, les paramètres fixés par l’étude GRÉPA pour déterminer les compensations dues pour les années 2006 à 2008 ne satisfont pas à leurs attentes raisonnables. Plus particulièrement, ils avancent que l’échantillon utilisé pour établir les coûts de production de la ferme-type n’est pas représentatif, puisque de nombreux producteurs ont refusé de participer au sondage. Ils ajoutent que plusieurs volets de l’étude GRÉPA « ne tien[nent] pas compte des principes comptables généralement reconnus » (requête introductive d’instance, par. 10).

[16] La Financière rétorque que les tribunaux ne doivent pas s’immiscer dans ses activités en l’absence d’une décision clairement injuste au regard des normes régissant la révision judiciaire en droit public. Pour La Financière, le Programme ASRA est un programme d’aide gouvernemental et non un contrat d’assurance. De surcroît, il ne met pas chaque adhérent à l’abri d’une perte financière, puisque la compensation est calculée plutôt sur la base d’une moyenne qui ne reflète pas nécessairement la situation de chacun. L’étude GRÉPA et les autres calculs sont conformes aux règles de l’art et ne justifient nullement l’intervention des tribunaux.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, n° 200-17-012231-098, 18 juin 2012*

[17] Le juge Martin rejette la prétention des producteurs selon laquelle l’étude GRÉPA ne respecte pas les règles de l’art en matière de statistique et de comptabilité. Il se range à l’avis de l’expert de La Financière, qui a eu accès à beaucoup plus d’informations que l’expert des appelants. S’il est vrai que la qualité de l’échantillon a souffert du refus de

producers had refused to take part in the study, that did not warrant the court's intervention. Moreover, the person responsible for the study had [TRANSLATION] "satisfied the Court of her great professional competence as regards the collection of information and the planning and conducting of studies of the costs of agricultural production, whether for crops or animals" (para. 66). The trial judge also rejected allegations with respect to the accounting method used to calculate the net annual income. Although another accountant would have expressed certain transactions differently, the methods used were not unfair to producers. In the trial judge's view, the appellants had not proven their allegations relating to the study, which, moreover, had resulted from the collaboration of a number of stakeholders, including the producers themselves.

[18] The trial judge found that the ASRA Program could not be considered to be a contract of insurance. Participants contributed to the fund and did not pay insurance premiums. What is more, the risk was not uncertain, but was always present. Everyone understood that there would be losses in some years. Also, the ASRA Program did not guarantee a positive annual income for all producers, as the compensation was calculated on the basis of an average. As a result, even if the reasonable expectations rule for contracts of insurance applied, the appellants would not be entitled to the relief sought.

[19] Finally, the trial judge dismissed the action without costs, because the appellants had received very few answers to questions they had posed to La Financière, and because they were members of a federation of producers that was itself an [TRANSLATION] "important participant in La Financière" (para. 67).

B. *Quebec Court of Appeal, 2014 QCCA 1891*

[20] Savard J.A., writing for a unanimous court, held that the characterization of the contract was not determinative, given that the claim raised no issues relating to the interpretation of the ASRA Program, but instead concerned the validity of the methodology employed in the calculation. The rule of interpretation based on the reasonable expectations of

certain producers de participer à l'étude, cela ne justifie pas pour autant l'intervention du tribunal. De plus, la personne responsable de l'étude « convainc la Cour de sa haute compétence professionnelle pour la cueillette d'informations, la confection et l'exécution d'études de coûts de production agricole, végétale ou animale » (par. 66). Le juge écarte également les reproches formulés à l'encontre de la méthode comptable utilisée pour le calcul du revenu annuel net. Bien qu'un autre comptable ait exprimé certaines opérations différemment, les méthodes retenues ne créent pas d'injustice pour le producteur. Selon le juge, les appelants n'ont pas prouvé les reproches qu'ils opposent à l'étude, qui résulte d'ailleurs de la collaboration de plusieurs acteurs du milieu, dont les producteurs eux-mêmes.

[18] Le juge conclut que le Programme ASRA n'est pas assimilable à un contrat d'assurance. Les adhérents contribuent au fonds et ne paient pas de prime d'assurance. De plus, le risque n'est pas aléatoire mais omniprésent. Tous réalisent qu'il y aura des pertes pour certaines années. Aussi, le Programme ASRA ne garantit pas un revenu annuel positif à tous les producteurs, car la compensation est calculée sur la base d'une moyenne. En conséquence, même si la règle des attentes raisonnables propre au contrat d'assurance s'appliquait, les appelants n'auraient pas droit à la réparation recherchée.

[19] Au final, le juge rejette la demande sans frais, puisque les appelants ont obtenu très peu de réponses lorsqu'ils ont sollicité La Financière et qu'ils sont parties prenantes d'une fédération de producteurs qui est elle-même un « important participant de la Financière » (par. 67).

B. *Cour d'appel du Québec, 2014 QCCA 1891*

[20] La juge Savard rédige les motifs unanimes de la Cour d'appel. Elle conclut que la qualification du contrat n'est pas déterminante, étant donné que la réclamation ne soulève aucune question d'interprétation du Programme ASRA mais repose plutôt sur une contestation de la validité des paramètres du calcul. La règle d'interprétation fondée sur les attentes

the insured would therefore be of no assistance to the appellants. Savard J.A. nevertheless noted that Martin J. had not erred in characterizing the contract, because the ASRA Program was not a contract of insurance, but a *sui generis* administrative contract that had both public law aspects (relating to the terms of the program) and private law aspects (relating to the performance of the obligations flowing from the terms). On the characterization issue, Savard J.A. referred to her reasons in the companion appeal, *Ferme Vi-Ber*.

[21] Savard J.A. also rejected the appellants' arguments that (1) there had been no meaningful consultation with farmers, (2) the study had lacked independence and objectivity because of interference from MAPAQ and La Financière, (3) a flawed methodology had been employed and (4) the study's data were not representative. On all these arguments, she agreed with the trial judge's finding that the study had been conducted by a person of [TRANSLATION] "great professional competence" and "resulted from the collaboration of a number of representatives, including those of the producers and of MAPAQ" (para. 38 (CanLII)).

[22] Savard J.A. noted that the appellants were not arguing that La Financière had exercised its powers to amend the program for purposes contrary to the *AFAQ*; rather, they were contesting [TRANSLATION] "the validity of the data it had relied on in exercising its power" (para. 40). Yet assessing the evidence on the study's compliance with scientific practice and on the consultation mechanisms was a matter for the trier of fact. Savard J.A. found no errors that would warrant the Court of Appeal's intervention in this regard. She dismissed the appeal and ordered that the parties pay their own costs for the reasons given by the trial judge.

IV. Issue

[23] The main issue raised by this appeal is whether La Financière and those responsible for the GRÉPA study acted correctly in fixing the compensation payable to the appellants for the years from

raisonnables de l'assuré ne serait donc d'aucun secours aux appelants dans ce contexte. Cela dit, la juge souligne que le juge Martin n'a commis aucune erreur sur la qualification du contrat, puisque le Programme ASRA n'est pas un contrat d'assurance mais plutôt un contrat administratif *sui generis* relevant à la fois du droit public (pour la détermination des paramètres du programme) et du droit privé (pour l'exécution des obligations découlant des paramètres fixés). Sur la question de la qualification, la juge Savard renvoie à ses motifs dans le pourvoi connexe *Ferme Vi-Ber*.

[21] La juge Savard écarte par ailleurs les arguments des appelants sur (1) l'absence d'une véritable consultation des producteurs, (2) le manque d'indépendance et d'objectivité de l'étude en raison des interventions du MAPAQ et de La Financière, (3) l'adoption d'une méthodologie déficiente et (4) l'absence de représentativité des données de l'étude. Sur l'ensemble de ces arguments, elle se range à la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'étude a été réalisée par une personne de « haute compétence professionnelle » et « résulte de la collaboration de plusieurs représentants, notamment ceux des producteurs et du MAPAQ » (par. 38 (CanLII)).

[22] La juge Savard note que les appelants ne plaident pas que La Financière a exercé ses pouvoirs de modification du programme à des fins contraires à la *LFAQ*; ils attaquent plutôt « la validité des données retenues dans l'exercice de son pouvoir » (par. 40). Or, l'appréciation de la preuve relative à la conformité scientifique de l'étude et aux mécanismes de consultation relève du juge des faits. La juge Savard ne voit aucune erreur qui justifie l'intervention de la Cour d'appel à ce chapitre. Elle rejette le pourvoi, chaque partie payant ses frais pour les motifs énoncés par le premier juge.

IV. La question en litige

[23] La question principale que soulève ce pourvoi est celle de savoir si La Financière et les responsables de l'étude GRÉPA ont agi correctement en fixant les compensations payables aux appelants

2006 to 2008. To answer this, we must define the legal framework that applies to the ASRA Program and decide whether the program constitutes a contract of insurance within the meaning of the *C.C.Q.* The resolution of the issue depends on the legal framework to which the ASRA Program is subject and on the nature of the contract between the parties.

V. Analysis

A. *Is the ASRA Program a Contract, and if So, Is It Subject to the Rules Applicable to Contracts of Insurance?*

[24] In the appellants' view, the ASRA Program has the characteristics of a contract of insurance within the meaning of the *C.C.Q.* and must be interpreted in accordance with the rules applicable to such contracts, including the rule based on the reasonable expectations of the insured. Counsel for the appellants in fact conceded in this Court that his legal position is entirely dependent on the program being characterized in this way and on the application of the reasonable expectations rule. He acknowledged that if the ASRA Program is not characterized as a contract of insurance, the appellants' action must fail.

[25] For the reasons given in the companion appeal, *Ferme Vi-Ber* (at paras. 56 et seq.), we are of the opinion that the ASRA Program is not a contract of insurance within the meaning of arts. 2389 et seq. *C.C.Q.* It is instead simply an innominate contract that is subject to the general rules of private law. The rules governing the interpretation of the ASRA Program are the same ones that apply to any other contract, and in particular those set out in arts. 1425 to 1432 *C.C.Q.* Furthermore, as we also explain in our reasons in *Ferme Vi-Ber* (at paras. 49-51), for the purpose of determining whether the decisions made by La Financière in performing its obligations and exercising its contractual powers are lawful, the applicable standards are good faith and contractual fairness (arts. 6, 7 and 1375 *C.C.Q.*; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, at para. 88; P. Garant, with P. Garant and J. Garant, *Droit administratif* (6th ed.

pour les années 2006 à 2008. Pour y répondre, il faut cerner le cadre juridique qui s'applique au Programme ASRA et décider si ce dernier constitue un contrat d'assurance au sens du *C.c.Q.* La solution du litige dépend de l'établissement du cadre juridique auquel est soumis le Programme ASRA ainsi que de la nature du contrat intervenu entre les parties.

V. Analyse

A. *Le Programme ASRA est-il un contrat et, dans l'affirmative, est-il régi par les règles applicables aux contrats d'assurance?*

[24] Pour les appelants, le Programme ASRA possède les caractéristiques d'un contrat d'assurance au sens du *C.c.Q.* et il doit s'interpréter selon les règles propres à ce type de contrat, incluant celle portant sur les attentes raisonnables de l'assuré. L'avocat des appelants a d'ailleurs concédé devant notre Cour que sa position juridique est entièrement tributaire de cette qualification du contrat et de l'application de la règle des attentes raisonnables de l'assuré. Il a reconnu que si le Programme ASRA n'est pas qualifié de contrat d'assurance, le recours des appelants est voué à l'échec.

[25] Pour les motifs énoncés dans le pourvoi connexe *Ferme Vi-Ber* (par. 56 et suiv.), nous sommes d'avis que le Programme ASRA n'est pas un contrat d'assurance au sens des art. 2389 et suiv. *C.c.Q.* Il constitue plutôt un simple contrat innommé soumis aux règles générales du droit privé. Les règles qui régissent l'interprétation du Programme ASRA sont celles applicables à tout autre contrat, en particulier celles énoncées aux art. 1425 à 1432 *C.c.Q.* Par ailleurs, comme nous le précisons également dans nos motifs dans *Ferme Vi-Ber* (par. 49-51), pour apprécier la légalité des décisions prises par La Financière dans l'exécution de ses obligations et dans l'exercice de ses pouvoirs contractuels, les normes applicables sont la bonne foi et l'équité contractuelle (art. 6, 7 et 1375 *C.c.Q.*; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, par. 88; P. Garant, avec la collaboration de P. Garant et J. Garant, *Droit administratif* (6^e éd. 2010),

2010), at p. 354). Finally, the public interest and the social objective being pursued by the government, which acts as a party to the contract, must be considered both in interpreting the scope of the powers and rights under the contract and in determining whether the decisions made by the government authority in exercising those powers are lawful. It is this legal framework, not the rules applicable to contracts of insurance under the *C.C.Q.*, that applies to the ASRA Program.

[26] Having said this, we find that in any event, had the ASRA Program been characterized as a contract of insurance, that would have had no bearing on the outcome of the appeal. As we explain in our reasons in the companion appeal, *Ferme Vi-Ber*, in Quebec law, the rule based on the reasonable expectations of the insured applies solely in its “minimum” dimension and can be used to interpret a provision only if there is an ambiguity (para. 65). This principle is consistent with the case law of this Court as well as with that of the Quebec Court of Appeal (*Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, at p. 105; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, at p. 269; *Souscripteurs du Lloyd’s v. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376, at para. 38 (CanLII); *Affiliated FM Insurance Co. v. Hafner Inc.*, 2006 QCCA 465, [2006] R.R.A. 268, at para. 47; *Excellence (L’), compagnie d’assurance-vie v. Desjardins*, 2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085, at para. 11). There is no need for a contractual interpretation exercise in this appeal, as the provisions relevant to the case are unambiguous.

[27] In the case at bar, the appellants contest La Financière’s performance of certain well-defined contractual obligations. More specifically, their challenge is limited to the validity of the GRÉPA study and to La Financière’s use of that study to determine the compensation to be paid. The issue is therefore whether La Financière acted appropriately in fixing the net annual income of the benchmark farm on the basis of a statistical study (the GRÉPA study) [TRANSLATION] “or of any other data it deems relevant” as is provided for in s. 87 of the program. Yet this provision that is central to the dispute is not at

p. 354). Enfin, l’intérêt public et l’objectif social poursuivi par l’État qui agit comme cocontractant doivent être considérés tant dans l’interprétation de l’étendue des pouvoirs et des droits accordés par le contrat que dans l’appréciation de la conformité des décisions prises par l’autorité étatique dans l’exercice de ces pouvoirs. C’est ce cadre juridique, et non les règles propres au contrat d’assurance régi par le *C.c.Q.*, qui s’applique au Programme ASRA.

[26] Cela dit, nous estimons que le fait de qualifier le Programme ASRA de contrat d’assurance n’avait de toute façon aucun impact sur l’issue du pourvoi. En effet, comme nous l’expliquons dans nos motifs dans le pourvoi connexe *Ferme Vi-Ber*, en droit québécois, la règle des attentes raisonnables de l’assuré s’applique exclusivement dans sa dimension « minimale », et elle n’autorise l’interprétation d’un texte qu’en présence d’une ambiguïté (par. 65). Ce principe suit en cela la jurisprudence de notre Cour ainsi que celle de la Cour d’appel du Québec (*Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, p. 105; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, p. 269; *Souscripteurs du Lloyd’s c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376, par. 38 (CanLII); *Affiliated FM Insurance Company c. Hafner Inc.*, 2006 QCCA 465, [2006] R.R.A. 268, par. 47; *Excellence (L’), compagnie d’assurance-vie c. Desjardins*, 2005 QCCA 1035, [2005] R.R.A. 1085, par. 11). Or, le pourvoi entrepris ne nécessite aucun exercice d’interprétation contractuelle, puisque les textes pertinents au litige ne sont pas ambigus.

[27] En l’espèce, les appelants contestent l’exécution par La Financière de certaines obligations contractuelles bien identifiées. Plus particulièrement, ils se bornent à attaquer la validité de l’étude GRÉPA et l’utilisation de cette étude par La Financière pour établir les compensations versées. La question qui se pose consiste donc à décider si La Financière a procédé convenablement à la fixation du revenu annuel net de la ferme-type en fonction d’une étude statistique (l’étude GRÉPA) « ou en fonction d’autres données qu’elle juge pertinentes » comme le lui permet l’art. 87 du programme. Toutefois, cette

all ambiguous. It clearly gives La Financière the power to have recourse to a statistical study, as it did in this case, or to base its decision on any other data deemed to be relevant. These clear words require no interpretation. All that is necessary in this case is to determine whether La Financière exercised its powers under the program properly.

[28] We must also reject the appellants' argument that a factor the courts should take into account is that their agreement to participate in the ASRA Program was based on representations to the effect that each of them was guaranteed [TRANSLATION] "a positive net annual income that would shelter them from fluctuations in the market and in raw material costs" (A.F., at para. 12). Such an expectation, assuming it could be proven, would be inconsistent with the otherwise crystal-clear language of the ASRA Program: s. 86 provides that the calculation of the compensation to be paid is to be based not on data specific to each participant, but [TRANSLATION] "on an economic study of a specialized benchmark farm for each of the products or classes of products". Here again, the language is clear, and the rules of contractual interpretation are of no assistance to the appellants on this point.

[29] This means that neither the characterization of the ASRA Program nor the interpretation of its provisions is really controversial. When all is said and done, the only issue in this case is whether La Financière acted appropriately in performing its obligations and exercising its powers under the contract.

B. *Did the Trial Judge Err in Refusing to Award the Appellants Damages for the Alleged Injury Related to the Compensation Paid for the Years From 2006 to 2008?*

[30] In this regard, the appellants contest the decisions made by La Financière in connection with the GRÉPA study. More specifically, they object to the calculation of the compensation payable for the years from 2006 to 2008. Their arguments on this point relate not to the interpretation of the ASRA Program, but to La Financière's performance of

disposition centrale du débat ne souffre d'aucune ambiguïté. Elle donne clairement à La Financière la faculté de recourir à une étude statistique, comme en l'espèce, ou de se baser sur d'autres données jugées pertinentes. Aucune interprétation de ces termes clairs n'est nécessaire. Il s'agit plutôt ici simplement de déterminer si La Financière a exercé de façon conforme les pouvoirs conférés par le programme.

[28] On ne saurait davantage retenir l'argument des appelants selon lequel les tribunaux devraient tenir compte que leur adhésion au Programme ASRA s'est appuyée sur des déclarations garantissant à chacun d'eux « un revenu annuel net positif les mettant à l'abri de la fluctuation du marché et des coûts des matières premières » (m.a., par. 12). Une telle attente, pour autant qu'elle soit établie, contredit le libellé autrement limpide du Programme ASRA, qui mentionne à son art. 86 que le calcul des compensations accordées est basé non pas sur des données propres à chaque adhérent, mais plutôt « sur une étude économique d'une ferme-type spécialisée pour chacun des produits ou catégories de produits ». Le texte est là encore clair et les règles d'interprétation des contrats ne sont d'aucun secours aux appelants à cet égard.

[29] Il s'ensuit que ni la qualification du Programme ASRA ni son interprétation ne soulèvent de véritable polémique. Le débat se limite en définitive à déterminer si La Financière s'est comportée adéquatement dans l'exécution de ses obligations et dans l'exercice de ses pouvoirs contractuels.

B. *Le juge de première instance a-t-il fait erreur en refusant d'octroyer des dommages-intérêts aux appelants pour le préjudice allégué quant aux compensations versées pour les années 2006 à 2008?*

[30] Sous ce rapport, les appelants contestent les décisions adoptées par La Financière dans le cadre de l'étude GRÉPA. Plus précisément, ils s'opposent au calcul des compensations payables pour les années 2006 à 2008. Ces arguments ne portent pas sur l'interprétation du Programme ASRA, mais bien sur l'exécution par La Financière de ses obligations

its contractual obligations and to its exercise of its powers under the contract. As we have already said, the standards applicable to such questions are good faith and contractual fairness.

[31] With this in mind, the appellants submit that the GRÉPA study cannot be considered to be [TRANSLATION] “an independent, reliable, serious and representative economic study” (A.F., at para. 95). They argue that the GRÉPA study (and, more generally, the calculation of their compensation) has a number of failings that can be placed in four different categories: (1) the use of a flawed statistical method, (2) a lack of independence and objectivity on La Financière’s part, (3) the insufficiency of consultations with the farming businesses concerned, and (4) the use of economic factors that are “divorced from reality” (A.F., at para. 107). The appellants ask this Court to order the payment of an amount representing the shortfall from their compensation as calculated by the expert they called to testify at trial. Both the Superior Court and the Court of Appeal rejected all four of these arguments. We find that there is no cause to intervene with regard to any of them.

(1) Use of a Flawed Statistical Method in the GRÉPA Study

[32] The appellants submit that the statistical method used in the study was flawed because [TRANSLATION] “a limited number of farms were deliberately retained as a sample owing to, among other things, a lack of participation and follow-up by stakeholders” (A.F., at para. 108). In the appellants’ submission, the evidence shows that Ms. Gilbert adjusted the sample to eliminate less productive farm workers, thereby skewing the average. The study is therefore not representative and appropriate methods were not employed in carrying it out.

[33] The trial judge rejected these arguments, finding that [TRANSLATION] “[t]he [appellants’] allegations regarding the GRÉPA study are not persuasive, particularly given that the study resulted from the collaboration of a number of representatives, including those of the producers and of MAPAQ” (para. 66). He also stated that the person responsible for the

contractuelles et sur l’exercice des pouvoirs que lui confère le contrat. Au risque de nous répéter, les normes applicables à ces questions sont la bonne foi et l’équité contractuelle.

[31] De ce point de vue, les appelants soutiennent que l’étude GRÉPA ne peut être considérée comme « une étude économique indépendante, fiable, sérieuse et représentative » (m.a., par. 95). Ils plaident que l’étude GRÉPA (et le calcul de leurs compensations plus généralement) est entachée de vices relevant de quatre catégories : (1) l’utilisation d’une méthode statistique déficiente, (2) l’absence d’indépendance et d’objectivité de la part de La Financière, (3) l’insuffisance de la consultation des entreprises agricoles visées et (4) l’utilisation de paramètres économiques « déconnectés de la réalité » (m.a., par. 107). Ils demandent à la Cour d’ordonner le versement d’un manque à gagner au titre de leurs compensations, tel que l’a calculé l’expert qu’ils ont fait entendre en première instance. La Cour supérieure et la Cour d’appel ont toutes deux rejeté chacune de ces prétentions. Nous estimons qu’il n’y a pas lieu d’intervenir à l’égard de l’un ou l’autre de ces quatre arguments.

(1) L’utilisation d’une méthode statistique déficiente dans le cadre de l’étude GRÉPA

[32] Selon les appelants, la méthode statistique utilisée serait déficiente, car on aurait « volontairement retenu un nombre limité de fermes à titre d’échantillon en raison notamment de l’absence de participation et de suivi des intervenants » (m.a., par. 108). La preuve révélerait que M^{me} Gilbert a ajusté l’échantillon pour éliminer les ouvriers agricoles moins performants, faussant ainsi la moyenne. L’étude ne serait donc pas représentative et n’aurait pas été réalisée selon les règles de l’art.

[33] Le juge de première instance a rejeté ces arguments, concluant que « [l]es [appelants] ne [le] convainquent pas des reproches qu’ils formulent à l’égard de l’étude GRÉPA, d’autant plus que cette étude résulte de la collaboration de plusieurs représentants, notamment ceux des producteurs et du MAPAQ » (par. 66). Il a ajouté que la responsable

GRÉPA study had “satisfied [him] of her great professional competence as regards the collection of information and the planning and conducting of studies of the costs of agricultural production, whether for crops or animals” (para. 66). This finding of fact cannot be reversed unless the trial judge made a palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 19-25).

[34] The appellants have not shown that such an error was made in this case. The trial judge carefully weighed the testimony of the accounting experts and experts in statistics and gave exhaustive reasons for his finding. We see no grounds for reversing it. This argument must fail.

(2) Lack of Independence and Objectivity in the GRÉPA Study

[35] The appellants submit that MAPAQ and La Financière [TRANSLATION] “interfered constantly” in the GRÉPA study and that changes were made to the study following “several exchanges” between GRÉPA and MAPAQ (A.F., at para. 125). They allege that GRÉPA subordinated its decision-making authority to that of La Financière and that the study was therefore not independent.

[36] First of all, we note that there is no mention anywhere of an obligation to ensure that the economic and statistical study referred to in ss. 86 and 87 of the ASRA Program is carried out independently. On the contrary, s. 87 provides that La Financière may take any [TRANSLATION] “other data it deems relevant” into account in establishing the annual receipts and net annual income of the benchmark farm. Here again, the applicable legal standards are good faith and contractual fairness.

[37] The appellants do not allege any specific error that might warrant the intervention of the Court with regard to the trial judge’s general finding that the study had been carried out competently and employing appropriate methods, and that this meant that the requirements relating to good faith had been met. This argument must therefore be rejected.

de l’étude GRÉPA « [le] convainc [. . .] de sa haute compétence professionnelle pour la cueillette d’informations, la confection et l’exécution d’études de coûts de production agricole, végétale ou animale » (par. 66). Cette conclusion de fait ne peut être écartée que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 19-25).

[34] Or, les appelants n’ont pas su démontrer l’existence d’une telle erreur en l’espèce. Le premier juge a soigneusement soupesé les témoignages des experts comptables et des experts en statistique et il a justifié sa conclusion de manière exhaustive. Nous ne décelons aucun motif justifiant de l’écarter. Cet argument doit échouer.

(2) Absence d’indépendance et d’objectivité dans le cadre de l’étude GRÉPA

[35] Les appelants prétendent qu’il y a eu « intervention constante » du MAPAQ et de La Financière dans l’étude GRÉPA, et qu’il y a eu des modifications apportées à l’étude à la suite de « plusieurs échanges » entre le GRÉPA et le MAPAQ (m.a., par. 125). Le GRÉPA aurait subordonné son pouvoir décisionnel à celui de La Financière, et l’étude ne serait donc pas indépendante.

[36] Nous notons d’entrée de jeu que l’on ne trouve nulle part d’obligation d’assurer l’indépendance dans la réalisation de l’étude économique et statistique mentionnée aux art. 86 et 87 du Programme ASRA. Au contraire, l’art. 87 de ce programme permet à La Financière de tenir compte de toutes « autres données qu’elle juge pertinentes » dans l’établissement des recettes annuelles et du revenu annuel net de la ferme-type. Les normes juridiques applicables sont, ici encore, la bonne foi et l’équité contractuelle.

[37] Les appelants n’allèguent aucune erreur précise qui pourrait justifier l’intervention de la Cour à l’égard de la conclusion générale du juge de première instance selon laquelle l’étude a été réalisée avec compétence et selon les règles de l’art, satisfaisant par le fait même aux impératifs de la bonne foi. Cet argument doit donc être rejeté.

(3) Insufficiency of Consultations With the Farming Businesses Concerned

[38] The appellants submit that the technical committee and working committee did not hold genuine consultations, as the positions taken by the FPPQ were [TRANSLATION] “buried” in those committees’ proceedings (A.F., at para. 131). They allege that the FPPQ’s requests were ignored.

[39] In support of this argument, the appellants refer to an obligation mentioned in s. 2 of the ASRA Program, namely that La Financière hold a [TRANSLATION] “consultation with representatives of farming businesses”. However, this obligation to consult relates solely to the determination of the stabilized net annual income, which corresponds to a percentage of the average salary of a skilled worker in Quebec. The GRÉPA study was concerned with the calculation not of the stabilized net annual income, but of the net annual income and, more specifically, its component relating to the costs of production of hogs and piglets. There was therefore no obligation to consult in respect of the GRÉPA study.

[40] In any event, the trial judge’s finding that there had been extensive consultations in the course of that study is beyond reproach. This finding attests to the good faith of those responsible for the study and of La Financière, as well as to the fairness of their decisions. This third argument must fail like the first two.

(4) Use of Inadequate Economic Factors

[41] Finally, the appellants submit that the factors used to determine the [TRANSLATION] “salary of a skilled worker” do not meet their reasonable expectations, as those factors are not “consistent with their reality” but are instead “dictated by the financial implications” for the ASRA Program (A.F., at para. 153). The appellants note that employer contributions were not taken into account in calculating the skilled worker’s salary. They add that the calculation of the benchmark farm’s income did not account

(3) L’insuffisance de la consultation des entreprises agricoles visées

[38] Les appelants soutiennent que le comité technique et le comité de travail n’ont pas mené une véritable consultation, car les positions exprimées par la FPPQ étaient « noyées » dans le cadre des travaux de ces comités (m.a., par. 131). On aurait ignoré les demandes de la FPPQ.

[39] En formulant cet argument, les appelants se réfèrent à une obligation mentionnée à l’art. 2 du Programme ASRA qui impose à La Financière de procéder à une « consultation des représentants des entreprises agricoles ». Cependant, cette obligation de consultation vise exclusivement la détermination du revenu annuel net stabilisé, lequel correspond à un pourcentage du salaire moyen d’un ouvrier spécialisé au Québec. Or, l’étude GRÉPA ne portait pas sur le revenu annuel net stabilisé, mais sur le revenu annuel net et plus particulièrement sur sa composante relative aux coûts de production des produits porc et porcelet. Il n’y avait donc pas d’obligation de consultation prévue à l’égard de l’étude GRÉPA.

[40] Quoi qu’il en soit, la conclusion du juge de première instance selon laquelle il y a eu une importante consultation dans la réalisation de cette étude est inattaquable. Cette conclusion atteste la bonne foi des responsables de l’étude et de La Financière, ainsi que le caractère équitable de leurs décisions. Ce troisième argument doit subir le même sort que les deux premiers.

(4) L’utilisation de paramètres économiques inadéquats

[41] Les appelants soutiennent finalement que les paramètres utilisés pour déterminer le « salaire de l’ouvrier spécialisé » ne répondent pas à leurs attentes raisonnables, car ils ne sont pas « conformes à leur réalité » mais sont plutôt « dictés par les implications financières » pour le Programme ASRA (m.a., par. 153). Les appelants mentionnent que le calcul du salaire de l’ouvrier spécialisé ne tient pas compte des contributions de l’employeur. Ils ajoutent que les revenus de la ferme-type ne tiennent

for expenses actually incurred with regard to depreciation, and that the weight of hogs delivered to the slaughterhouse was not indexed. They argue that the effect of these failings is that the calculation of the compensation that was granted to them for the years from 2006 to 2008 is invalid.

[42] The appellants' argument regarding the factors used to determine the salary of a skilled worker is without merit, as that salary is taken into account only when establishing the stabilized net annual income, which the GRÉPA study did not address. The issue at trial concerned the GRÉPA study, not the establishment of the stabilized net annual income. In any event, there is nothing in the evidence to suggest that La Financière acted in bad faith or made unfair decisions in fixing the stabilized net annual income.

[43] Regarding the arguments on depreciation and indexation, the appellants have once again failed to persuade us that they are right in challenging the trial judge's findings that La Financière acted in good faith and that appropriate methods were employed as regards the GRÉPA study and the other factors considered by La Financière. This fourth argument must also fail.

VI. Disposition

[44] We would therefore dismiss the appeal, without costs for the reasons given by the trial judge and the Court of Appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: BCF, Montréal.

Solicitor for the respondent: La Financière agricole du Québec, Lévis.

pas compte des dépenses réelles engagées en ce qui a trait à l'amortissement, et que le poids des porcs livrés à l'abattoir n'est pas indexé. Ces lacunes invalideraient le calcul des compensations qui leur ont été octroyées pour les années 2006 à 2008.

[42] L'argument des appelants sur les paramètres utilisés pour déterminer le salaire de l'ouvrier spécialisé est sans fondement, puisque ce salaire n'est pris en compte que dans l'établissement du revenu annuel net stabilisé, qui ne faisait pas l'objet de l'étude GRÉPA. Or, les débats en première instance ont porté sur l'étude GRÉPA, et non sur l'établissement du revenu annuel net stabilisé. À tout événement, rien dans la preuve ne suggère que La Financière a fait preuve de mauvaise foi ou a rendu des décisions inéquitables en fixant le revenu annuel net stabilisé.

[43] En ce qui concerne les arguments sur l'amortissement et l'indexation, ici encore, les appelants ne nous convainquent pas de la justesse des reproches qu'ils formulent à l'encontre des conclusions du premier juge selon lesquelles l'étude GRÉPA et les autres paramètres retenus par La Financière ont été fixés de bonne foi et dans le respect des règles de l'art. Ce quatrième argument ne peut être retenu non plus.

VI. Dispositif

[44] Nous sommes donc d'avis de rejeter le pourvoi, et ce, sans frais pour les motifs exprimés tant par le juge de première instance que par la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : BCF, Montréal.

Procureur de l'intimée : La Financière agricole du Québec, Lévis.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Boards and tribunals — Regulatory boards — Canadian Transportation Agency — Transportation law — Railways — Regulatory process — Presumption Agency acted properly in amending rail regulations — No facts adduced rebutting presumption — Regulations Amending the Railway Interswitching Regulations, SOR/2014-193.

CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 6.

2. Judicial review — Standard of review — Arbitration — Inquiry — Interlocutory decision allowing examination of members of decision-making authority of public employer on motives for their decision to dismiss employee — Objections to examination — Whether questions related to principle that motives are “unknowable” and deliberative secrecy that were raised before arbitrator are sufficiently important to legal system that standard applicable to judicial review of interlocutory decision must be correctness.

COMMISSION SCOLAIRE DE LAVAL V. SYNDICAT DE L'ENSEIGNEMENT DE LA RÉGION DE LAVAL, 29.

3. Judicial review — Standard of review — Employer terminating non-unionized employee on a without-cause basis with severance package — Employee filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code — Adjudicator allowing employee's complaint — Whether decision of Adjudicator reasonable — Streamlining standard of review framework — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.

WILSON V. ATOMIC ENERGY OF CANADA LTD., 770.

AGRICULTURE

1. Farm income stabilization — Compensation — Calculation method — Legal framework applicable to Quebec's Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles — Participants in program contesting method for calculating compensation payments that was adopted by La Financière agricole du Québec to take federal government grants to farmers into account — Whether program is contract and,

AGRICULTURE — (Concluded)

if so, whether it is subject to rules applicable to contract of insurance within meaning of Civil Code of Québec — Whether La Financière, in determining compensation payable to participants under program, acted in conformity with its rights and obligations by linking amounts at issue collectively — Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, 2001, 133 G.O. 1, 1336, s. 88(3).

FERME VI-BER INC. V. FINANCIÈRE AGRICOLE DU QUÉBEC, 1032.

2. Farm income stabilization — Compensation — Calculation method — Legal framework applicable to Quebec's Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles — Participants in program contesting method for calculating compensation payments that was adopted by La Financière agricole du Québec on basis of economic and statistical study — Whether program is contract and, if so, whether it is subject to rules applicable to contract of insurance within meaning of Civil Code of Québec — Whether trial judge erred in refusing to award damages to program's participants for alleged injury related to compensation that was paid — Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, (2001) 133 G.O. 1, 1336, ss. 86, 87.

LAFORTUNE V. FINANCIÈRE AGRICOLE DU QUÉBEC, 1091.

CIVIL PROCEDURE

1. Supreme Court of Canada — Filing of documents by applicant — Matter referred to judge by Registrar — Power of Registrar to refuse document that does not comply with Rules of Court — Documents do not comply with Rules and must be returned by Registrar — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 19(2)(a).

S.H. V. QUEBEC (EMPLOI ET SOLIDARITÉ SOCIALE), 3.

2. Motion to strike affidavit in support of application for leave to appeal — Affidavit opinion evidence lacking proper foundation and therefore inadmissible — Evidence consisting largely of sworn argument addressing ultimate questions

CIVIL PROCEDURE — (Concluded)

in issue on proposed appeal and improperly attacking correctness of Court of Appeal decision below — Affidavit evidence rarely relevant and useful to Court in deciding whether application for leave to appeal raises issues of public importance — Motion granted — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 89.

BRINE V. INDUSTRIAL ALLIANCE INSURANCE AND FINANCIAL SERVICES INC., 72.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Remedy — Judgments and orders — Court declaring, in *Carter v. Canada* (Attorney General), that Criminal Code prohibition on physician-assisted death is of no force or effect to specified extent, and suspending its declaration for 12 months — Attorney General of Canada applying for six-month extension of suspension of declaration of invalidity — Four-month extension justified by delay due to federal election — Exemption from extension granted to Quebec in respect of ss. 4 and 26 to 32 of Act respecting end-of-life care, CQLR, c. S-32.0001 — Exemption granted for those who wish, during extension period, to seek assistance in ending their life in accordance with criteria set out in *Carter*.

CARTER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 13.

2. Charter of Rights — Arbitrary detention — Remedy — Exclusion of evidence — Detention of accused by police unlawful — Weighing of relevant factors not favouring exclusion of evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(2).

R. v. GAGNON, 25.

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

DANIELS V. CANADA (INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), 99.

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

4. Charter of Rights — Courts — Jurisdiction — Provincial court judge deciding mandatory minimum sentencing provision unconstitutional — Whether provincial court has power to determine constitutionality.

R. v. LLOYD, 130.

5. Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Controlled substances offence — Accused convicted of possessing controlled substances for purpose of trafficking and sentenced to one year of imprisonment — Whether one-year mandatory minimum imprisonment term pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act results in cruel and unusual punishment and therefore infringes s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Whether Court of Appeal erred in increasing sentence to 18 months — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 5(3)(a)(i)(D).

R. v. LLOYD, 130.

6. Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether one-year mandatory minimum sentence pursuant to s. 5(3)(a)(i)(D) of Controlled Drugs and Substances Act infringes s. 7 of Charter.

R. v. LLOYD, 130.

7. Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Sentencing — Credit for pre-sentence custody — Criminal Code denying enhanced credit in certain circumstances — Whether denial of enhanced credit for pre-sentence custody to offenders who are denied bail primarily because of prior conviction is overbroad in violation of s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 515(9.1), 719(3.1).

R. v. SAFARZADEH-MARKHALI, 180.

8. Charter of Rights — Fundamental justice — Sentencing — Whether proportionality in sentencing process a principle of fundamental justice under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. SAFARZADEH-MARKHALI, 180.

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

9. Charter of Rights — Search and seizure — Professional secrecy of notaries and lawyers — Income tax — Tax audit and collection — Whether ss. 231.2(1) and 231.7 and definition of “solicitor-client privilege” set out in s. 232(1) of Income Tax Act infringe right guaranteed by s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms insofar as they apply to lawyer or notary — If so, whether that impairment can be justified under s. 1 of Charter — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) “solicitor-client privilege”.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 336.

10. Division of powers — Radiocommunication — Interjurisdictional immunity — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve inapplicable by reason of doctrine of interjurisdictional immunity — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. CHÂTEAUGUAY (CITY), 467.

11. Division of powers — Radiocommunication — Pith and substance doctrine — Double aspect doctrine — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve is ultra vires city on basis that it relates in pith and substance to exclusive federal power — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

ROGERS COMMUNICATIONS INC. v. CHÂTEAUGUAY (CITY), 467.

12. Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused arrested in connection with sexual assault — Police have reasonable grounds to believe complainant’s DNA is present on accused’s penis — Police seek penile swab from accused — Accused complies in privacy of police cell — Police do not attempt to obtain warrant — Complainant’s DNA detected on swab and introduced as evidence at trial — Whether common law power of search incident to arrest authorizes penile swabs — Whether swab was unreasonable and contrary to accused’s right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. SAEED, 518.

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

13. Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of three years to trial — Whether accused’s right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

R. v. VASSELL, 625.

14. Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of more than four years between charges and end of trial — Whether accused’s right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for applying s. 11(b).

R. v. JORDAN, 631.

15. Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Delay of nearly three years between charges and end of trial — Whether accused’s right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — New framework for determining s. 11(b) infringement applied.

R. v. WILLIAMSON, 741.

16. Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Sentencing — Accused pleaded guilty to incest and making child pornography — Retrospective application of amendments to Criminal Code expanding scope of community supervision measures sentencing judge can impose on sexual offenders — Offences committed prior to amendments but accused sentenced after — Whether new prohibition measures contained in Criminal Code constitute punishment such that their retrospective operation limits right protected by s. 11(i) of Charter — If so, whether limit is justified — Reformulation of s. 11(i) test for punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 161(1)(c), (d).

R. v. K.R.J., 906.

17. Charter of Rights — Fundamental justice — Armed forces — Prosecutorial independence — Right to trial by independent tribunal — Members of Canadian Forces charged with criminal offences — Sections 230.1 and 245(2) of National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, giving Minister of National Defence authority to appeal from decisions of court martial or Court Martial Appeal Court — Whether these provisions violate ss. 7 and 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. CAWTHORNE, 983.

CRIMINAL LAW

1. Evidence — Corroboration — Hearsay — Trial judge properly considering confirmatory evidence — Trial judge's error concerning test for hearsay not affecting result at trial — Accused's acquittal for manslaughter restored.

R. v. SERUHUNGO, 9.

2. Sexual assault — Charge to jury — Mistaken belief in consent — Failure of trial judge to instruct jury on need to take reasonable steps to ascertain consent having material bearing on acquittal — New trial justified.

R. v. SPICER, 11.

3. Trial — Effective assistance of counsel — Accused challenging competence of his trial counsel — Majority of Court of Appeal correct in rejecting accused's submissions of ineffective assistance — No miscarriage of justice occurred.

R. v. MEER, 23.

4. First degree murder — Elements of offence — Kidnapping and forcible confinement — Accused prevented victim from escaping his apartment and killed him — Act of forcible confinement distinct and independent from act of killing — Conviction for first degree murder entered by trial judge reinstated — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231(5)(e).

R. v. NEWMAN, 27.

5. Controlled drugs and substances — Trafficking — Parties to offence — Aiding and abetting — Accused provided protection to cocaine distribution business — Court of Appeal properly holding that accused aided and abetted offence of trafficking through distribution — Accused's convictions for trafficking in cocaine upheld.

R. v. KNAPCZYK, 78.

6. Infanticide — Elements of offence — Accused found guilty of infanticide in relation to her deceased newborns — Offence provision providing that female person commits infanticide when by wilful act or omission she causes death of her newly-born child, if at time of act or omission she is not fully recovered from effects of giving birth to child and by reason thereof or of effect of lactation consequent on birth of child her mind is then disturbed — Legal meaning of expression "her mind is then disturbed" — Whether trial judge failed to apply legal standard set out by statutory language and failed to appreciate evidence of accused's mental state — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 233.

R. v. BOROWIEC, 80.

CRIMINAL LAW — (Continued)

7. Evidence — Disclosure — Interception of communications — Accused charged with bribing foreign public officials — Accused challenging wiretap authorizations on Garofoli application — Accused seeking production of documents held by third party international financial organization and validation of subpoenas to organization's personnel in support of application — Whether documents sought by accused are relevant to Garofoli application — Proper threshold for third party production on a Garofoli application.

WORLD BANK GROUP v. WALLACE, 207.

8. Appeals — Unreasonable verdict — Verdict of trial judge reasonable — Accused's conviction for first degree murder upheld.

R. v. SHAOULLE, 268.

9. Charge to jury — Defences — Alibi — Fabrication of alibi — Application of curative proviso — Trial judge's instruction to jury with respect to fabrication of alibi was erroneous, but evidence is so overwhelming that trier of fact would inevitably have entered conviction against accused — Convictions for first degree murder and attempted murder upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. LALIBERTÉ, 270.

10. Bestiality — Elements of offence — Interpretation — Accused convicted of bestiality — Accused put peanut butter on complainant's vagina and had dog lick it off while he videotaped — Whether term "bestiality" has well-understood legal meaning in common law and if so, whether Parliament intended to depart from that meaning when that term was first introduced in English version of Criminal Code — Whether penetration an essential element of offence of bestiality — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 160.

R. v. D.L.W., 402.

11. Trial — Evidence — Mistrial — Accused bringing motion for mistrial on basis of prejudice arising from inadmissible re-examination evidence — Whether military judge erred in declining to grant mistrial.

R. v. CAWTHORNE, 983.

12. Evidence — Circumstantial evidence — Inferences — Reasonable verdict — Accused found guilty on charge of possession of child pornography — Whether trial judge erred in his analysis of circumstantial evidence by requiring

CRIMINAL LAW — (Concluded)

that inference supporting conclusion other than guilt be based on evidence rather than upon lack of evidence — Whether guilty verdict was unreasonable.

R. v. VILLAROMAN, 1000.

EMPLOYMENT LAW

Unjust dismissal — Dismissal without cause — Non-unionized employees — Employer terminating non-unionized employee on a without-cause basis with severance package — Employee filing unjust dismissal complaint under Canada Labour Code — Whether non-unionized employees can be lawfully dismissed without cause under Code — Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240.

WILSON v. ATOMIC ENERGY OF CANADA LTD., 770.

LABOUR RELATIONS

Dismissal — Arbitration — Grievances — Collective agreement stipulating that decision to dismiss teacher could be made only after “thorough deliberations” by school board’s executive committee — Executive committee deciding to dismiss teacher by way of resolution adopted after deliberations held in camera — Arbitrator allowing examination of members of executive committee on motives for their decision — Whether principle that motives are “unknowable” and deliberative secrecy apply to public employer that decides to take disciplinary action against employee.

COMMISSION SCOLAIRE DE LAVAL v. SYNDICAT DE L’ENSEIGNEMENT DE LA RÉGION DE LAVAL, 29.

MORTGAGES

Interest — Rate of interest — Payments in arrears — Mortgage terms providing for discount — Legislation precluding mortgagee from imposing terms that have effect of charging higher rate of interest on money in arrears than that charged on principal money not in arrears — Whether

MORTGAGES — (Concluded)

legislation offended by terms of mortgage agreement imposing an “interest rate” that takes effect only where mortgagor falls into default by failing to make prescribed payments at lower “pay rate” of interest or by failing to pay out loan upon maturity — Whether there is distinction between (1) terms imposing, by way of penalty, a higher rate in event of default, and (2) terms reserving, by way of discount, a lower rate in event of no default — Interest Act, R.S.C. 1985, c. I-15, ss. 2, 8.

KRAYZEL CORP. v. EQUITABLE TRUST CO., 273.

PERSONAL PROPERTY SECURITY

City entering into agreement with building owner providing for incentive payments to compensate for decrease in economic value due to historic resource designation and for cost of rehabilitation work — Building owner assigning right to incentive payments to two successive lenders as security for loans — Building sold in judicial sale — First lender assigning interest in payments to purchaser after closing of sale — Whether priority of interests in payments governed by Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7.

HERITAGE CAPITAL CORP. v. EQUITABLE TRUST CO., 306.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Whether Ontario courts should assume jurisdiction over third party claim brought by Ontario law firm against several law firms located in Quebec in the context of national class action certified in Ontario — If so, whether Ontario courts ought to decline to exercise jurisdiction on ground that court of another jurisdiction is clearly a more appropriate forum for disposing of litigation.

LAPINTE ROSENSTEIN MARCHAND MELANÇON LLP v. CASSELS BROCK & BLACKWELL LLP, 851.

PROPERTY

Real property — Sale — Right to incentive payments arising under Incentive Agreement registered by caveat on title to land — City adopting by-law designating building as municipal historical resource under Historical Resources Act — City entering into agreement with building owner providing for yearly payments over 15 years to compensate for decrease in economic value due to designation and for cost of rehabilitation work, and imposing restrictions on use of building — Agreement registered by caveat on title to land — Building sold in judicial sale — Whether incentive payments constitute positive covenant running with land either by virtue of Historical Resources Act or by virtue of agreement between City and building owner — Whether incentive payments sold as asset in judicial sale — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, s. 29.

HERITAGE CAPITAL CORP. v. EQUITABLE TRUST CO.,
306.

PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Jurisdictional immunity — International organizations — Financial institutions — Accused in Canadian criminal proceedings applying for third party production order to compel senior investigators of international financial organization to appear before court and produce documents — International financial organization claiming archival and personnel immunities under its Articles of Agreement — Whether claimed immunities apply to international financial organization — Bretton Woods and Related Agreements Act, R.S.C. 1985, c. B-7, Sch. II, arts. I, III, s. 5(b), art. VII, ss. 1, 3, 5, 6, 8, Sch. III, arts. I, V, s. 1(g), (h), art. VIII, ss. 1, 3, 5, 6, 8.

WORLD BANK GROUP v. WALLACE, 207.

TAXATION

1. Income tax — Enforcement — Professional secrecy of notaries and lawyers — Statutory provision requiring provision of documents or information for audit or enforcement purposes — Constitutional validity of requirement

TAXATION — (Concluded)

scheme with respect to notaries and lawyers and of exception for accounting records of lawyer provided for in definition of “solicitor-client privilege” set out in Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) “solicitor-client privilege”.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CHAMBRE DES
NOTAIRES DU QUÉBEC, 336.

2. Income tax — Enforcement — Solicitor-client privilege — Statutory requirement to provide documents or information for purposes of audit and enforcement — Lawyer refusing to comply with request for details about his accounts receivable claiming solicitor-client privilege — Whether definition of “solicitor-client privilege” in Income Tax Act was intended to exclude lawyer’s accounting records — Whether Federal Court of Appeal acted appropriately in sending taxpayer’s case back to Federal Court — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) “solicitor-client privilege”.

CANADA (NATIONAL REVENUE) v. THOMPSON, 381.

WORKERS’ COMPENSATION

Occupational disease — Causation — Evidence — Standard of proof — Hospital laboratory technicians diagnosed with breast cancer applying for compensation on basis that their cancers are occupational diseases — Compensation payable if employment is of causative significance in development of disease — Medical experts unable to find sufficient scientific basis to establish causal link between workers’ cancers and employment — Whether Tribunal erred in its approach to causation in deciding that workers’ cancer was occupational disease arising due to nature of employment — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, ss. 6, 250(4).

BRITISH COLUMBIA (WORKERS’ COMPENSATION
APPEAL TRIBUNAL) v. FRASER HEALTH AUTHORITY,
587.

INDEX

ACCIDENTS DU TRAVAIL

Maladie professionnelle — Lien de causalité — Preuve — Norme de preuve — Techniciennes du laboratoire d'un hôpital atteintes d'un cancer du sein demandant une indemnisation parce que leur cancer constitue une maladie professionnelle — Indemnisation payable s'il existe un lien causal significatif entre l'emploi et l'évolution de la maladie — Experts médicaux incapables de conclure à l'existence de données scientifiques permettant d'établir un lien de causalité entre le cancer des employées et leur travail — Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son analyse du lien de causalité en décidant que le cancer dont étaient atteintes les employées était une maladie professionnelle attribuable à la nature de leur travail? — Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492, art. 6, 250(4).

COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION APPEAL TRIBUNAL) C. FRASER HEALTH AUTHORITY, 587.

AGRICULTURE

1. Stabilisation des revenus agricoles — Compensation — Mode de calcul — Cadre juridique applicable au Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles du Québec — Adhérents au programme contestant le mode de calcul des compensations payables retenu par La Financière agricole du Québec qui tient compte de l'octroi de subventions fédérales aux agriculteurs — Le programme est-il un contrat et, dans l'affirmative, est-il régi par les règles applicables aux contrats d'assurance au sens du Code civil du Québec? — La Financière a-t-elle agi conformément à ses droits et obligations en fixant selon un mode d'arrimage collectif les compensations payables aux adhérents en vertu du programme? — Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, 2001, 133 G.O. 1, 1336, art. 88(3).

FERME VI-BER INC. C. FINANCIÈRE AGRICOLE DU QUÉBEC, 1032.

2. Stabilisation des revenus agricoles — Compensation — Mode de calcul — Cadre juridique applicable au Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles

AGRICULTURE — (Fin)

du Québec — Adhérents au programme contestant le mode de calcul des compensations payables retenu par La Financière agricole du Québec qui s'appuie sur une étude économique et statistique — Le programme est-il un contrat et, dans l'affirmative, est-il régi par les règles applicables aux contrats d'assurance au sens du Code civil du Québec? — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en refusant d'octroyer des dommages-intérêts aux adhérents au programme pour le préjudice allégué quant aux compensations versées? — Programme d'assurance stabilisation des revenus agricoles, (2001) 133 G.O. 1, 1336, art. 86, 87.

LAFORTUNE C. FINANCIÈRE AGRICOLE DU QUÉBEC, 1091.

BIENS

Biens réels — Vente — Droit à des paiements incitatifs découlant d'un contrat incitatif enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Adoption par la Ville d'un arrêté désignant un édifice ressource historique municipale en application de la Historical Resources Act — Conclusion par la Ville avec le propriétaire de l'édifice d'un contrat qui prévoit le versement sur une période de 15 ans de paiements annuels visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation et pour les frais des travaux de restauration, et qui impose certaines restrictions quant à l'utilisation de l'édifice — Contrat enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Édifice vendu lors d'une vente sous contrôle de justice — Les paiements incitatifs constituent-ils un engagement positif qui se rattache au bien-fonds soit par l'effet de la Historical Resources Act, soit en vertu du contrat entre la Ville et le propriétaire de l'édifice? — Les paiements incitatifs faisaient-ils partie des éléments d'actif vendus lors de la vente sous contrôle de justice? — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, art. 29.

HERITAGE CAPITAL CORP. C. ÉQUITABLE, CIE DE FIDUCIE, 306.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Organismes et tribunaux administratifs — Organismes de réglementation — Office des transports du Canada — Droit des transports — Chemins de fer — Processus réglementaire — Présomption que l'Office a agi correctement lors de la modification du règlement relatif aux chemins de fer — Aucun fait produit susceptible de réfuter la présomption — Règlement modifiant le Règlement sur l'interconnexion du trafic ferroviaire, DORS/2014-193.

COMPAGNIE DE CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE
C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 6.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Arbitrage — Instruction — Sentence interlocutoire permettant l'interrogatoire des membres d'un organe décisionnel d'un employeur public sur les motifs de leur décision de congédier un salarié — Objections à l'interrogatoire — Les questions relatives au principe de l'« inconnaisabilité des motifs » et au secret du délibéré soulevées devant l'arbitre sont-elles d'une importance telle pour le système juridique que le contrôle judiciaire de la sentence interlocutoire doit être assujéti à la norme de la décision correcte?

COMMISSION SCOLAIRE DE LAVAL C. SYNDICAT DE
L'ENSEIGNEMENT DE LA RÉGION DE LAVAL, 29.

3. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Licenciement non motivé par l'employeur d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte pour congédiement injuste déposée par l'employé en vertu du Code canadien du travail — Plainte de l'employé accueillie par l'arbitre — La décision de l'arbitre était-elle raisonnable? — Simplification du cadre d'analyse de la norme de contrôle — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.

WILSON C. ÉNERGIE ATOMIQUE DU CANADA LTÉE, 770.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Réparation — Jugements et ordonnances — Déclaration par la Cour, dans Carter c. Canada (Procureur général), selon laquelle les dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir sont inopérantes à certains égards et suspension de la prise d'effet de cette déclaration pour une période de 12 mois — Requête du procureur général du Canada sollicitant une prorogation de six mois de la suspension de la déclaration d'invalidité — Prorogation de quatre mois justifiée en raison des délais occasionnés par la tenue d'une élection fédérale

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

— Exemption de l'application de la prorogation accordée à la province de Québec soustraite à la prorogation quant aux art. 4 et 26 à 32 de la Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c. S-32.0001 — Exemption accordée à ceux qui, pour la durée de la prorogation, souhaitent demander de l'aide pour mettre fin à leurs jours sur le fondement des critères dans Carter.

CARTER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 13.

2. Charte des droits — Détention arbitraire — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Détention de l'accusé par les policiers illégale — Mise en balance des facteurs pertinents ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(2).

R. C. GAGNON, 25.

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

DANIELS C. CANADA (AFFAIRES INDIENNES ET DU
NORD CANADIEN), 99.

4. Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte?

R. C. LLOYD, 130.

5. Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Infraction relative à des substances réglementées — Accusé reconnu coupable de possession de substances réglementées en vue d'en faire le trafic et condamné à un an d'emprisonnement — La peine minimale obligatoire d'un an d'emprisonnement que prévoit l'art. 5(3)a)(i)(D) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances équivaut-elle à une peine cruelle et inusitée de manière à contrevénir à l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle se justifier par application de l'article premier de la Charte? — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'accroître la peine et de la porter à 18 mois? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 5(3)a(i)(D).

R. C. LLOYD, 130.

6. Charte des droits — Tribunaux — Compétence — Décision d'un juge d'une cour provinciale selon laquelle une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est inconstitutionnelle — Une cour provinciale a-t-elle le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité?

R. C. LLOYD, 130.

7. Charte des droits — Justice fondamentale — Détermination de la peine — La proportionnalité dans le processus de détermination de la peine constitue-t-elle un principe de justice fondamentale pour les besoins de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. SAFARZADEH-MARKHALI, 180.

8. Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Détermination de la peine — Crédit pour détention présentencielle — Exclusion par le Code criminel de la majoration du crédit dans certaines circonstances — L'exclusion du crédit majoré pour détention présentencielle dans le cas des délinquants qui se voient refuser leur mise en liberté sous caution principalement en raison d'une condamnation antérieure a-t-elle une portée excessive de manière à contrevenir à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 515(9.1), 719(3.1).

R. C. SAFARZADEH-MARKHALI, 180.

9. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Secret professionnel du notaire et de l'avocat — Impôt sur le revenu — Vérification fiscale et recouvrement — Dans la mesure où les art. 231.2(1) et 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée à l'art. 232(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti par l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 336.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

10. Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Avis d'imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d'un système d'antennes de radiocommunication sur son territoire — La doctrine de l'exclusivité des compétences rend-elle l'avis de réserve inapplicable? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10a), (13), (16).

ROGERS COMMUNICATIONS INC. C. CHÂTEAUGUAY (VILLE), 467.

11. Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine du caractère véritable — Théorie du double aspect — Avis d'imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d'un système d'antennes de radiocommunication sur son territoire — L'avis de réserve est-il ultra vires de la compétence de la ville parce que son caractère véritable relève d'une compétence fédérale exclusive? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10a), (13), (16).

ROGERS COMMUNICATIONS INC. C. CHÂTEAUGUAY (VILLE), 467.

12. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à l'arrestation — Accusé arrêté relativement à une agression sexuelle — Policiers disposant de motifs raisonnables de croire que l'ADN de la plaignante se trouve sur le pénis de l'accusé — Prélèvement par écouvillonnage du pénis de l'accusé sollicité par les policiers — Accusé se soumettant à la procédure dans l'intimité d'une cellule du poste de police — Aucune tentative des policiers d'obtenir un mandat — ADN de la plaignante détecté dans l'échantillon prélevé et produit en preuve au procès — Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law autorise-t-il les prélèvements par écouvillonnage du pénis? — Le prélèvement effectué en l'espèce était-il abusif et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. SAEED, 518.

13. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de trois ans jusqu'au procès — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé, garanti à l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés, d'être jugé dans un délai raisonnable?

R. C. VASELL, 625.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

14. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de plus de quatre ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Nouveau cadre d'analyse pour l'application de l'art. 11b).

R. C. JORDAN, 631.

15. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de près de trois ans entre le dépôt des accusations et la fin du procès — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'art. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Application d'un nouveau cadre d'analyse pour décider s'il y a eu violation de l'art. 11b).

R. C. WILLIAMSON, 741.

16. Charte des droits — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité inscrit par l'inculpé à l'égard d'accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile — Application rétrospective de modifications du Code criminel ayant pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine peut soumettre un délinquant sexuel — Modifications apportées après la perpétration des infractions, mais avant la détermination de la peine — Les nouvelles interdictions prévues par le Code criminel infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'art. 11i) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée? — Reformulation du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'art. 11i) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161(1)c), d).

R. C. K.R.J., 906.

17. Charte des droits — Justice fondamentale — Forces armées — Indépendance de la poursuite — Droit d'être jugé par un tribunal indépendant — Militaires canadiens accusés d'infractions criminelles — Articles 230.1 et 245(2) de la Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, qui confèrent au ministre de la Défense nationale le pouvoir d'interjeter appel des décisions d'une cour martiale ou de la Cour d'appel de la cour martiale — Ces dispositions violent-elles les art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. CAWTHORNE, 983.

DROIT CRIMINEL

1. Preuve — Corroboration — Ouï-dire — Preuve corroborante adéquatement prise en compte par le juge du procès — Erreur du juge du procès concernant l'analyse relative au ouï-dire sans incidence sur l'issue du procès — Rétablissement de l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable.

R. C. SERUHUNGO, 9.

2. Agression sexuelle — Exposé au jury — Croyance erronée au consentement — Incidence significative sur l'acquittement de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives concernant l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement — Tenue d'un nouveau procès justifiée.

R. C. SPICER, 11.

3. Procès — Assistance effective d'un avocat — Contestation par l'accusé de la compétence de l'avocat qui l'a représenté à son procès — Allégations d'assistance ineffective formulées par l'accusé rejetées à juste titre par les juges majoritaires de la Cour d'appel — Absence d'erreur judiciaire.

R. C. MEER, 23.

4. Meurtre au premier degré — Éléments de l'infraction — Enlèvement et séquestration — Victime empêchée de s'enfuir de son appartement par l'accusé et tuée par ce dernier — Acte de séquestration constituant un acte distinct et indépendant de l'acte de tuer — Rétablissement de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée par le juge du procès — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5)e).

R. C. NEWMAN, 27.

5. Drogues et autres substances réglementées — Trafic — Parties à l'infraction — Aide et encouragement — Protection fournie par les accusés à un réseau de distribution de cocaïne — Conclusion bien fondée de la Cour d'appel portant que les accusés ont aidé à la commission de l'infraction de trafic par voie de distribution et encouragé sa perpétration — Déclarations de culpabilité prononcées contre les accusés pour trafic de cocaïne confirmées.

R. C. KNAPCZYK, 78.

6. Infanticide — Éléments de l'infraction — Accusée déclarée coupable d'infanticide eu égard à ses nouveau-nés décédés — Disposition pénale portant qu'une femme commet le crime d'infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né alors qu'elle n'est pas complètement remise d'avoir donné

DROIT CRIMINEL — (Suite)

naissance à l'enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant, son esprit est alors déséquilibré — Sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » — Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer la norme juridique établie par le libellé de la disposition et d'apprécier la preuve de l'état d'esprit de l'accusée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 233.

R. C. BOROWIEC, 80.

7. Preuve — Communication de la preuve — Interception de communications — Inculpés accusés d'avoir soudoyé des agents publics étrangers — Contestation par les inculpés des autorisations d'écoute électronique par voie d'une demande de type Garofoli — Communication de documents en la possession d'un tiers, une organisation financière internationale, et validation des assignations à comparaître délivrées à l'égard de membres du personnel de l'organisation sollicitées par les inculpés au soutien de la demande — Les documents dont la communication était requise par les inculpés sont-ils pertinents dans le cadre d'une demande de type Garofoli? — Quel est le critère applicable à la communication par des tiers dans le cadre d'une demande de type Garofoli?

GRUPE DE LA BANQUE MONDIALE C. WALLACE, 207.

8. Appels — Verdict déraisonnable — Verdict raisonnable rendu par le juge du procès — Confirmation de la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé.

R. C. SHAOULLE, 268.

9. Exposé au jury — Moyens de défense — Alibi — Fabrication d'un alibi — Application de la disposition réparatrice — Directive du juge du procès au jury sur la fabrication d'un alibi erronée mais preuve à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité de l'accusé — Déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré et tentative de meurtre confirmées — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. LALIBERTÉ, 270.

10. Bestialité — Éléments de l'infraction — Interprétation — Accusé reconnu coupable de bestialité — Accusé étendant du beurre d'arachides sur le vagin de la plaignante et faisant en sorte que le chien le lèche alors qu'il captait la scène sur bande vidéo — Le terme « bestialité » a-t-il un sens juridique bien défini en common law et, dans l'affirmative, le législateur a-t-il voulu s'écarter de cette signification lorsque ce terme a été introduit pour la première fois dans la version

DROIT CRIMINEL — (Fin)

anglaise du Code criminel? — La pénétration est-elle un élément essentiel de l'infraction de bestialité? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 160.

R. C. D.L.W., 402.

11. Procès — Preuve — Annulation du procès — Requête en annulation du procès présentée par l'accusé en raison du préjudice causé par un témoignage inadmissible donné en réinterrogatoire — Le juge militaire a-t-il commis une erreur en refusant d'annuler le procès?

R. C. CAWTHORNE, 983.

12. Preuve — Preuve circonstancielle — Inférences — Verdict raisonnable — Accusé déclaré coupable d'une accusation de possession de pornographie juvénile — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son analyse de la preuve circonstancielle en exigeant qu'une inférence ou une hypothèse appuyant une conclusion autre que la culpabilité soit basée sur la preuve plutôt que sur l'absence de preuve? — Le verdict de culpabilité était-il déraisonnable?

R. C. VILLAROMAN, 1000.

DROIT DE L'EMPLOI

Congédiement injustifié — Congédiement non motivé — Employés non syndiqués — Licenciement non motivé par l'employeur d'un employé non syndiqué avec indemnité de départ — Plainte pour congédiement injuste déposée par l'employé en vertu du Code canadien du travail — Le Code permet-il le congédiement non motivé des employés non syndiqués? — Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 240.

WILSON C. ÉNERGIE ATOMIQUE DU CANADA LTÉE, 770.

DROIT FISCAL

1. Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel du notaire et de l'avocat — Disposition législative exigeant la production de documents ou la fourniture de renseignements pour fins de vérification ou d'exécution — Validité constitutionnelle du régime des demandes péremptoires à l'égard des notaires et des avocats et de l'exception

DROIT FISCAL — (Fin)

relative aux relevés comptables d'un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure dans la loi — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, 336.

2. Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel de l'avocat — Obligation légale de communiquer des documents ou des renseignements aux fins de vérification ou d'exécution — Secret professionnel invoqué par un avocat pour refuser d'obtempérer à une demande de précisions sur ses comptes clients — Le législateur a-t-il voulu que, dans la Loi de l'impôt sur le revenu, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » exclue les relevés comptables de l'avocat? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu raison de renvoyer le dossier du contribuable à la Cour fédérale? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

CANADA (REVENU NATIONAL) C. THOMPSON, 381.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Choix du tribunal — Juridiction compétente — Forum non conveniens — Les tribunaux ontariens devraient-ils se déclarer compétents à l'égard d'une demande de mise en cause qu'un cabinet d'avocats de l'Ontario présente contre plusieurs cabinets d'avocats du Québec dans le cadre d'un recours collectif national certifié en Ontario? — Dans l'affirmative, les tribunaux ontariens devraient-ils refuser d'exercer leur compétence au motif que le tribunal d'un autre ressort est nettement plus approprié pour trancher le litige?

LAPOINTE ROSENSTEIN MARCHAND MELANÇON S.E.N.C.R.L. C. CASSELS BROCK & BLACKWELL LLP, 851.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Immunité de juridiction — Organisations internationales — Institutions financières — Demande de communication par des tiers présentée par des inculpés dans une poursuite criminelle au Canada en vue d'obtenir que des enquêteurs seniors d'une organisation financière internationale comparaissent devant les tribunaux canadiens et communiquent des documents — Inviolabilité de ses archives et immunité de son personnel invoquées par l'organisation financière internationale en vertu de ses statuts — Les immunités invoquées s'appliquent-elles à l'organisation financière internationale? — Loi sur les accords de Bretton Woods et des accords connexes, L.R.C. 1985, c. B-7, ann. II, art. I, III, s. 5b), art. VII, s. 1, 3, 5, 6, 8, ann. III, art. I, V, s. 1g), h), art. VIII, s. 1, 3, 5, 6, 8.

GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE C. WALLACE, 207.

HYPOTHÈQUES

Intérêts — Taux d'intérêt — Paiements en souffrance — Conditions hypothécaires prévoyant un escompte — Mesure législative interdisant au créancier hypothécaire d'imposer des conditions qui ont pour effet d'exiger, sur des arrérages, un taux d'intérêt supérieur à celui payable sur le principal non arriéré — Est-ce que certaines conditions d'une convention hypothécaire contreviennent à cette mesure législative du fait qu'elles imposent un « taux d'intérêt » ne prenant effet que si le débiteur hypothécaire est en défaut de paiement soit parce qu'il n'effectue pas les paiements d'intérêt prévus suivant un « taux payable » inférieur, soit parce qu'il ne rembourse pas le prêt à l'échéance? — Existe-t-il une distinction entre (1) des conditions qui imposent, en guise de pénalité, un taux plus élevé en cas de défaut de paiement et (2) des conditions qui réservent, en guise d'escompte, un taux plus bas en l'absence de défaut de paiement? — Loi sur l'intérêt, L.R.C. 1985, c. I-15, art. 2, 8.

KRAYZEL CORP. C. ÉQUITABLE, CIE DE FIDUCIE, 273.

PROCÉDURE CIVILE

1. Cour suprême du Canada — Dépôt de documents par le demandeur — Affaire renvoyée à un juge par le registraire — Pouvoir du registraire de refuser tout document non conforme aux exigences des Règles de la Cour — Les documents ne respectent pas les exigences et le registraire doit les retourner — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 19(2)a).

S.H. c. QUÉBEC (EMPLOI ET SOLIDARITÉ SOCIALE), 3.

2. Requête en radiation d'un affidavit au soutien d'une demande d'autorisation d'appel — Témoignage d'opinion non fondé et par conséquent inadmissible — Témoignage composé en grande partie d'arguments présentés sous serment sur les questions ultimes visées par le pourvoi projeté et constituant une attaque collatérale de la décision de la Cour d'appel — Preuve par affidavit rarement pertinente et utile pour la Cour pour décider si une demande d'autorisation d'appel soulève des questions importantes pour le public — Requête accordée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 89.

BRINE C. INDUSTRIELLE ALLIANCE, ASSURANCE ET SERVICES FINANCIERS INC., 72.

RELATIONS DU TRAVAIL

Congédiement — Arbitrage — Grievs — Convention collective stipulant que le congédiement d'un enseignant ne peut être décidé qu'après « mûres délibérations » du comité exécutif de la commission scolaire — Comité exécutif ayant décidé d'un congédiement par voie de résolution adoptée à la suite de délibérations tenues à huis clos — Arbitre permettant l'interrogatoire des membres du comité exécutif sur les motifs de leur décision — Le principe de l'« inconnaisabilité des motifs » et le secret du délibéré s'appliquent-ils à un employeur public qui prend la décision d'imposer une mesure disciplinaire à un salarié?

COMMISSION SCOLAIRE DE LAVAL C. SYNDICAT DE L'ENSEIGNEMENT DE LA RÉGION DE LAVAL, 29.

SÛRETÉS MOBILIÈRES

Conclusion par la Ville avec le propriétaire d'un édifice d'un contrat qui prévoit le versement de paiements incitatifs visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation comme ressource historique et pour les frais des travaux de restauration — Cession par le propriétaire de l'édifice à deux prêteurs successifs du droit aux paiements incitatifs en guise de garantie des prêts — Édifice vendu lors d'une vente sous contrôle de justice — Cession par le premier prêteur d'un intérêt sur les paiements à l'acheteur après la clôture de la vente — L'ordre de priorité quant aux paiements est-il régi par la Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7?

HERITAGE CAPITAL CORP. C. ÉQUITABLE, CIE DE FIDUCIE, 306.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca